

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

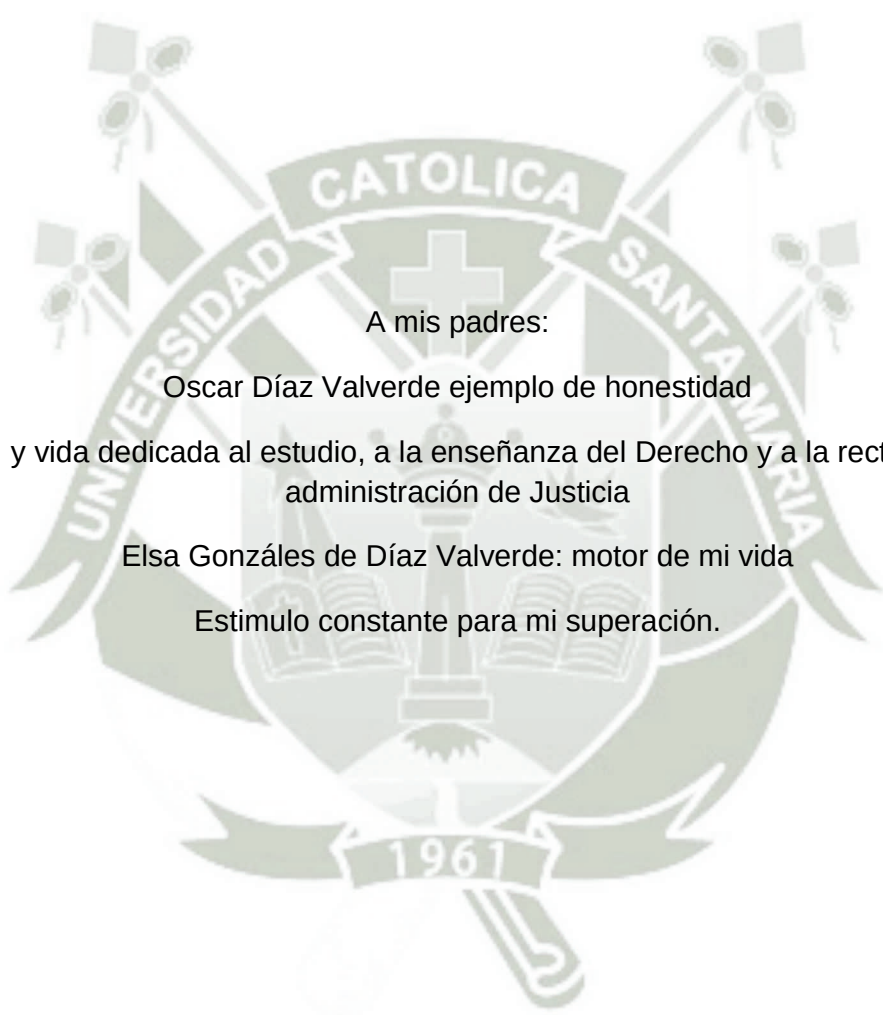


**“VERIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA
APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL
PROCESO CIVIL JUZGADOS DE PAZ Y CIVILES
AREQUIPA 2012”**

Tesis presentada por el Bachiller
OSCAR RENATO RAMÓN DÍAZ GONZÁLES
para optar el Grado Académico de
MAGISTER EN DERECHO

AREQUIPA – PERÚ

2014



A mis padres:

Oscar Díaz Valverde ejemplo de honestidad
y vida dedicada al estudio, a la enseñanza del Derecho y a la recta
administración de Justicia

Elsa Gonzáles de Díaz Valverde: motor de mi vida
Estimulo constante para mi superación.

ÍNDICE

Pág

INTRODUCCION

RESUMEN

ABSTRACT

CAPITULO I

LA PRUEBA

1.1.1 DOCTRINA	19
1.1.2 CONCEPTO, CARACTERISTICAS, Y CLASES	21
1.1.2.1 Medio de Prueba	23
1.1.2.2 Elemento de Prueba	24
1.1.2.3 Objeto de la Prueba	25
1.1.2.4 Necesidad de la Prueba	28
1.1.2.5 Requisitos y Concepto de los Medios de Prueba	29
1.1.2.6 Oportunidad de Postulación de los Medios de Prueba	30
1.1.2.7 Eficacia de los Medios de Prueba	31
1.1.2.8 Dimensiones de Valoración de los Medios de Prueba	31
1.1.2.9 Sistemas de Valoración de los Medios de Prueba, el Seguido por el Código Procesal Civil	31
1.1.2.8 Prueba Traslada	34
1.1.3. PRINCIPIOS PROBATORIOS	36
1.1.3.1 Ponderación	36
1.1.3.2 Razonabilidad	37
1.1.3.3 Adquisición Procesal	38
1.1.3.4 Idoneidad	39
1.1.3.5 Colaboración de la Prueba	41
1.2. EL DERECHO A LA PRUEBA O DERECHO DE LA PRUEBA	42
1.2.1 Contenido del Derecho a la Prueba	42
1.2.2 Finalidad de la Prueba	43
1.2.3 Limites del Derecho a la Prueba	45
1.3 LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE DERIVAN EL DEBIDO PROCESO PROBATORIO	46
1.3.1 El Derecho de Defensa	48

1.3.2 El Derecho de Contradicción	49
1.3.3 El Derecho a Obtener la Nulidad Absoluta por Violación del Debido Proceso	50
1.4 LA CARGA DE LA PRUEBA	52
1.4.1 La Carga de la Prueba, Según el Principio Dispositivo	53
1.4.2 La Carga de la Prueba, Según el Principio Inquisitivo	55

CAPITULO II

LA PRUEBA DE OFICIO

2.1 OBJETO DE LA PRUEBA DE OFICIO:	61
2.2 FIN DE LA PRUEBA DE OFICIO:	61
2.3 PRUEBA DE OFICIO Y VERDAD	61
2.4 PRUEBA DE OFICIO Y JUSTICIA	62
2.4.1.- Principio de Carga de la Prueba vs. Medios Probatorios de Oficio	62
2.4.2.- Límites a la Iniciativa del Juez en Materia Probatoria	64
2.4.3.- El Principio Dispositivo y las Pruebas de Oficio	65
2.4.4.- ¿Es el juez, dentro del Proceso Civil, Responsable de la Carga de la Prueba al igual que las Partes?	65
2.4.5. - Límites a la Facultad del Juez Civil, de Ordenar Pruebas de Oficio	67
2.4.6.- La Facultad de Disposición Oficiosa de la Prueba por el Juez y el Principio de Imparcialidad	68
2.4.7.- La Prueba de Oficio en el Contexto Internacional	73

CAPITULO III

DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES.

3.1 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD	85
3.1.1.- La Razonabilidad como Principio	87
3.1.2.- El Principio de Razonabilidad como Control de Constitucionalidad: el "Control Constitucional de Razonabilidad"	89
3.1.3.- El Control Constitucional de Razonabilidad como Criterio para Determinar la Afectación al Contenido Esencial de los Derechos	

Fundamentales

	90
3.1.4.-Puntos de Partida para un Completo Control de Razonabilidad	92
3.1.5.- Los Cinco Juicios del Control de Razonabilidad	93
3.1.5.1.- Primer Test: el Juicio de Finalidad	93
3.1.5.2.- Segundo Test: el Juicio de Adecuación	95
3.1.5.3.- Tercer Test, el Juicio de Necesidad	96
3.1.5.4.- Cuarto Test: el Juicio de Proporcionalidad (en Sentido Estricto)	98
3.1.5.5.- Quinto Test: el Juicio de Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Regulados	99

CAPITULO IV

ANÁLISIS INSTRUMENTOS DE VERIFICACION

4.1 VERIFICACION DE LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES QUE ORDENAN PRUEBA DE OFICIO	103
4.2 VERIFICACION DE LA NO MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES QUE ORDENAN PRUEBA DE OFICIO	103
4.3 “REGULARIZACIÓN” DE OFRECIMIENTO IRREGULAR DE MEDIOS PROBATORIOS VÍA PRUEBA DE OFICIO.	104
4.4 PRUEBA DE OFICIO ORDENADA POR EL SUPERIOR	106
4.5 PRUEBA DE OFICIO QUE FAVORECE AL REBELDE.	111
4.6 PRUEBA DE OFICIO QUE SUSTITUYE LA CARGA DE LA PRUEBA DE PARTE.	113

4.7	RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN EN ESTADÍSTICAS	115
	CONCLUSIONES	116
	SUGERENCIAS	118
	BIBLIOGRAFIA	119
	ANEXO	123



INTRODUCCION

La evolución permanente de las relaciones sociales requiere del Derecho respuestas adecuadas, por lo que es tarea de los trabajos de investigación el examen consecuente de las instituciones en el cumplimiento de su finalidad de servicio a la sociedad y al Estado. Ese estudio permanente debe cumplirse tanto respecto del derecho sustancial como en relación con el derecho procesal y ambos dentro de un marco constitucional.

Es materia del presente trabajo un tema muy controvertido, tanto a nivel nacional como internacional, nos referimos a la Prueba de Oficio. El proceso como instrumento ideal mediante el cual el Estado ejerce su función jurisdiccional tiene por finalidad concreta resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales. Esta finalidad se puede lograr mediante la autocomposición de las partes o mediante la decisión que emite el juzgador apoyado en este último caso, en la convicción que se forma sobre los hechos en base de los medios probatorios aportados al proceso por las partes o incorporados de oficio haciendo uso de la facultad de la cual para ello se halla investido por la norma adjetiva vigente.

En el proceso normalmente se produce entre las partes una actividad dialéctica sobre la base de afirmaciones y negaciones (esgrimidas o formuladas por sus defensores) sobre los hechos y sobre la aplicación del derecho. Esta actividad dialéctica es la que genera en el juez incertidumbre sobre la calificación de los hechos, pues sobre un mismo hecho pueden las partes proponer determinadas afirmaciones contradictorias, debiendo una de ellas ser cierta y la otra falsa. Los jueces, en determinados casos, perciben que una de las partes miente sobre determinado hecho o, por lo menos, no dice la verdad completa, generándose así una dificultad en la formación de su convicción, la misma que se presenta cuando los medios probatorios aportados por la partes resultan insuficientes.

Es en estas circunstancias cuando el juzgador emplea la facultad genérica de ordenar actos procesales adicionales que considere necesarios para el

esclarecimiento de los puntos controvertidos con el objeto de superar la deficiencia de la actividad probatoria de las partes, que surge la controversia, convirtiendo dicha actuación en una no pacífica, no exenta de objeciones y críticas que ponen en cuestionamiento la constitucionalidad de la misma, frente a las garantías del debido proceso.

El presente trabajo tiene un objetivo ambicioso: obtener conclusiones objetivas respecto de en qué medida la Prueba de Oficio en el proceso afecta al Debido Proceso entendido éste como el conjunto de garantías indispensables para garantizar la validez y eficacia de un fallo judicial; si es que el Juez altera la igualdad de las partes en el proceso disponiendo por sí y ante sí la actuación de uno o más medios probatorios que a la postre van a favorecer en mayor o menor grado a uno de los justiciables; y si al mismo tiempo con dicha Prueba de Oficio se afectan principios procesales como: Imparcialidad del Juzgador, igualdad de las partes, vinculación y formalidad. Todo ello con el objeto de presentar una fórmula constitucional y legalmente válida para la redistribución de la actividad instructora del proceso entre el deber – poder del Juez y el régimen dispositivo de la prueba que se confía a las partes.

En cumplimiento del propósito central de este trabajo se realizará un examen de las normas principio y de las normas regla, relevando la preeminencia de la norma constitucional.

Este objetivo se aborda mediante una investigación analítico - jurídica, porque tiene por objeto un fenómeno jurídico complejo y sus finalidades sociales. En ella se considera al proceso como un producto de las necesidades concretas para la solución de los conflictos en una comunidad determinada, y dentro del proceso el debate probatorio se somete a un análisis crítico, específicamente en lo concerniente a la interacción que tienen Juez y partes en la recolección, aducción y valoración de la prueba.

A continuación se expone la metodología implementada para efectos del desarrollo de la investigación cuyos resultados constituyen el objeto de la presente tesis. Con base en la adopción de la metodología cualitativa, como corresponde en un trabajo teórico descriptivo y analítico.

En primera instancia se hizo una exploración en el ámbito normativo constitucional y legal, acerca del proceso civil, la prueba y respecto de los poderes de instrucción del juez y las facultades de disposición de las partes sobre la prueba, verificando especialmente las responsabilidades asignadas al debate probatorio.

Esta primera revisión se complementa con el análisis de la Prueba de Oficio como tal y con los estudios de autores que constituyen la doctrina desde las diferentes escuelas de pensamiento, con diferentes posturas, por una parte de aquellos que defienden la actuación de los medios probatorios de oficio en el proceso y por otra parte aquellos que se encuentran en contra de esta postura.

Así también se aborda el tema referido a los límites propuestos para la actuación de la Prueba de Oficio por parte del juzgador y se indaga respecto de las relaciones de la ésta con temas conexos como el derecho a un juez imparcial y la verdad.

Para complementar el estudio analítico documental se desarrolló un estudio hermenéutico respecto de la jurisprudencia de juzgados de paz y juzgados especializados en lo Civil del distrito Judicial de Arequipa en el año 2012. Para tal efecto, se aplicó un instrumento de recolección de información que permitiera verificar las circunstancias en las cuales se dispuso la actuación de pruebas de oficio y la debida motivación de dichas disposiciones.

Para concluir, los resultados del presente trabajo, que no podían limitarse a un mero control formal o adjetivo, se someten a un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la Prueba de Oficio, bajo la perspectiva de los derechos fundamentales, dando así respuesta, a modo de conclusiones, a las interrogantes de la investigación luego del desarrollo y análisis de los indicadores establecidos para el presente trabajo de investigación.

RESUMEN

Se dice, con acierto, que la prueba es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad, lo hace partícipe del mundo de los hombres, pero también lo hace justo porque el Derecho por más perfecto, coherente e ideal que sea pero aplicado a tientas o sin correlación con la realidad sería inicuo.

En este orden de ideas, consideramos que los hechos proporcionan el principio de realidad sin el cual la norma no sería sino un concepto abstracto, ideal, o una arbitrariedad, por ello, la prueba como método idóneo para establecer la veracidad de los hechos es un elemento esencial del Derecho, al cual es preciso darle la máxima atención y tratarlo con el máximo rigor.

Entonces, si ya procesalmente hablando, la prueba es al mismo tiempo un derecho y un deber – la carga de la prueba que según el artículo 196 de nuestro ordenamiento adjetivo dispone que corresponde probar a quien afirma hechos que configuran su pretensión o quien los contradice alegando nuevos hechos - y en consecuencia, todos quienes son parte en un proceso tienen el derecho a pretender probar ciertos hechos y a procurar en el otro, pero especialmente en quien va a resolver la controversia el mismo conocimiento y convencimiento respecto de los mismos, qué sucede cuando es el Juez quien considerando que la prueba ofrecida por las partes no ha logrado cumplir suficientemente su función, se procura así mismo elementos de convicción que le permitan tener un conocimiento más completo de los hechos sobre los cuales deberá aplicar una norma, acercándose así a la verdad jurídica, aunque claro está sin llegar nunca al conocimiento total de los hechos que es privativo de las partes actores de los mismos?

Esta iniciativa probatoria oficiosa del Juez nunca ha sido ni es un tema pacífico, por el contrario, ante ella comúnmente surgen voces desde la

doctrina y del día a día de los foros en los cuales se administra justicia que la cuestionan viendo en ella un riesgo permanente y latente para que se rompa el principio de imparcialidad al que se encuentra obligado justamente el Juzgador, afectando en consecuencia las garantías del Debido Proceso.

Es por ello, que al elegir del tema de la presente investigación establecimos como sus interrogantes dichos cuestionamientos tradicionales, así como : si la función del Juez debe ser más activa probatoriamente porque el proceso civil tiene un fin más público que privado; si el Juez debe intervenir con sus poderes oficiosos para lograr el equilibrio material de las partes del proceso; y si el Juez debe estar aislado del debate de la causa para asegurar una decisión imparcial; interrogantes que al ser absueltas nos permitan obtener la verificación de los tres objetivos determinados para la presente investigación: 1.- Determinar si al disponer la actuación de Medios Probatorios de Oficio los Jueces infringen el principio de imparcialidad frente a las partes; 2.-Determinar si al disponer la actuación de Medios Probatorios de Oficio, los Jueces cumplen con la garantía constitucional de una debida motivación que evidencie los límites de las garantía de un debido proceso dentro de los cuales debe sustentarse su actuación; 3.- Establecer la relación que existe entre la Prueba de Oficio y los fines del proceso civil.

-Con respecto del primer objetivo, esto es : determinar si al disponer la actuación de medios probatorios de oficio los Jueces infringen el principio de imparcialidad frente a las partes, consideramos que en principio el Juez que pone en movimiento la facultad de incorporar pruebas de oficio al proceso no contraviene el principio de imparcialidad (elemento intrínseco a la actividad jurisdiccional pues el juez es considerado como un tercero imparcial).

En efecto, habiendo el principio dispositivo sufrido una variación en su formulación inicial en materia probatoria, en el sentido de que si bien tradicionalmente se expresó este principio como un privilegio indiscriminado

de las partes en el proceso con el retraimiento oficial del Juez ante estas, ello ha sido superado por una nueva enunciación de este principio: la carga probatoria del Juez, siendo que frente a la misma las partes no pierden la carga de la prueba, pero el Juez la asume, cuando la ofrecida, admitida y actuada en el proceso de parte de aquellas resulta insuficiente, con la sola finalidad de descubrir la verdad.

Las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el Juez se reserva el derecho final de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal que surge del expediente se aproxime lo máximo posible a la verdad real.

De acuerdo con los resultados obtenidos, el conflicto surge en la práctica, cuando dentro del trámite del proceso se producen la desnaturalización o ejercicio irregular de esta facultad por parte de los jueces, casos en los que sí se configuran los presupuestos de afectación al principio de imparcialidad y quiebre del criterio de igualdad de las partes, cuando el Juez en forma notoria proporciona, vía prueba de oficio, sin que consten en el proceso fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria oficiosa, medios probatorios favoreciendo a : las partes que nunca los ofreció, sustituyéndola en la obligación procesal que éstas tienen de acreditar los hechos alegados en la etapa postulatoria del proceso; al rebelde que por su condición procesal perdió la oportunidad y el derecho a ofrecer medios probatorios; o cuando “formaliza” la prueba introducida defectuosa o irregularmente al expediente al margen de plazos y requisitos.

-En cuanto al objetivo de determinar si los Jueces cumplen con la garantía constitucional de una debida motivación que evidencie los límites de las garantías del Debido Proceso dentro de los cuales se sustenta su actuación, el trabajo de investigación realizado ha proporcionado como resultados que en la práctica los Jueces o bien no motivan de modo alguno su decisión unilateral de incorporar medios probatorios al proceso (aunque en mínima proporción) ; o lo que constituye el mayor porcentaje :

se limitan a una ligera invocación del artículo 194 del Código Procesal Civil, incurriendo en los vicios de ausencia de motivación o motivación insuficiente, impidiendo a las partes tener acceso al proceso de razonamiento del Juez, y en consecuencia verificar la razonabilidad de su iniciativa probatoria oficiosa, lo que en la práctica si agrede a las garantías esenciales de un debido proceso.

-En lo referido al tercer objetivo planteado para el trabajo de investigación realizado, respecto a establecer la relación que existe entre la Prueba de Oficio y los Fines del Proceso Civil, concluimos como respuesta que hoy el derecho está fuertemente comprometido con las garantías constitucionales y con los derechos fundamentales, principios positivizados en las Constituciones de los Estados modernos.

Esta característica propicia una resignificación del tradicional concepto de dispositividad, así resulta válido sostener que hoy el Derecho ha reinterpretado al sistema dispositivo a partir de las normas constitucionales.

Las facultades dispositivas de las partes sobre la prueba se desprenden del proceso garantista y del sistema constitucional, lo que permite actualmente diseñar un equilibrio entre los poderes del Juez y los derechos y cargas de las partes, en base a un proceso fundado en la dialéctica, la razonabilidad, la proporcionalidad y en las garantías constitucionales.

Entonces, si se tiene en cuenta que el principio de publicidad fortalece la concepción hoy en día del proceso dialógico, como una estructura para discernir conflictos en un contexto de relaciones de autoridad y libertad, la facultad de la Prueba de Oficio, no vulnera el derecho al debido proceso, sino por el contrario, propicia el que en el proceso civil se cuente con un Juez más activo y decidido a resolver el conflicto con todas las herramientas que le brinda el ordenamiento procesal y hacerlo sobre todo de manera más justa, y considerando que hoy ya nadie discute que si bien el proceso civil contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, sin embargo, la sociedad tiene el interés supremo en su resultado.

Obtenidas a través de la investigación respuestas para las interrogantes que nos planteamos con el fin de verificar los objetivos establecidos, concluimos enunciando que la Prueba de Oficio como instituto procesal no deviene en Inconstitucional, por el contrario se adecúa y resulta idónea para la nueva y actual percepción que se tiene respecto de los fines del proceso civil.

Sin embargo, la información valiosa, aunque no alentadora que nos ha proporcionado el desarrollo de la tesis es que la inconstitucionalidad de prueba de oficio se produce al momento de su aplicación en la práctica, mediante afectaciones procesales que implican violación, lesión, o disminución antijurídica de derechos fundamentales y principios procesales con sustento constitucional



ABSTRACT

It is said that, with good aim, proof is a fundamental aspect of the right because it is his connection with reality, the participant makes it out of the world of the men, but also you do it tightly because the right for more perfect, coherent and ideal that he be but applied in the dark or out of phase you would be iniquitous with reality.

In this order of ideas, we considered that facts provide the beginning of reality which the standard would not be but an abstract concept, ideal without, or an arbitrariness, for it, the proof like suitable method to establish the veracity of the facts is an essential element of the right, to the one that it is precise to give it to the maximum attention and to treat it with the maximum rigor.

Then, if right now procedurally talking, proof is at the same time a right and a duty and in consequence, all that they are party to a suit have the right to attempt to try certain facts and to try in the other one, but specially in who the same knowledge is going to solve the controversy and conviction respect of the same, what succeed when the Judge is who postulate than the offered proof for –the burden of proof than you arrange 196 of our adjective organizing according to the article that you reciprocate to test who affirms facts that his hope or who contradicts them alleging new facts configure-The parts you have not managed to obey his show sufficiently, it acquires likewise elements of conviction that be enabled having a most complete knowledge of the facts which you will have to apply a standard on, approaching that way to the juridical truth, although the clearing is without coming never to the total knowledge of the facts that comes from privative the parts actors of the same.

The Judge's this evidential officious initiative never has been neither the elk is a pacific theme, on the contrary, she commonly voices from the doctrine happen and of the day-to-day routine of the forums in the ones that justice is administrated that they question her seeing in her a permanent and latent risk in

order that the beginning of impartiality to which the Judge is found forced just be broken off, affecting the Proper Process's guaranties in consequence.

You are for it, than when electing of the theme of present it investigation we established like his the aforementioned questions traditional interrogations, that way I eat : If the Judge's show must be more active evidentially because the civil action has a most public end than private; If the Judge must intervene with his officious powers to achieve the material equilibrium of the parts of the process; And if the Judge must be shut off from the debate of the cause to guarantee an impartial decision; Questions that they allow to the being absolved getting the verification from the three determined objectives stops present it investigation: 1.- Determining if to arrange Oficio's acting of Half a Probatory Terms the Judges infringe the beginning of impartiality in front of the parts; 2.- Determining if when the acting have Half a Probatory Terms of Oficio, the Judges fulfill the constitutional assurance of a proper motivation that evidence the limits of you guaranteed them of a proper process within which his acting must be held; 3.- Establishing the relation that exists between the evidence which the judge calls for and the intentions of the civil action.

With respect to the first objective, this is: Determining if to arrange the acting of half a probatory terms of occupation the Judges infringe the beginning of impartiality in front of the parts, they considered that in principle the Judge that sets in motion the faculty to incorporate proofs the process officially to does not contravene the beginning of impartiality (intrinsic element to the jurisdictional activity because the judge is considered like an impartial third party).

In fact, having the suffered rule that parties must furnish necessary evidence a variation in his initial formulation in evidential matter, in the sense of what if well traditionally this beginning like an indiscriminate privilege of the parts in the process with the official shyness of the Judge in front of these was expressed, it has been surpassed by a new enunciation of this beginning: The Judge's evidential load, being that in front of the same the parties do not lose the burden of proof, but the Judge assumes it, when the offered, accepted and

acted it proves to be insufficient, with the very purpose to discover the truth in the process on the side of those.

You split it they continue to be owners of the facts with the load of his respective proof, but the Judge reserves the right final of checking those facts to end of than the legal truth that happens of the file come near the possible utmost to the real truth.

According to the obtained results, the conflict happens in practice, when within the step of the process they produce the denaturalization or short taxable year of this faculty for part in which definitely the budgets of affectation at the beginning of impartiality are configured and that evidence which the judge calls for break of the opinion of equality of the parts, when the Judge in clearly visible form provides, road in of the judges, cases, without than be evident in the process trial sources which place will have the later evidential officious activity, half a probatory terms favoring to the parts that never you offered them on, substituting her in the procedural obligation than these take after postulatorie of the process crediting the facts alleged in the stage; To the rebel than you missed the opportunity for his procedural condition and the right to offer half a probatory terms; Or when you formalize the introduced defective proof or irregularly to the file at the edge of terms and requirements.

As to the objective to determine if Judges fulfill the constitutional assurance of a proper motivation that evidence the limits of the guaranties of the Proper Process within which their acting is held, that the realized research work has provided like results that in practice Judges or else do not motivate of mode at all their unilateral decision to incorporate half a probatory terms to the process within (although in minimal proportion); Or that constitutes the bigger percentage: 194 of the Civil Code Of Procedure, incurring in the vices of absence of motivation or insufficient motivation limit themselves to a light invocation of the article, impeding to the parts to have access to the Judge's process of reasoning, and in consequence to verify the razonability of his evidential officious initiative, that in practice if you attack the essential guaranties of a proper process.

In what referred when third objective presented for the research work accomplished, referred to establish the relation that exists between the evidence which the judge calls for and the intentions of the Civil Action, we concluded that like answer today the right strongly is committed with the constitution¹ guaranties and with organic laws, beginnings positivisaties in the modern State Constitutions.

This characteristic propitiates a re-significance of dispositivity's traditional concept, that way it proves to be valid to maintain that today the right has reinterpreted to the dispositive system as from the constitutional standards.

The dispositive faculties of the parts on proof get rid of the process garantist and of the constitutional system, that allows at present designing an equilibrium between the Judge's powers and the rights and you charge of the parts, on the basis of a process founded in dialectics, the razonability, the proportionality and in the constitutional guaranties.

Then, if the fact that the rule that parties may have access to all evidence strengthens the conception nowadays of the process has in account dialogical itself, like a structure to distinguish conflicts in a context of relations of authority and freedom, the faculty of the evidence which the judge calls for, the right does not damage the proper process, but for the opponent, propitious the than in the civil action tell him with a most active Judge and determined to solve the conflict with all the tools that you offer him the procedural organizing and to do it on everything of more fair way, and considering that today right now nobody argues than if good the civil action. The society contains intrinsically the self-interest of the parts, however, you have the supreme interest in his result.

Obtained through investigation answers for the questions that we presented ourselves with the aim of verifying the established objectives, we came to an end enunciating that the evidence which the judge calls for like procedural institute does not happen in Inconstitucionality, on the contrary it is made suitable and he proves to be suitable for the news and present-day perception that it is had in respect of the intentions of the civil action.

However, the valuable information, although no encouraging the fact that you have provided us the development of the thesis is that the unconstitutionality of the evidence which the judge calls for is produced in a minute of its application in practice, by means of procedural affectations that they imply violation, lesion, or unlawful decrease of organic laws and procedural beginnings with constitutional sustenance.



CAPITULO I

LA PRUEBA

1.1.1 DOCTRINA

En realidad tiene varias acepciones, trataremos de dar algunas: como la que permite relacionar un hecho con otro; como a todo medio que produce un conocimiento cierto o probable de cualquier cosa o hecho; como el medio que el legislador reputa apto para confirmar la verdad de los hechos; es la demostración de la existencia o de la verdad de los hechos controvertidos; considero que la prueba es conocimiento o el medio de un objeto que se realiza por medio de la percepción, esto significa "que la prueba es toda manifestación objetiva que lleva al acontecimiento de un hecho"¹

Como es bien sabido, la prueba no es sino una actividad (y un resultado) de acreditación o convencimiento de la verdad o certeza de un determinado hecho; la prueba implica, así, un objetivo intelectual que se alcanza mediante unas percepciones sensitivas (fundamentalmente la vista y el oído, pero también el olfato, el gusto y el tacto) que nos proporcionan personas o cosas (lo que las personas dicen o escriben y lo que las cosas muestran o enseñan) en cuanto fuentes, materias o instrumentos probatorios².

Define MONTERO AROCA la prueba como "la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en Otros de las normas legales que filarán los hechos". Con esta definición trata el ilustre procesalista de zanjar la vieja polémica sobre la función de la prueba y sobre si en el proceso civil se trata de averiguar la verdad material o la verdad procesal. Y es que en realidad, lo que nos importa en el proceso civil es si las afirmaciones de hecho de una de las partes han quedado

¹NUÑEZ Percy Chocano: Teoría de la Prueba; Pag 44.

² GÓMEZ DEL CASTILLO Manuel y GÓMEZ, Aproximación a los nuevos Medios de Prueba en el Proceso Civil, Universidad de Huelva.

establecidas en el litigio de modo que pueda estimarse su pretensión o su resistencia, independientemente de que esa afirmación de hecho sea o no sea exactamente la verdad como concepto de ajuste a la realidad de un determinado hecho, Así, si bien por reconocimiento de una de las partes, bien porque se trata de una presunción legal, algo es cierto en el proceso, así se afirmará en la sentencia, con independencia de que lo afirmado sea toda la verdad. Ni siquiera es evidente en la actualidad que en el proceso penal, donde por esencia se ha argumentado a favor de la verdad material como función de la prueba, la declaración judicial de los hechos probados sea estrictamente la verdad.

La prueba puede definirse como el estado de certidumbre sobre la veracidad de los hechos a la que llega el Juez en el proceso en base a la actuación y valoración de los medios probatorios, estado de certidumbre que le permitirá resolver la cuestión controvertida en el proceso³.

La prueba es el instrumento a través del cual se lleva a cabo la determinación de los hechos que sirven de base operativa al proceso civil.

A la hora de definir la prueba, hacemos nuestro el concepto ofrecido por el profesor DE LA OLIVA, a cuyo tenor, sería "aquella actividad que desarrollan las partes con el Tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso".

Esta definición pone de manifiesto dos cuestiones fundamentales a tomar en consideración a la hora de referirnos a la prueba: en primer término, el hecho de que se trata en todo caso de una actividad de parte que, salvo contadísimas excepciones, no puede ser introducida en el proceso por el Juez. Son los propios litigantes los que, como ya veremos, están sujetos a la carga de...

³ ARIANO DEHO, Eugenia. "Separata de Derecho Procesal Civil". Instituto de Investigación y Actualización Jurídica". Pag. 41.

1.1.2 CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS, Y CLASES

A) Concepto.

El término prueba no tiene en el lenguaje forense un sentido unívoco; dentro de este ámbito hablamos de prueba para designar no sólo a la actividad que se realiza, sino también para referirnos al resultado de dicha actividad y al medio a través del cual se consigue este resultado.

Adelantada la riqueza semántica del vocablo prueba, podemos definir, desde el punto técnico a la prueba “como aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para que éste adquiriera el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos del proceso”.

B) Rasgos característicos.

La determinación de lo que sea la prueba en nuestro Derecho positivo precisa de ir recordando una serie de elementos impuestos por las normas, a los que nos hemos ido refiriendo, y que no pueden ser desconocidos:

1º) La prueba que no importa es la que se realiza dentro de un proceso civil, con los que se está diciendo, además que es una actividad procesal.

2º) En el proceso las partes realizan una serie de afirmaciones de hechos, que son causa de pedir de la pretensión y de su resistencia, pero la actividad probatoria se refiere únicamente a aquellas afirmaciones que resultan controvertidas después de los actos de alegación. Las afirmaciones de hechos no controvertidos, no sólo no precisan prueba sino que están excluidas de la prueba.

3º) La actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los

previstos legalmente. Esta determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes y, además, de rango fundamental.

4º) La actividad probatoria está sujeta a unas reglas precisas que comprenden aspectos procedimentales y procesales. Se regula, la forma en que se realiza la prueba, los requisitos personales de quienes intervienen en la actividad, al contenido de los actos y su eficacia.

5º) La prueba tiende a obtener certeza con relación a las afirmaciones de hechos de las partes, pero esa certeza puede lograrse de dos modos: de 1) “Certeza Objetiva”, cuando existe una norma legal de valoración y 2) “Certeza subjetiva”, cuando ha de valorar la prueba por el juez y conforme a las reglas de la sana crítica.

C) Clases.

- Prueba directa e indirecta.

Hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediarios. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas.

- Pruebas plenas y pruebas semiplenas o meras justificaciones.

Cuando la ley exige al juez el pleno convencimiento de la veracidad de los hechos, se puede hablar de prueba plena. Por el contrario, hablamos de prueba semiplena o meras justificaciones cuando la ley no exige al juez sino la probabilidad, la verosimilitud o la acreditación. Normalmente la ley exige la prueba plena porque de ese convencimiento pleno del juez se derivarán, con la sentencia, derechos y obligaciones que se adquieren o asumen de forma definitivo, cuando no es así, la ley sólo exige la probabilidad, la verosimilitud o la mera acreditación, lo que ocurre generalmente en los casos en los cuales se pretende recobrar la

posibilidad de ejercitar actos procesales o cuando se pretende el reconocimiento de situaciones jurídico materiales con carácter no definitivo.

-Prueba principal y contraprueba.

Llamamos prueba principal a aquella que tiende a probar los hechos que son base de aplicación de la norma jurídica cuyo efecto se pide en el juicio; por consiguiente, la prueba principal se refiere a la prueba de los hechos constitutivos.

La contraprueba incide igualmente sobre los hechos base de la aplicación de la norma jurídica y tiende, por el contrario, a introducir en el ánimo del juez la duda acerca de la veracidad de los hechos alegados y probados por la parte contraria. La contraprueba tiende a demostrar la imposibilidad de la prueba principal practicada por la parte actora.

Distinto a la contraprueba es la prueba de lo contrario, que incide sobre lo que conocemos con el nombre de hechos impeditivos, extintivo o excluyentes en modo tal que la prueba de éstos desvirtúa la realizada por la parte actora.

1.1.2.1 Medio de Prueba

DOCTRINA:

Nuestro Código no se refiere a la prueba sino a los medios probatorios que en realidad son solo una parte de la teoría de la prueba. La cual es definida como un conjunto de instrumentos para demostrar la veracidad de las afirmaciones de las partes⁴.

Los medios probatorios son los elementos que en un sistema jurídico se consideran idóneos para producir certeza en el juzgador”, implica elegir una opción fundamental y esta contribuye a caracterizar el sistema probatorio respectivo.

⁴ ARIANO DEHO, Eugenia. “Separata de Derecho Procesal Civil”. Instituto de Investigación y Actualización Jurídica”. Pag. 41

JURISPRUDENCIA

“Los medios probatorios son los instrumentos a través de los cuales las partes buscan acreditar sus pretensiones y así causar convicción en los jueces respecto a ellas, es decir que con éstas les suministran los fundamentos para sustentar su decisión jurisdiccional”.

Fuente: CAS. Nº 650-2001 LAMBAYEQUE (El Peruano 05/11/2001)

1.1.2.2 Elemento de Prueba

¿Qué son elementos de prueba? Cuando usted habla de los elementos de prueba está hablando de todos los componentes, y otros de manera más restrictiva dice que se refiere únicamente a los órganos y los sujetos⁵.

Frente a los sujetos no hay consistencia ni unidad doctrinaria, hay quienes identifican los sujetos de prueba con órganos de prueba, pero DevisEchandía dice que no se debe confundir, porque los sujetos de prueba, bien vistos no son sino las partes, los intervinientes interesados, y el gran destinatario de la prueba, cuando se dice juez se refiere a funcionario judicial. El sujeto de prueba, por antonomasia, por excelencia es el juez, él es el destinatario de la prueba, la prueba está dirigida es a él. La función de la prueba es probar, es llevar conocimiento al juez, es producirle el convencimiento de que las cosas pasaron como se le presentan a través de los distintos medios de prueba, los otro sujetos de prueba, son las partes y los intervinientes interesados, que son los que participan activamente en la producción de la prueba, los sujetos de la prueba son los que tienen relación interesada con la prueba y que participan en ese juego dialéctico de probar y contraprobar, las pruebas no se dirigen contra la otra persona, no podemos hablar de sujetos activos y de sujetos pasivos en pruebas, hablamos de sujetos participativos de las pruebas, porque yo no saco la

⁵ MÚNERA VILLEGAS Jesús Emilio, DERECHO PROBATORIO, Febrero 20 de 2003, Pág. 51.

prueba contra usted, saco la prueba hacia el juez para desvirtuar sus afirmación o para desmeritar sus hechos. Son sujetos de petición de prueba ¿quiénes? Todo el que aparezca al proceso, la abuelita del sindicato dice que él es muy buena gente, que ella que lo conoce de toda la vida que le reciban los cinco testimonios de la Junta de Acción Comunal, ¿pueden recibirlo? No, ella no está involucrada en el medio de prueba, ella no está involucrada en el proceso, ella no tiene un interés directo en el proceso. Se necesita una relación de la parte con la prueba para que se legitime para la petición de la prueba.

Las partes son sujeto de: Petición, presentación, admisión, incorporación, práctica, contradicción, algunos dicen que de valoración y otros dicen que no, el profesor acepta la última posición porque el sujeto de valoración de la prueba y el que se pronuncia sobre la admisión, decreto, práctica, incorporación y valoración es el juez. Esta es la actividad probatoria en la cual pueden participar las partes. Todas son conductas activas en función de la producción de la prueba y de los efectos de la prueba.

Los órganos de prueba son colaboradores pacíficos y desinteresados, son: los testigos, los peritos, los técnicos judiciales y funcionarios públicos, interpretes, es decir, son aquellos que no tienen interés en el proceso que llevan la prueba o la producen, a través del testigo se produce en testimonio, no es lo mismo testigo que testimonio.

1.1.2.3 Objeto de la Prueba

Al referirnos al objeto de la prueba, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que se prueba?. Pues a decir de la Dra. ArianoDeho, lo que se prueba en principio son las afirmaciones de las partes, afirmaciones éstas que han sido planteadas por las partes en sus actos postulatorios. En consecuencia el objeto de los medios probatorios “son los hechos esgrimidos por las partes como sustento del derecho que pretenden, de la pretensión procesal que pretenden, de

la pretensión procesal propuesta. Serán en definitiva los hechos controvertidos”⁶

Según el autor chileno Orrego Acuña⁷, lo que debe probarse son los hechos, no el Derecho. Deben acreditarse los hechos jurídicos en general y los actos jurídicos en particular.

El objeto de la prueba hace referencia a las realidades que en general pueden ser probadas ("todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla, es decir una consecuencia asimismo jurídica" y. también, "las normas mismas"), cuando se alude al objeto de la prueba nos estamos refiriendo a qué puede probarse, en sentido abstracto, es decir, fuera de lo que se ha de probar en el caso concreto. Sin embargo, cuando nos referimos al tema de la prueba.

Una vez determinado que es la prueba el paso siguiente consiste en preguntarse sobre qué recae la prueba, y la respuesta a esta cuestión requiere distinguir entre:

Objeto de la prueba: son las realidades que en general puede ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿Qué puede probarse?. Y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, sin poder referirla a un proceso concreto.

A) Alegaciones de hechos. Fundamentalmente la prueba recaerá sobre afirmaciones de hechos realizadas por las partes, sobre los hechos que constituyen el supuesto base de la norma cuya aplicación se pide. Ahora bien, no todos los hechos han de ser probados, pues existen algunos exentos de la necesidad de ser probados. Las excepciones se refieren a:

⁶CARRION LUGO, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Civil". 2000. Editorial Grijley.Lima – Perú. Tomo II, pág. 24.

⁷ ORREGO ACUÑA Juan Andrés. TEORÍA DE LA PRUEBA, Chile ,1998. pag 1.

- Los hechos admitidos por todas las partes no precisan la prueba sobre los mismos. Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, y esa conformidad puede provenir de que las dos partes han afirmado un mismo hecho o de que el hecho afirmado por una parte ha sido admitido por la contraria. La ley exige que las partes en sus escritos de alegación se manifiesten expresamente sobre los hechos alegados por la contraria.

- Los hechos no controvertidos deben entenderse que no cabe realización de la actividad probatoria; la prueba referida a hechos no controvertidos es siempre inútil.

- Los hechos notorios son aquellos hechos cuyo conocimiento de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo al juez. Lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez.

B) Alegaciones de Derecho. El conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador; el brocardo dice gráficamente iuranovit curia y ello se corresponde perfectamente con la función jurisdiccional de aplicar el derecho objetivo. Ahora bien, la no necesidad de prueba del derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el derecho escrito, interno y general, lo que significa que si habrá de probarse:

- Costumbre: el art.1.3 del CC, al reconocer la costumbre como fuente del derecho, precisa que se aplicará cuanto “resulte probada”.
- Derecho Extranjero: en los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera las partes han de probar su contenido y vigencia.
- Derecho histórico o no vigente: el deber del juez de conocer el derecho de su país se limita al vigente, no al histórico, a riesgo de convertirlo en historiador.

- Derecho estatutario: del derecho vigente del país debe excluir también el no general, las normas específicas de las entidades locales, por lo que deben ser alegadas y probadas.
- Las Máximas de la experiencia. Son las definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Son máximas de la experiencia, por ejemplo: “actuación diligente”, “agua potable o potabilidad”, “construcción según la técnica adecuada”.

1.1.2.4 Necesidad de la Prueba

Por necesidad o tema de la prueba (themaprobandum) debe entenderse lo que en cada en proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir; es también una noción objetiva, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de estos hechos o de alguno de ellos, sino en general el panorama probatorio del proceso, pero concreta porque recae sobre hechos determinados.⁸

La necesidad de la prueba se inicia cuando ocurre una denuncia o cuando se plantea una demanda al denunciar o al demandar se hacen afirmaciones y eso es lo que se tiene que probar.

La necesidad de la prueba en un sentido general, para cada proceso, contempla los hechos que deben probarse en él, sin individualizar quién

⁸ MÚNERA VILLEGAS Jesús Emilio, Derecho Probatorio, Febrero 20 de 2003

debe suministrarla, por lo cual el concepto se identifica con el tema de la prueba.

Quiere esto decir que el concepto de necesidad o tema de la prueba se refiere a las partes en el proceso dispositivo y tanto a éstas como al juez en el proceso dispositivo y tanto a éstas como al juez en el inquisitivo (Civil, Laboral o Penal); y que el de la carga de la prueba se refiere en primer término al juez y sólo indirectamente a las partes. El primero regula sólo la actividad probatoria, y el segundo no sólo ésta sino también, y de manera primordial, la decisoria del juez. Únicamente de manera indirecta el concepto de carga de la prueba se refiere a las partes en cuanto dice a quién correspondía probar el hecho que dejó de probarse; pero en verdad es una norma para el juez, quién es el encargado de aplicarla deduciendo las consecuencias jurídicas materiales de esa falta de prueba y determinado, por lo tanto, cuál de las partes debe sufrir el consiguiente perjuicio.

1.1.2.5 Requisitos y Concepto de los Medios de Prueba

Según José Taramora Hernández. Las pruebas exigen ciertos requisitos intrínsecos y extrínsecos; los primeros atañen al medio mismo utilizando en cada caso, incluyendo su objeto, y los segundo se refieren a circunstancias que existen separadas de ese medio, pero que se relacionan con el y lo complementan. Son los siguientes:

Son requisitos intrínsecos:

- a) La conducencia del medio;
- b) La pertinencia o relevancia del hecho objeto de la prueba;
- c) La utilidad del medio;
- d) La ausencia de prohibición legal de investigar el hecho. Rigen para la fase de producción de la prueba y se revisa su cumplimiento en la de valoración.

Son requisitos extrínsecos:

- a) La oportunidad procesal o ausencia de preclusión;
- b) Las formalidades procesales;
- c) La legitimación y postulación del juez que la decreta oficiosamente;
- d) La competencia del juez o de su comisionado;
- e) La capacidad general del juez o funcionario comisionado y de los órganos de la prueba y la ausencia de impedimentos legales en aquellos y estos.

En su cátedra el Dr. Carlos Quispe Álvarez señala que los requisitos de los medios probatorios son:

- 1.- La Pertinencia.- contempla la relación que el hecho por probar puede tener con el litigio o la materia del proceso de jurisdicción voluntaria o de la investigación o con el incidente si fuere el caso.
- 2.- Legalidad.- cuando la titularidad de dicho poder tiene sustento jurídico.
- 3.- Oportunidad.- consiste en que las pruebas no pueden ofrecerse o actuarse en el juicio, sino dentro de los términos señalados en ley.

1.1.2.6 Oportunidad de Postulación de los Medios de Prueba

“De acuerdo a lo normado en el artículo 189 del Código Procesal Civil, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios (por lo general en el escrito de demanda, en el escrito de contestación de demanda o en el escrito de intervención del tercero), salvo disposición distinta en dicho código”⁹

Los medios probatorios se ofrecen en la etapa postulatoria, o sea con la interposición de la demanda, conjuntamente con el ejercicio del derecho

⁹ CASTILLO QUISPE, Maximo “Manual de Derecho Procesal Civil”. Jurista Editores 2007, pag 264.

de la acción y conjuntamente con el ejercicio de la contradicción, vale decir con la demanda, con la contestación, con la reconvención, con la tachación, con las excepciones, con la oposición.

JURISPRUDENCIA:

“El artículo 374 del Código Procesal Civil, determina que el ofrecimiento de los medios probatorios en el recurso de apelación puede ser declarado inadmisibles, en cuyo caso la resolución es inimpugnable o admitidos. Siendo que la demandada, ofreció medios probatorios en su recurso de apelación y la Sala ni ha declarado inadmisibles o admitidos las pruebas referidas se ha infringido lo dispuesto por el artículo 374 del Código Adjetivo”.

Fuente: CAS. Nº 1768-2001 CUSCO (El Peruano, 02/02/2002)

1.1.2.7 Eficacia de los Medios de Prueba

La ley peruana contempla la eficacia de la prueba en su art. 198 del CPC. La eficacia de la prueba se aprecia en definitiva cuando se hace su valoración o apreciación, y no es requisito para su admisión.

1.1.2.8 Dimensiones de Valoración de los Medios de Prueba

El procesalista DEVIS ECHANDÍA, señala con respecto a este principio de valoración de la prueba que: “No se trata de saber si el Juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba”¹⁰.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Tratado General de la Prueba Judicial” Editorial Grijley, 1998.

1.1.2.9 Sistemas de Valoración de los Medios de Prueba, el Seguido por el Código Procesal Civil

DOCTRINA

Es la operación intelectual o mental que realiza el juez destinado a establecer el mérito o valor - eficacia conviccional - de los elementos de prueba actuados en el proceso. El maestro Florencio MIXAN MASS sostiene que la valoración de la prueba, como una condición del debido proceso, requiere que, «ese acto cognoscitivo sea integral, metódico, libre, razonado e imparcial; que refleje independencia de criterio al servicio de la solución justa del caso. Además, de la ciencia, de la experiencia, de la independencia de criterio, debe constituir un ingrediente especial el conocimiento adicional (la vivencia) adquirida por el juzgador.

Con la valoración de la prueba se establece cual es su utilidad a los fines del objeto del juicio.

La prueba admitida, introducida al proceso, es luego objeto de conclusiones planteadas por las partes, quienes proponen el modo en que el tribunal debería considerarlas para tomar una decisión. Agotada la etapa de producción de prueba en juicio, oídos los alegatos de parte, a la víctima y al imputado, el juez o Tribunal debe formar una decisión, dictar una Sentencia, sobre la base de lo visto y oído en la audiencia de juicio, siguiendo las reglas de la libre valoración de la prueba y de la sana crítica, apreciará individual e integralmente las pruebas desfiladas y sometidas a la contradicción ante sus sentidos y tomará la decisión de sentencia.

Es obligación del órgano jurisdiccional que conoce del juicio, fundamentar sus decisiones, que es la parte donde explica el valor que ha otorgado a los medios y elementos probatorios, siguiendo las reglas

de la lógica y la experiencia, explicará coherentemente el por qué de la decisión expresada en la parte resolutive¹¹.

Sistemas de valoración de la prueba:¹²

Prueba Legal:

Este sistema de valoración de la prueba es propio de la inquisición. Se caracteriza porque la ley procesal fija las condiciones que debe reunir la prueba para que sea idónea, «estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) o viceversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo este)

En este sistema se da un valor a cada medio probatorio; así se habla de prueba plena y semiplena. Ejemplo: el testimonio de dos personas era considerado prueba plena, al igual que la confesión.

Se establecían mecanismos o de antemano para valorar dos testimonios, incluso en función de la condición o clase social de los declarantes, por ejemplo el testimonio de un obispo tenía más valor que el de los simples sacerdotes, el de un general valía más que el de toda su tropa.

Por ejemplo: Un documento público tenía más valor que uno privado.

Íntima Convicción:

Constituye el otro extremo del sistema de la prueba legal. En este sistema el Juez es totalmente libre de valorar la prueba a su «leal saber y entender.» Como el Juez es libre de convencerse de la existencia o no de un hecho, no está obligado a fundamentar sus decisiones. Este sistema es aplicado por los jurados populares. La falta de garantía de

¹¹ Extractado de "Guía de Actuaciones Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal". Alberto J. MORALES VARGAS. 1ª Edición; La Paz - 2004.

¹² Extractado de "Guía de Actuaciones Para la Aplicación del Nuevo Código de Procedimiento Penal". Alberto J. MORALES VARGAS. 1ª Edición; La Paz - 2004.

motivación de la sentencia trae consigo el peligro de parcialidad y arbitrariedad en el proceso,

Libre convicción o sana crítica racional que se aplica en nuestro Código procesal Civil:

Este sistema reemplaza al sistema de prueba legal, por lo que la valoración que hace el Juez no está sujeta a reglas abstractas. Esta libertad exige motivación racional de las decisiones, las cuales deben fundarse en los elementos de prueba actuados.

«La libre valoración exige la fundamentación o motivación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los cuales se decide de una u otra manera, y, con ello la mención de los elementos de prueba que fueron tenidos en cuenta para arribar a una decisión y su valoración crítica exigencia externa*.

Los límites en este sistema son las normas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común. El juez debe indicar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llega y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. En ello concurren dos operaciones intelectuales: la descripción del elemento probatorio y su valoración crítica.

Consideramos que el sistema de sana crítica racional no difiere del que opta nuestro sistema llamado criterio de conciencia que significa, igualmente, apreciar la prueba relacionándola con los demás actuados y con la realidad de los hechos y según ese examen, darle o no valor probatorio. Es la apreciación fundamentada que realiza el Juez, explicando en el fallo cual, es la razón para su aceptación o rechazo, en esta apreciación se recurre a la doctrina.

1.1.2.10 Prueba Trasladada

DOCTRINA:

Cardoso la define como la prueba que ha obrado en un proceso y se aduce con las formalidades legales a otro proceso¹³.

Es la que se lleva a un proceso tomándola de otro simultaneo o anterior. Nos da a entender que cuando se traslada una prueba de un proceso anterior a otro, si la persona contra la cual se aduce fue parte en aquel y con su citación y audiencia se practicó o incorporo al proceso, como se cumplió con el derecho de contradicción, se puede apreciar sin más formalidades.

JURISPRUDENCIA

“El código adjetivo establece en cuanto a la eficacia de la prueba en otro proceso, que las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro siempre que hayan sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan, pudiendo prescindirse de este requisito por decisión motivada del Juez”.

COMO SE APLICA:

- Que en el primer proceso se hayan practicado válidamente.
- Que el traslado al segundo proceso sea pedido y solicitado en tiempo oportuno.
- Sea expedida en copia autentica.
- Que en el proceso originario hayan sido practicadas a petición de parte contra quien se aduce o con audiencia de ella.

¹³ CARDOZO Jorge, Pruebas Judiciales, Segunda edición, pag 109- Editorial Temis.

Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa dentro o fuera del país podían trasladarse a otra en copia autentica y serán apreciadas de acuerdo con las reglas previstas en este código. Si se hubieran producido en otro idioma, las copias deberán ser vertidas al castellano por un traductor oficial.

Fuente: Cas. Nº 951-97-Sullana, El Peruano. 16-08-2000. Pag. 5929.

PRUEBA RES IPSA Y CAMPO DE APLICACIÓN:

DOCTRINA:

Res ipsaloquitur es una doctrina jurídica o norma de las pruebas que crea una presunción de que un acusado haya actuado de forma negligente, simplemente porque un accidente se produjo efectos nocivos

La presunción surge sólo si (1) lo que causó el accidente estaba bajo el control del demandado, (2), el accidente podría ocurrir sólo como resultado de un acto negligente y, (3) la conducta del demandante no contribuir al accidente.

Los abogados se refieren a menudo a esta doctrina como "res IPS" o "res ipsa".

JURISPRUDENCIA:

En Puerto Rico la llamada doctrina de res ipsaloquitur se introdujo jurisprudencialmente, a principios del Siglo 20, en Rosado v. Ponce Railway& Light Co., 18 D.P.R. 609, 632-634 (1912). Ello se reiteró, aunque sin fundamentarse, en Rosado v. Ponce Ry. and Light Co., 20 D.P.R. 564 (1914). Ésta requiere la conjunción de tres hechos: (1) de ordinario, el accidente no debe ocurrir a no ser por la negligencia de otra persona; (2) debe causarlo una agencia o instrumentalidad dentro del control exclusivo del demandado; y (3) no debe ocurrir debido a acción voluntaria alguna del demandante. Nieves López v. Rexach Bonet, 124

D.P.R. 427, 437 (1989); Marrero, Marrero, Ríos v. Albany Ins. Co., 124 D.P.R. 827, 831 (1989).

Fuente: 2000 DTS 111 BACO V. ROSA 2000TSPR111, EN EL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO

....en los procesos de la libertad las pruebas directas, sean testimoniales o documentales, no son las únicas que pueden servir de fundamento para legitimar una sentencia; la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones también pueden servir de argumento siempre que de éstas se desprendan conclusiones consistentes sobre los hechos.

Fuente: EXP. N.º 1317-2008-PHC/TC, LIMA, Francisco Antonio Gregorio y Juan Felipe Gaspar José , Tudela Van Breugel Douglas, a favor de Felipe Tudela Y Barreda.

COMO SE APLICA:

El daño moral debe acreditarse por la sola comisión del hecho antijurídico, porque SE TRATA DE UNA PRUEBA IN RE IPSA ES DECIR, que surge de los hechos mismos.

1.1.3 PRINCIPIOS PROBATORIOS

1.1.3.1 Ponderación

Conforme a la ley de ponderación: Cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho afectado, tanto mayor aún debe ser el peso de la razón que justifica tal intervención.

Según esta ley, una intervención en un derecho se justificará si y sólo si la razón que la justifica es mayor que la intensidad de la misma. Es decir, si la razón que justifica la afectación es mayor que la intensidad que ella ocasiona. Si la intervención analizada cumple esta exigencia, entonces ella no afecta el derecho; por el contrario, de no cumplirse tal exigencia, se habrá producido una afectación en el derecho.

El peso de la razón que justifica la intervención viene a ser el grado de realización o de protección que alcanza el derecho con una intervención.

Cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho afectado, tanto mayor aún debe ser el peso de la razón que justifica tal intervención

Fuente: EXP. N.º 07364-2006-PA/TC

1.1.3.2 Razonabilidad

DOCTRINA:

El juez constitucional tiene, más que nadie, que oponerse a todo lo arbitrario, y en cambio, remitirse a pautas de justicia, sobre el fundamento de lo legítimo, lo correcto y lo verdadero. Este principio exige al juez que interprete de conformidad con el ordenamiento jurídico, con a verdad de los hechos y vislumbrando las repercusiones que generara la aplicación de las mismas.¹⁴

JURISPRUDENCIA:

Al formarse la convicción jurídica sobre la prueba y la responsabilidad del procesado, éstos deben delimitarse por la argumentación del juzgador, es decir, sobre la base de argumentos objetivos y razonables (FJ 22).

Fuente: RESOLUCIÓN 1014-2007-PHC/TC, FECHA DE PUBLICACIÓN 05/04/2007

1.1.3.3 Adquisición Procesal

DOCTRINA:

Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición. Consecuencia de la unidad, esto es, que ella no pertenece

¹⁴ PALMA BARREDA, Dariberto. "La Función del Juez", P.273, edición 2006.

a quien la aporta y que es improcedente pretender que sólo a éste beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien puede invocarla¹⁵.

Conforme a este principio, los elementos incorporados al proceso, como por ejemplo las pruebas documentales o las afirmaciones sobre hechos contenidos en escritos, formaran parte del proceso y pueden perfectamente favorecer a la parte que no las haya presentado o no haya hecho las afirmaciones. Esos elementos forman parte integrante del proceso y no pertenece a quien los aporte y, por tanto, pueden favorecer o desfavorecer a este¹⁶.

Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues sólo si se considera patrimonio procesal del aportante o peticionario o para su solo beneficio, podría aceptarse que la retirara o dejara sin efectos.

Se relaciona con el principio de la lealtad y probabilidad de la prueba, que impide practicarla para luego aprovecharse de ella, si resulta favorable, o abandonarla, en el supuesto contrario.

Otra consecuencia de la comunidad de la prueba es que cuando se acumula o reúnen varios procesos, la practicada en cualquiera de ellos vale para todos, porque si el juez adquiere convicción sobre un hechos común a las diversas causas, sería absurdo que los efectos de esa convicción dejaran de aplicarse a ellas a pesar de que se resuelven por una sola sentencia.

¹⁵ MÚNERA VILLEGAS, Jesús Emilio. "Derecho Probatorio", 2003, Pág. 106..

¹⁶ CARRIÓN LUGO Jorge, Tratado de Derecho Procesal Civil, I P. 57

JURISPRUDENCIA:

“Por el principio de adquisición procesal los medios probatorios deben ser objeto de valoración pues al ingresar al proceso ya no pertenecen a las partes sino a este...”

Fuente: CASACION N° 2152/PIURA: Sala Civil Transitoria (Corte Suprema de Justicia), Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, lunes 30 de abril de 2001, pag. 7174.

1.1.3.4 Idoneidad

El principio de idoneidad se encuentra referido a que toda intervención de los derechos fundamentales debe ser adecuada al fin, de tal suerte que, debe existir una relación entre la medida y el fin, siempre y cuando este sea posible.

Unidad del Material Probatorio

DOCTRINA:

El principio de la unidad de la prueba significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia¹⁷.

“Todos los medios probatorios representan a efecto de su valoración una unidad, en consecuencia, son apreciados en su conjunto, debiendo el Juez examinar cada uno de ellos, confrontarlos ver la orientación probatoria de unos y otros, y extraer sus conclusiones de la generalidad de los medios de prueba ofrecidos u ordenados y no de alguno en especial. La valoración será global y no aislada”.¹⁸

¹⁷ MÚNERA VILLEGAS, Jesús Emilio. “Derecho Probatorio”, 2003, Pág. 64

¹⁸ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “La Prueba en el Proceso Civil”; Editorial Gaceta Jurídica 1999, Pag. 56

JURISPRUDENCIA

“.... El principio de unidad del material probatorio, establece que todos los medios aportados al proceso forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados, confrontando uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se formen...”

Fuente: CASACION N°: 810-2004/Arequipa. Sala Civil Transitoria (Corte Suprema de Justicia), Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, viernes 30 de setiembre de 200, pags. 14794-14795.

“ ...uno de los principios que sirven de pauta para la valoración de la prueba es el de unidad del material probatorio, según el cual los medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, confrontándose uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia, con la finalidad de que la decisión final sea una síntesis de la totalidad de los medios de prueba y de los hechos que pretendieron acreditar...”.

Fuente: CASACION N°: 3328-00/Camana., Sala Civil Transitoria (Corte Suprema de Justicia): Diario Oficial El Peruano: Sentencias en Casación, viernes 31 de agosto de 2001, pags. 7607-7609.

“Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, debiendo ser examinados y valorados en forma conjunta utilizando su apreciación razonada, con atención a los principios de unidad del material probatorio y de comunidad o adquisición de la prueba”.

Fuente: Exp. 1522-2005- LIMA

“El principio de unidad de la prueba exige del operador jurisdiccional que todos los medios probatorios actuados en el interior de un juicio sean valorados en forma conjunta, por cuanto es a partir de dicha evaluación

que se extraen las conclusiones que a la postre permitirán discernir correctamente sobre la materia controvertida”.

Fuente CAS. Nº 502-2005 ICA (El Peruano, 01-08-06)

1.1.3.5 Colaboración de la Prueba

DOCTRINA:

El principio de colaboración ha sido desarrollado por Morello, quien al analizar las ideas dominantes en materia de prueba separa a la que denomina “visión individualista”, caracterizada por concentrarse en el interés de la parte, y el “replanteo solidarista” que impone tener en cuenta que la finalidad del debido proceso requiere –en el ámbito del esclarecimiento probatorio- la conjugación de la labor de los sujetos procesales a los cuales sin exclusión les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, queremos decir, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que significa el no incurrir en una posición abusiva por omisión.

Ahora bien, ¿qué alcance tiene el principio de colaboración?. Vuelvo aquí a la explicación de Carrió sobre la ley de la ventaja. Los árbitros crearon lo que él llamó la *jurisprudencia referil* ante la necesidad de encontrar un principio que impidiera obtener un beneficio a partir de una infracción a las reglas del juego. El principio de colaboración tiene un sentido similar. No anula o resta valor a la regla de la carga de la prueba, simplemente impide obtener un beneficio a partir de una notoria desigualdad o desventaja en la capacidad para probar la veracidad de un hecho. El reconocimiento por parte del juez que una de las partes ha aprovechado de su ventaja deslealmente con respecto a la parte contraria y, también, en lo que a él atañe, al evitar revelar aquello que se encontraba en su dominio permite acudir a este principio que hará ceder terreno a la regla de primer grado en su aplicación concreta.

Al igual que la ley de la ventaja, el principio de colaboración impide que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una

actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja en que se encuentra la parte contraria.

1.2 EL DERECHO A LA PRUEBA O DERECHO DE LA PRUEBA

JURISPRUDENCIA:

Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, (vid. STC 06712-2005/HC/TC, FJ 15), **está determinado: (...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia.** La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Fuente: EXP. 4831-2005-PHC/TC

JURISPRUDENCIA:

1. Este Tribunal Constitucional ha señalado (cf. STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a **la prueba tiene protección constitucional**, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, **reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución.** En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos....

1.2.1 Contenido del Derecho a la Prueba

JURISPRUDENCIA:

-. Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (vid. STC 06712-2005/HC/TC, FJ 15), **está determinado:**

(...) por el **derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados** de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

-. Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno **está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida**. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de **no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales** y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonable

Fuente: EXP. 4831-2005-PHC/TC, AREQUIPA, RUBÉN SILVIO, CURSE CASTRO

1.2.2 Finalidad de la Prueba

DOCTRINA:

La prueba tiene la misma finalidad tanto en el proceso civil como en el penal, solo que se diferencia en el objeto del proceso; de un lado en el proceso civil **se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones que contiene en la demanda y contestación de la misma** de allí que en el artículo 191 del CPC establece que los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este Código, son idóneos

para lograr la finalidad prevista en el artículo 188; mientras que en **el proceso penal se orienta a descubrir la existencia del objeto de la imputación criminal que es el delito**. Para algunos autores la prueba es el alma del proceso porque el éxito de éstos se encuentran condicionados justamente a la prueba aportada por las partes¹⁹.

¿Pero para qué se prueba en el proceso? ¿Qué se persigue al llevarle al juez la prueba? Las respuestas a este interrogante constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial.

De su función procesal, ella tiene un fin definido.

Si se examina en forma parcial, el problema del fin de la prueba judicial puede enfocarse desde el punto de vista de la parte que la suministra o del juez que la valora; aquella, pretendiendo vencer en el litigio o conseguir su pretensión en el proceso voluntario, y aquel, tratando de convencerse de la realidad o verdad para declararla.

Ocurre que la prueba se convierte en un arma de ataque y de defensa, con la cual se busca obtener lo pedido en la demanda o conseguir su rechazo.

Pero estos fines individuales y concretos que cada interesado busca con la prueba, siempre en su favor y para su beneficio, no representan el fin que le corresponde por sí misma, por su naturaleza y su función procesal.

En esta materia, como en casi todas las relacionadas con las pruebas judiciales, las teorías son muy diversas, pero pueden reducirse a tres: a) La que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad; b) La que estima que con ella se busca producir el convencimiento del

¹⁹ CRUZADO Alberto R, Alcances Generales de la Prueba en el Proceso Judicial ,pag 1

juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión; c) La que sostiene que persigue fijar los hechos en el proceso²⁰.

JURISPRUDENCIA:

“El derecho constitucional a probar, aunque no es autónomo, se encuentra directamente al derecho al debido proceso. Se constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria **con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa**” (FJ 15).

Fuente: RESOLUCIÓN N.º 6712-2005-HC/TC, FECHA DE PUBLICACIÓN 20/01/2006

La Audiencia de pruebas tiene como finalidad la actuación de las pruebas admitidas, en el orden que señala el Artículo doscientos ocho del Código Procesal Civil, de tal manera que si las pruebas no requieren de actuación, ésta carece de objeto, por lo que conforme a lo dispuesto en el Artículo cuatrocientos setentitres inciso primero del mismo Código, no habiendo necesidad de actuar medio probatorio alguno, el Juez comunicará a las partes su decisión de expedir sentencia, sin admitir otro trámite.

Fuente: CASACION Nro. : 225 - 98 / CUSCO.

1.2.3 Límites del Derecho a la Prueba

DOCTRINA:

No es suficiente ya limitar nuestra temática, conforme lo hacía la técnica jurídica tradicional²¹, a los conflictos que pueden suscitarse entre el

²⁰ MÚNERA VILLEGAS Jesús Emilio, DERECHO PROBATORIO, Febrero 20 de 2003, Pág. 52.

interés en la prueba y el interés en la tutela de los derechos fundamentales, para establecer los casos en que ciertos medios de prueba deben quedar “excluidos” del material de conocimiento a utilizar por el juez en la sentencia definitiva. Más aún, ni siquiera resulta conveniente ingresar en un terreno largamente recorrido por la ciencia²² y suficientemente explorado por la jurisprudencia²³.

JURISPUDENCIA:

....Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales -límites extrínsecos-, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión -límites intrínsecos- (FJ 4-9).

Fuente: Resolución N.º 04831-2005-HC/TC

1.3 LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES QUESE DERIVAN DEL DEBIDO PROCESO PROBATORIO

El derecho constitucional a la prueba se adopta a partir de las constituciones de posguerra²⁴, pues antes se consideraba una regulación exclusivamente de la ley. En general, al igual que el debido proceso, el derecho a probar adquiere un doble carácter o naturaleza, como lo expone Picó²⁵: "el subjetivo y el objetivo".

²¹ DEVIS ECHANDÍA, TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, 2º ed., Ed. Victor de Zavalía, Bs. As., 1972 . págs. 539 a 549.

²² MIDÓN, Marcelo S, PRUEBAS ILÍCITAS, 2º ed., Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2005.

²³ QUEVEDO MENDOZA, Efraín I.; "El Derecho A La Prueba Como Garantía Constitucional"

²⁴PICÓ Joan.*El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch, 1996, p. 15:"El derecho a la prueba lo recoge por primera vez la Constitución española de 1978. Lo mismo en Italia en 1947, en Alemania la ley federal de Bonn 1949, en Portugal en 1979, en Andorra en 1993. Por eso siempre se ha obviado su estudio como derecho básico o esencial del litigante". Para Colombia, la Constitución Política de 1991 establece el artículo 29.

²⁵PICÓ Joan, pp. 18-20: "La teoría de la Constitución sigue el Bundeserfassungsgericht alemán (como derecho subjetivo del ciudadano y como garantías de derecho objetivo), en esta última como derechos esenciales de nuestro conjunto ,normativo como figuras que 'resumen' un valor sumido en el sistema de una comunidad insertándose 'con fuerza vinculante en el ordenamiento *jurídico*' y j la vertiente subjetiva porque le atribuye a una persona el poder de ejercitarlos y reclamar su debida protección. El carácter subjetivo del derecho a la prueba es el ejercicio que requiere la voluntad de una parte para proponer el medio, y que este sea admitido, practicado y valorado judicialmente".

El derecho a la prueba en sentido subjetivo es un derecho sustancial, un derecho en sí mismo que permite al ciudadano reclamar. El derecho a la prueba en sentido objetivo es el derecho a obtener garantías de debida protección.

La conjunción de estas dos perspectivas da origen al derecho a probar y a controvertir, derechos aparentemente contrapuestos pero asimilables en un mismo orden de garantías constitucionales. Probar y controvertir son principios inviolables desde el orden constitucional y se convierten en los pilares de garantía de las partes, para defenderse en juicio.

Los derechos de las partes a presentar en el juicio toda la prueba que consideren necesaria y a controvertir toda la prueba que se allegue en su contra se expresan con las garantías constitucionales de legítima defensa y contradicción y con el derecho democrático a tener una posición apta para influir en el desarrollo exitoso del proceso.

En este sentido, el juez ha de garantizar que la parte tenga oportunidades reales de defensa, y para esto el ordenamiento jurídico le asigna poderes de instrucción. Esto propicia un razonable método de procesamiento, garante y respetuoso de los principios constitucionales: el debido proceso probatorio.

El debido proceso probatorio se puede entender también como el derecho a un limpio contradictorio, porque corresponde a todos los derechos y garantías que se deben observar en el enfrentamiento y la discusión de las pruebas. Este derecho está contenido en las propias constituciones y ordena asegurarles efectivamente a las partes los medios efectivos para su defensa, lo que constituye una materialización de la igualdad; entre dichos medios se tiene: aportación de todos los medios de prueba que se consideren necesarios, el derecho a una defensa técnica, la prohibición la autoincriminación probatoria y el derecho de controvertir toda la prueba que se allegue en su contra, incluida la que le ordene de oficio. Y también busca garantizar la nulidad absoluta de la

prueba obtenida con la violación del debido proceso o de cualquier otro derecho fundamental.

El derecho a un limpio contradictorio hace parte de las garantías constitucionales. Por medio de él se busca repudiar el exceso de autoridad jurisdiccional y fortalecer la participación y colaboración dinámica de las partes, para tener siempre la posibilidad efectiva de influir con la propia acción de defensa en el éxito del proceso y, por supuesto, en la decisión del juez²⁶.

El derecho al contradictorio también es objeto de desarrollo por la ley, y en su estructura se prevé: la corrección de las notificaciones, las actuaciones procesales debidamente comunicadas, el juicio de relevancia sobre la prueba y, la más importante de todas, la nulidad por inobservancia de las reglas propias del juicio, cuando ello afecte de alguna manera el debido proceso constitucional.

Un limpio contradictorio se corresponde con el derecho fundamental al debido proceso probatorio, que desarrolla por lo menos tres principios: el derecho de defensa, el derecho de contradicción y la nulidad plena de la prueba cuando se obtenga con violación del debido proceso o de otros derechos fundamentales.

1.3.1 El Derecho de Defensa

El derecho de defensa garantiza a las partes la posibilidad de presentar todas las pruebas que consideren necesarias para la fundamentación de sus pretensiones. Difiere del derecho a la prueba, porque éste es más general, pero hace parte del derecho fundamental al debido proceso, como un subprincipio integrador, que se entreteje con otros principios de igual rango como la no autoincriminación probatoria y el derecho a la defensa técnica²⁷ o de abogado.

²⁶COMOGLIO. *Reforma processuale*, cit., p. 105.

²⁷COMOGLIO. *La garanzia*, cit., p. 143: "L'intenzione del legislatorecostituente, lo scopopreminentedella norma sembraessere statu quello di garantiré, nell'ambito del procedimento, la difesa in senso técnico [...] nell'inviolabilità del diritto di difesa vi é un aspetto sostanziale non meno importante, che non si identifica con

El derecho de defensa permite a las partes proponer todos los medios de prueba que consideren útiles para "la reconstrucción procesal de la verdad o para la fundamentación fáctica de sus pretensiones". Este derecho no implica un correlativo deber del juez de admitirlas en el proceso de darles algún valor; ellas serán sometidas al juicio de relevancia y luego a las reglas de valoración judicial.

No obstante, si asumimos que las partes tienen el derecho a presentar todas las pruebas que consideren importantes, también tienen el derecho a que el juez estudie las pruebas relevantes y útiles para la demostración de los hechos. Este derecho comporta un deber correlativo para el juez: la obligación de admitir para la controversia los medios de prueba que hayan superado el juicio de relevancia.

Por esto, el principio de defensa contiene verdaderos límites a la discrecionalidad del juez para la admisión de la prueba. No es de recibo un libre convencimiento sobre la admisión; se debe realizar un juicio de relevancia debidamente fundamentado con miras a la controversia de las partes.

El principio de defensa prevé además las siguientes garantías: las partes tienen derecho a que se les respete un término probatorio suficiente para proponer las pruebas y tienen derecho a que la admisión de estas se realice mediante una providencia motivada, que permita la discusión. En este término pueden proponer todos los medios de prueba que consideren pertinentes, con la única limitación que les establece la ley. Así mismo, tienen derecho a que la prueba propuesta con suficientes fundamentos sobre su utilidad, conducencia y pertinencia sea admitida, y a practicar toda prueba propuesta y conducente; si se les niega este derecho se considera vulnerado el debido proceso probatorio por negación del derecho legítimo a probar.

l'indifetibileassistenza del difensore, maattribuiscealla parte 'la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni, con le forme ed i mezzi che assicurano la istituzione e lo svolgimento del contraddittorio". JARO PARRA. *Manual de derecho probatorio*, 11.ª ed., Bogotá, Librería del Profesional, 2000, pp. 76-77.

Las partes, por último, tienen derecho a que la prueba practicada sea debidamente valorada; este derecho es correlativo del deber de motivación de las sentencias.

1.3.2 El Derecho de Contradicción

El derecho de contradicción es entendido por la doctrina como la facultad que tienen las partes para controvertir toda la prueba que se allegue en su contra, incluida la que sea aducida por el juez en ejercicio de sus poderes de oficio²⁸ o dirección material.

Este principio presupone la igualdad formal de las partes. Para el debate, la igualdad material y desarrollar plenamente la defensa de sus propias razones. Por ello se supone en una estrecha relación con la dirección material del proceso, para favorecer "la efectiva participación de los sujetos naturales del proceso, y también la colaboración y cooperación, según los criterios de publicización y moralidad"²⁹.

El principio de contradicción, como afirma COMOGGIO, se hace realidad en la dinámica de un proceso "correcto" y "leal", fundado en la dialéctica y abierto a la discusión. En este debate nada hay oculto y las posiciones diversas se fundamentan con la finalidad de alcanzar la certeza sobre los hechos.

La contradicción implica que las partes siempre estén en condiciones de interlocución, preventiva y tempestivamente, en cualquier cuestión: de hecho, de derecho, preliminar, de rito o de mérito, que aporte a la decisión jurisdiccional.

1.3.3 El Derecho a Obtener la Nulidad Absoluta por Violación del Debido Proceso

El derecho a obtener la nulidad absoluta respecto de la prueba que se obtenga con violación del debido proceso es un derecho constitucional

²⁸AZULA JAIME. *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Temis, 1998, p. 5; PARRA. *Manual de derecho probatorio*, cit., p. 57;

que impide la vulneración de derechos fundamentales. Como afirma TROCKER, "el objetivo de esta disposición es claro y se desprende del principio de la dignidad humana para garantizar que el procesado no reciba un perjuicio, en la libre determinación de aportar pruebas que comprometan la integridad psico-física".

Cuando el derecho a la prueba es vulnerado entra en discusión con otro derecho constitucional, también, generalmente fundamental. De ahí se deriva la importancia de la ponderación de los principios, como mecanismo idóneo para excluir la prueba viciada. Esta ponderación se hace cada vez más necesaria de instituir en la sociedad contemporánea, donde el uso de la ciencia y la técnica amenaza permanentemente con desbordar usos indiscriminados e ilimitados.

El análisis de esta ponderación³⁰ entre principios se conduce además de acuerdo con la calidad de los sujetos que tienen interlocución con respecto a la prueba. Por tanto, el resultado es más fuerte cuando la ilicitud se comete por personas jurídicas estatales o funcionarios públicos, o por personas que ejercen dominio o subordinación en relación con otras.

En todo caso, la nulidad de la prueba, por la violación al debido proceso, es de naturaleza especial y prevaleciente frente a las nulidades taxativas legales de menor jerarquía.

De los tres principios analizados: derecho a la prueba, derecho de contradicción y derecho a la nulidad por violación al debido proceso, se desprende estructuras mínimas de respeto para un debido proceso probatorio. Veamos.

Las partes tienen derecho a solicitar todas las pruebas que consideren de importancia para la confirmación de los hechos en el proceso. Por tanto, el acto procesal que contiene el juicio de relevancia y que resuelve sobre la utilidad, la conducencia y la pertinencia de las pruebas debe

³⁰BERNAL. *El derecho de los derechos*, cit., pp. 93-110; GARCÍA. *El juicio de la ponderación*, cit., pp. 119-163.

estar suficientemente motivado y razonado por el juez, para permitir la contradicción.

Respecto de las pruebas aducidas y controvertidas legítimamente en el proceso, las partes tienen derecho a que sean valoradas en forma individual y colectiva en la sentencia, cuando son fundamento de la decisión. De igual manera, las partes tienen derecho a que se motive sobre las pruebas aducidas legítimamente en el proceso, pero desestimadas en la decisión.

También gozan las partes del irrestricto derecho a controvertir públicamente y dentro de términos adecuados todas las pruebas aportadas por la contraparte o de oficio por el juez y a que las pruebas debidamente aducidas y controvertidas en el proceso no sean suplantadas ni desestimadas de plano por el juez mediante actividades oficiosas.

Por último, hace parte integral del debido proceso probatorio el derecho que asiste a las partes para que se anule, de nulidad absoluta, y se retire del proceso toda prueba que haya sido adquirida y aducida en el juicio con violación del debido proceso o de otro derecho fundamental.

1.4 LA CARGA DE LA PRUEBA

La actividad probatoria es tarea fundamentalmente de las partes en el proceso como consecuencia de que los hechos solo pueden ser conocidos por ellas, los que se hacen conocer al juez a través de las afirmaciones que hacen los contendientes en la postulación del proceso y utilizando los mecanismos procesales permitidos por ley.

La actividad probatoria, importa demostrar la veracidad de los hechos expuestos como sustento de la pretensión procesal.

DOCTRINA:

Según Juan Andrés Orrego³¹ el “Onusprobandi” es la carga o peso de la prueba. “Onus” viene del latín, y significa la carga que portaban las mulas. De ahí que se hable de “la carga de la prueba”. La necesidad de probar no es jurídicamente una obligación, sino una carga. La obligación consiste en un vínculo jurídico que implica la subordinación de un interés del obligado al interés de otra persona, so pena de sanción si la subordinación se infringe; la carga, en cambio, supone la subordinación de uno o más intereses del titular de ellos a otro interés del mismo. Por lo tanto, el litigante no está obligado a probar, la ley no lo obliga a ello; pero si no proporciona la prueba, sus pretensiones no serán acogidas por el juez. ¿A quién incumbe rendir la prueba? Como principio general, corresponde probar al que ha sostenido una proposición contraria al estado normal u ordinario de las cosas, o al que pretende destruir una situación adquirida. En efecto, lo normal es que el poseedor de una cosa sea su dueño o que una persona no sea deudor. Por ende, corresponde probar que el poseedor no es dueño o que es deudor al demandante que a su vez afirma ser dueño o acreedor, respectivamente. El demandado, que se limita a negar, en principio no tiene que presentar prueba alguna en apoyo de su negación. Esta situación se invierte, sin embargo, cuando el demandante prueba la exactitud de los hechos en que se funda su pretensión, debiendo el demandado, por ejemplo, probar cómo adquirió el dominio (prescripción adquisitiva) o cómo extinguió la deuda (pago, prescripción extintiva, etc.

JURISPRUDENCIA:

Es principio general aplicable a todo proceso que **la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o**

³¹ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. “Teoría De La Prueba”, Chile ,1998. Pag . 2.

a quien los contradice alegando nuevos hechos, principio que se aplica salvo disposición legal diferente.

Fuente: Casación N° 2136-04-LAMBAYEQUE

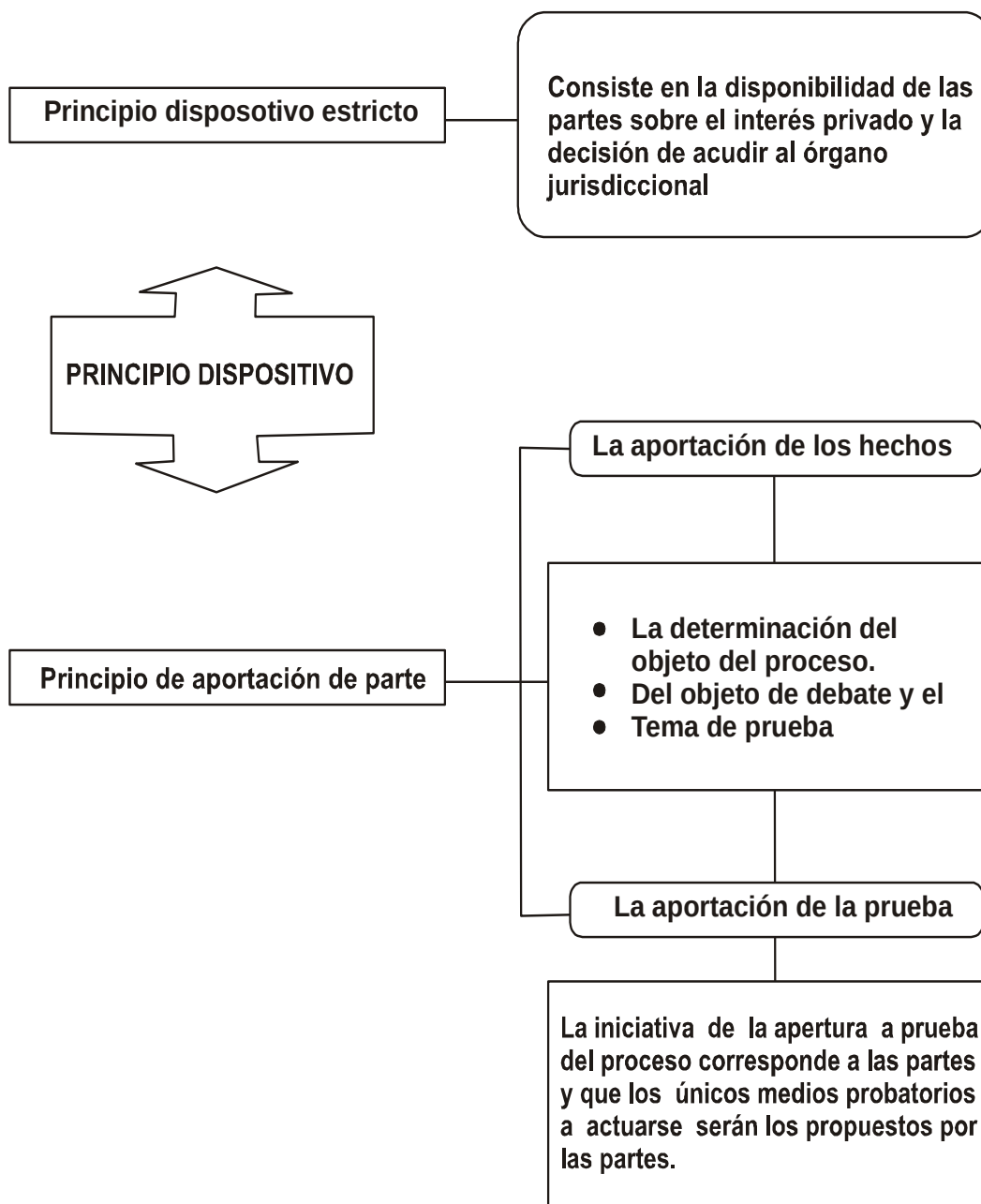
Ninguna pretensión puede declararse fundada teniendo en cuenta el solo dicho de la parte que lo afirma, por el contrario, **quien sostiene un hecho debe necesariamente sustentarlo.**

Fuente: Expediente 3640-97 Sala civil N° 3, Lima

1.4.1 La Carga de la Prueba, Según el Principio Dispositivo

El dominio del proceso está reservado para las partes, el juez desempeña un papel esencialmente pasivo que solo espera el momento de sentencia para atribuir la victoria a quien hubiera acreditado mejor los fundamentos de su pretensión.





Por intermedio de este principio se fijan los hechos que serán motivo de consideración y la prueba resulta exclusiva de las partes; es decir, el juez se obliga a resolver las pretensiones propuestas sobre la convicción que logre de la actividad probatoria de las partes. El proceso tiene, así, un predominio absoluto del interés privado.

a) **Elementos que caracterizan al Principio Dispositivo**³² son: a) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte b) La determinación concreta **del** interés es facultad exclusiva de las **partes** c) Los órganos jurisdiccionales deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas d) La partes libremente pueden poner fin a la actividad jurisdiccional, b) **Dentro del mismo sistema Inquisitivo la doctrina ha diferenciado:**

Sin embargo, el carácter técnico del principio procesal dispositivo, en el siglo XX se enfrentó con la política judicial de diversos Estados de Europa, los cuales deciden socializarlo (fue el derecho procesal Alemán del siglo XIX el que distingue entre proceso y derecho, lo que significa que las partes no pueden disponer del proceso, sino solamente tienen la libre disposición del derecho material; por lo que el juez pasaba de ser un simple convidado de piedra en un verdadero director del proceso. Este fenómeno de publicización (principio de aportación) no discute la vigencia del principio dispositivo, solamente va a poner en tela de juicio la aportación de parte, especialmente en la aportación de prueba.

Esta nueva concepción configura al litigante en colaborador del litigio, así como lo es el juez, cuya función es la búsqueda del necesario convencimiento judicial de lo discutido en el proceso. Los defensores de la publicización aclaran que no es el juez el encargado de suplir a las partes, sino que tiene que ser compatible con la actividad probatoria de las partes.

1.4.2 La Carga de la Prueba, Según el Principio Inquisitivo

El proceso se encuentra bajo el dominio y control de los representantes del Estado, dentro de él le corresponde al juez un papel activo y puede promover de oficio la acción procesal.

³²MONTERO AROCA, Juan. "Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano". Buenos Aires, Enmarce E.I.R.L., 1999, p. 232.

Un juez inquisidor tiene la iniciativa, el deber de investigar los hechos, de formar el material de conocimiento y de adoptar las medidas tendientes a hacer efectivo el avance del procedimiento En materia probatoria significa que el juez es responsable y encargado directo de la actividad probatoria.

Con respecto a la socialización del proceso, la intervención del juez busca evitar la desigualdad entre las partes, lo que jamás debe significar ayudar a la parte que cuente con deficiente defensa procesal.



CAPITULO II

LA PRUEBA DE OFICIO

En primer lugar y antes que nada debemos remitirnos a la definición que de prueba de oficio nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico, así tenemos que ésta se encuentra regulada en el artículo 194º del Código Procesal Civil, el cual señala:

"Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes. Excepcionalmente, el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial".

Del análisis de la norma, tenemos que la misma permite al juzgador superar la deficiente actividad probatoria de las partes durante el proceso, y plantea la alternativa de la prueba de oficio como una facultad genérica del juez para ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos y que le creen convicción respecto de los mismos, respetando el derecho de defensa de las partes, conforme al artículo 51º, inciso 2 del Código Civil.

Asimismo, por prescripción imperativa de la norma contenida en el inciso 3 del artículo 139ª de la Constitución Política del Perú, el proceso judicial peruano se rige por las reglas del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Un derecho específico fundamental contenido en estos principios es el derecho a la prueba, entendiéndose que ello también comprende el deber del juez, de ordenar pruebas de oficio cuando las ofrecidas por las partes resulten insuficientes para llevar adelante un proceso justo y con certeza.

Sobre esta base constitucional, el Código Procesal Civil regula los alcances de la carga de la prueba. Al respecto, IDROGO DELGADO³³ (2002: 128) asevera:

"Por aplicación de este principio, a las partes les corresponde la obligación de probar los hechos que configuran su pretensión, o a quienes los contradice alegando nuevos hechos, salvo que los medios probatorios ofrecidos por l partes sean insuficientes para formar convicción al juez. En tales casos, ejerciendo la potestad que le confiere la jurisdicción, por resolución debidamente motivada e inimpugnable, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes, aún puede disponer la comparecencia de un menor con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial, para expedir una sentencia con mucha certeza [Cfr. arts. 196º y 194º del C.P.C.]. Al comentar este principio, ESCOBAR FORNOS afirma, que: 'En tal virtud de este principio, las partes soportan las consecuencias de no probar los hechos que constituyen el supuesto de hecho de la norma que los favorece. Por otra parte, impide que el juez dicte una sentencia, inhibitoria de fondo (*non liquet*).'"

En la Argentina, el profesor Juan Manuel CONVERSE³⁴, comentando la normatividad procesal de ese país, sostiene que la función del juez en el proceso civil, debe ser la de "director o conductor del proceso", alejado del 'Juez dictador', propio de los gobiernos revolucionarios, que le otorgan enormes poderes frente al ciudadano común, como así también del 'Juez espectador' que, con una actitud pasiva, se limita a dictar un pronunciamiento pensando únicamente en la aplicación que estime correcta de la ley, pero alejándose de la realidad.

Los jueces, por consiguiente, deben realizar el uso adecuado de los deberes que la ley les confiere, a fin de "descubrir" la verdad material sobre lo formal, incluso en forma oficiosa, ante el error o negligencia de los justiciables.

³³IDROGO DELGADO, Teófilo. [2002] "*Proceso de conocimiento. Derecho Procesal Civil*", en DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. "*Los Límites a los Medios Probatorios de Oficio en el Proceso Civil*",

³⁴CONVERSE, Juan Manuel. [2006] "*Poderes del Juez en el Proceso Civil*"

Nos recuerda que el principal deber del juez es dictar una sentencia justa, o lo más justa posible y para ello, debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para formarse una convicción de los hechos litigiosos independiente de la voluntad de las partes y pueda cumplir -obviamente asegurando el pleno control bilateral- con ese deber fundamental. Si no lo usa no podrá dictar una sentencia justa, nos dice.

En un Estado moderno es de interés público hacer Justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad, ya que el juez, como órgano del Estado, cuenta con suficientes poderes jurisdiccionales de orden público y se halla autorizado para realizar de oficio una amplia averiguación de la verdad del proceso en miras a un interés superior de justicia, sin atender si suple o no la inactividad voluntaria o involuntaria de las partes.

A continuación, al sostener que no se vulneran derechos constitucionales al actuar "de oficio" por parte del juzgador, plantea esta interrogante: ¿porqué parte de la doctrina, abogados y jueces se resisten a admitir estos deberes de los magistrados, imponiendo limitaciones y limitaciones a la verificación de la verdad material o histórica?

Estos opositores a los deberes de los jueces quieren y pretenden un juez inactivo, que dictará la sentencia limitado a las pruebas que las partes aporten, pues de lo contrario el juez no sería imparcial.

Sostiene que el Código de Procedimiento Civil argentino, pese a ser de base dispositiva, presenta en lo relativo a la prueba, importantes manifestaciones del principio inquisitivo, que en lo que nos interesa, están referidas a los deberes de los jueces de actuar y corregir de oficio.

Informa que en lo que se refiere concretamente a la carga de la prueba en el Código Procesal (artículo 377º), debe tenerse presente que esas reglas se aplicarán solo a falta de prueba positiva y en tal caso, el juez deberá utilizar

adecuadamente los poderes-deberes, pues él no es un mero espectador sino el director del proceso y que las pruebas puestas a disposición del tribunal resultan adquiridas al proceso, por lo que la negligencia o inactividad de la dirección letrada del justiciable no impide el dictado de una medida para mejor proveer, en caso que resulte necesario para dictar un pronunciamiento conforme a derecho.

En otro ámbito legislativo, el de los Estados Mexicanos, resulta interesante el comentario del profesor Marco Antonio TINOCO ALVAREZ³⁵ respecto de la prueba de oficio en las acciones de amparo:

"De conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 78º de la Ley de Amparo, el Juez de Distrito deberá recabar oficiosamente pruebas que, habiendo sido rendidas ante la responsable, no obren en autos y estime necesarias para la resolución del asunto. De acuerdo con esta regla y atendiendo a la necesidad de encontrar la verdad material sobre la formal que tuvo en cuenta el legislador, debe estimarse que la reforma que sustituyó la palabra "podrá" por "deberá", se encaminó a atenuar el principio general contenido en el tercer párrafo del artículo 149º del citado ordenamiento, pues por virtud de la misma ya no corresponde exclusivamente a las partes aportar las pruebas tendientes a justificar las pretensiones deducidas en los juicios de garantías, sino también al Juez de Distrito para allegar de oficio todos los elementos de convicción que habiendo estado a disposición de la responsable, estime necesarios para la resolución del amparo, circunstancia de necesidad que no debe quedar al libre arbitrio del Juez, sino que debe calificarse tomando en cuenta la estrecha vinculación que la prueba o la actuación procesal tienen con el acto reclamado, de tal modo que de no tenerse a la vista aquéllas sería imposible resolver conforme a derecho sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto. Asimismo, no puede estimarse que la obligación a que se refiere el artículo 78º de la Ley de Amparo, pugne con lo dispuesto por el numeral 149º pues la aplicación de aquel precepto se actualiza cuando la autoridad reconoce en su informe la existencia del acto sosteniendo

³⁵TINOCO ALVAREZ, Marco Antonio. [2006] "La carga de la prueba en el juicio de amparo, evolución y perspectivas. De una cultura del remedio a una de la prevención constitucional".

únicamente su legalidad, que es una situación diversa a la presunción de certeza que opera por la falta de informe, en cuyo caso corresponde al quejoso la carga de la prueba cuando el acto reclamado no sea violatorio de garantías en sí mismo, sino que su constitucionalidad o inconstitucionalidad dependa de los motivos, datos o pruebas en que se haya fundado el propio acto."



2.1 OBJETO DE LA PRUEBA DE OFICIO:

La doctrina señala que el objeto de la prueba son los hechos, sin embargo, no existe un criterio uniforme debido a que se plantea que "el objeto de la prueba en abstracto, se refiere la doctrina en una teoría clásica, son lo hechos, una teoría ecléctica para la cual el objeto de la prueba son los hechos y las afirmaciones y por último, a una según la cual el objeto de la prueba son simplemente las afirmaciones."

En cuanto a las pruebas de oficio, debe señalarse que la prueba que aporte el juez en el caso que se ventila ante su despacho, va dar por demostrado un determinado hecho que ha sido alegado por determinada parte inclinando la balanza para quien en realidad posee el derecho.

2.2 FIN DE LA PRUEBA DE OFICIO:

El fin de la prueba de oficio no es más que otorgarle al administrador de justicia una certeza sobre los puntos controvertidos y no probados de manera clara y por consiguiente, la prueba que el aporte va en dirección a esclarecer sus dudas.

Obviamente tiene el mismo fin la prueba otorgada por la parte y la aportada por el juez, debido a que la primera busca dar certeza al juez y la segunda también solamente que en términos distintos. Esto es así, porque para no cometer un error sobre la decisión en un caso donde los hechos probados no han otorgado luz al juez, entonces este busca sus propias pruebas para obtenerlas in incurrir el ejercicio abusivo o arbitrario de esta potestad jurisdiccional.

2.3 PRUEBA DE OFICIO Y VERDAD

Muchos han justificado la prueba de oficio en tanto mecanismo procesal para la búsqueda de la verdad, así el juez dentro de sus facultades y poderes de dirección tiene la iniciativa suficiente para averiguar la verdad de los hechos alegados. No obstante esta versión vulgarizada sobre la finalidad de los medios probatorios no es tan cierta, ya que

como bien lo explica Hernando DEVIS ECHANDÍA el fin de la prueba es producir la convicción o certeza del juez, o lo que es lo mismo, la creencia de que conoce la verdad, pero esa certeza puede ser moral subjetiva y real o legal objetiva y formal, según el sistema de apreciación fijado. Es por ello que la actuación de la prueba de oficio no conduce directamente al encuentro con la verdad, sino que proporciona elementos acerca de los puntos controvertidos del proceso y que sirven para el convencimiento del juzgador sobre lo discutido.

2.4 PRUEBA DE OFICIO Y JUSTICIA

También ha sido materia de debate la función de la prueba de oficio en relación a la justicia, siendo que nuestro código vigente ha señalado abiertamente en su artículo II del Título Preliminar, que la finalidad abstracta del proceso es lograr la paz social en justicia. Esto nos conduce a afirmar que el proceso no puede entenderse aislado de un contexto jurídico social y que las implicancias de un caso particular importan al Derecho, porque demuestran la eficacia de un sistema legal determinado. Aunque debe reconocerse que una aplicación razonable de la prueba de oficio se identifica con un concepto de "equidad" o "justicia mínima" a valorarse caso por caso, y está alejado de los conceptos justicia como arquetipos ideales.

2.4.1.- Principio de Carga de la Prueba vs. Medios Probatorios de Oficio

La actividad probatoria en nuestro sistema jurídico procesal se rige por el principio de que la carga de la prueba corresponde a los sujetos de la relación procesal. Quien alega hechos tiene el deber de probarlos. De acuerdo con IDROGO³⁶ (2002: 128, citando a ALSINA, Hugo), esos sujetos están compuestos no sólo por las partes propiamente, sino además por el juez que también está ligado a esa relación; en consecuencia, también le alcanza el indicado principio de la carga de la

³⁶IDROGO DELGADO, Teófilo [2002] "Proceso de conocimiento. Derecho Procesal Civil".

prueba; esto, con la finalidad de que se resuelva con eficacia un conflicto judicial.

Como regla general, nos dice ROCCO³⁷ ([1951] 2002: 313-314), al hablar de las pruebas, las partes tienen que alegar y probar la existencia de los hechos a los cuales vinculan determinados efectos jurídicos; sin embargo, al juez de la instrucción le están reservadas, también en materia de presentación de documentos y de pruebas de los hechos, algunas facultades que vienen de ese modo a integrar la actividad de las mismas partes. Así, por ejemplo, el órgano jurisdiccional tiene la facultad de ordenar la inspección de personas o de cosas, ordenar reproducciones, pedir información a la administración pública, etc., aun existiendo elementos de prueba, y cuando tales elementos no sean suficientes para formar su convicción.

Así, el juez, como director del proceso, tiene la potestad de intervenir en la audiencia de conciliación, después de fijar los puntos controvertidos, declarando inadmisibles o improcedentes los medios probatorios; en la audiencia de pruebas, por el principio de inmediatez, actúa personalmente todas las pruebas admitidas para formarse la convicción que le permita expedir una sentencia con plena certeza. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción en el juez; en tales casos, ejerciendo la potestad que le confiere la jurisdicción, por resolución debidamente motivada e inimpugnable, podrá ordenar la actuación de medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Por su lado, CARRIÓN LUGO³⁸ (2000: 48), sostiene que, sin embargo, el juzgador debe tener bastante cuidado en no reemplazar a la parte litigante, quien tiene la carga procesal de probar los hechos alegados como sustento de su pretensión procesal, pues de no probarse estos hechos debe desestimarse su demanda. Así, el juzgador debe hacer uso

³⁷ROCCO, Ugo, "[1951] "Fundamentos de Derecho Procesal Civil".

³⁸CARRIÓN LUGO, Jorge [2000], "Tratado de Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso". Volúmenes I y II.

de la anotada atribución para esclarecer alguna duda que todavía existiera sobre algún hecho o punto controvertido; es decir, la actuación del juez, resulta subsidiaria.

2.4.2.- Límites a la Iniciativa del Juez en Materia Probatoria

Joan PICÓ JUNOY, citado por CARRIÓN LUGO³⁹ (2000: 48-49), establece que si bien es cierto que el Juez debe ordenar pruebas de oficio cuando el aportado por las partes resulten insuficientes, también es cierto que dicha iniciativa tiene límites:

"En función de la solución y de los razonamientos expuestos, entendemos técnica y judicialmente deseable atribuir al juzgador civil una mayor iniciativa probatoria. Sin embargo, con objeto de soslayar las objeciones que al respecto se han formulado, creemos que la mencionada iniciativa debería ajustarse a los siguientes tres límites: Primero. La prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. Segundo. Para que pueda atribuirse al órgano jurisdiccional la posibilidad de practicar los diversos medios probatorios, es menester que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Tercero. Finalmente, es necesario que en el desarrollo del medio probatorio propuesto por el órgano jurisdiccional se respete, escrupulosamente, el principio de contradicción y el derecho de defensa que todo litigante posee en la ejecución de la prueba".

A esta postura de Joan PICÓ I JUNOY, CARRIÓN LUGO (2000: 48-49) le agrega esta otra limitación a la facultad del juez de disponer de oficio la actuación de medios probatorios:

³⁹CARRIÓN LUGO, Jorge [2000], "Tratado de Derecho Procesal civil, Teoría General del Proceso", Volúmenes I y II.

"... que él debe procurar no sustituir a ninguna de las partes en la obligación procesal que éstos tienen de acreditar los hechos alegados en la etapa postulatoria del proceso. Es muy común en nuestros juzgados y tribunales disponer la actuación de un medio probatorio de oficio utilizando la frase: "para mejor resolver", que expresa una fundamentación y justificación vaga".

2.4.3.-El Principio Dispositivo y las Pruebas de Oficio

Sin duda, las pruebas de oficio, tienen poca o ninguna cabida en un sistema donde predomina el principio dispositivo. Al respecto escribió el maestro CHIOVENDA⁴⁰ ([1913] 2002: 433):

"El predominio del principio dispositivo sobre la iniciativa del juez en la formación de las pruebas, esto es, en la fijación de la verdad de los hechos, se funda también en parte, lo mismo que ocurre con la selección de los hechos que hayan de ser establecidos, en la naturaleza de los pleitos civiles y de los intereses que habitualmente se ventilan en ellos; nadie es mejor juez que la propia parte acerca de las pruebas de que puede disponer, en cuanto a sus intereses individuales. Sin embargo, no cabe desconocer que el comportamiento pasivo del juez en la formación de las pruebas puede parecer menos justificado aquí que en la elección de los hechos, puesto que una vez determinados los hechos que hayan de ser establecidos, el modo de hacerlo no puede depender de la voluntad de las partes, pues no hay más que una verdad".

De esto, fluye la idea de que la búsqueda de la verdad única es más que una justificación para respetar la iniciativa del juez en la formación de las pruebas aún en los sistemas donde tiene vigencia el principio dispositivo.

⁴⁰CHOVENDA, Giuseppe. [1913] "Instituciones de Derecho Procesal Civil".

2.4.4.- ¿Es el Juez, Dentro del Proceso Civil, Responsable de la Carga de la Prueba al Igual que las Partes?

La aportación de los hechos y la consiguiente responsabilidad de probarlos es una carga de las partes; el papel activo del juez comienza, en relación a ello, cuando surgen puntos controvertidos; si no existen hechos controvertidos, sólo queda declarar el derecho que corresponde, debiendo el juez aceptar como ciertos los hechos reconocidos por las partes. Entonces, la responsabilidad del juez, en relación a la carga de la prueba, sólo tiene cabida al existir hechos controvertidos respecto de los cuales resultan insuficientes los medios probatorios aportados por las partes. Dado que el juzgador tiene que formarse una convicción para impartir la justicia esperada, debe ordenar de oficio, en decisión motivada, la actuación de aquellos medios probatorios que le permitan resolver los indicados hechos controvertidos. El juez no tiene que probar hechos que no han sido invocados por las partes.

En consideración del maestro Hugo ALSINA⁴¹ la sentencia del juez, debe ser, en lo posible, la expresión de la verdad; esto es lo que interesa a la sociedad; para ello, debe tener facultades para investigar por sí mismo en la medida necesaria para completar su información o aclarar alguna situación dudosa; aquí radica el deber del juez, respecto de la carga de la prueba.

Líneas arriba, hemos señalado que la actual tendencia del proceso civil es, en virtud del criterio publicista, hacia la ampliación de los poderes del juez, dejando atrás la posición de mero espectador propio del sistema dispositivo. El maestro ALSINA ([1958] resalta los siguientes factores que han contribuido a la formación de una distinta concepción de la función jurisdiccional:

a) el proceso no sólo interesa a las partes en litigio sino también a la colectividad que espera el restablecimiento del orden jurídico alterado; el

⁴¹ALSINA, Hugo. [1958] "Fundamentos de derecho procesal".

proceso es entonces un instrumento para la actuación del derecho objetivo; por ello, deben ampliarse las facultades del juez investigador;

b) la declinación del individualismo para dar paso a una creciente socialización del derecho privado; y,

c) el avance, cada vez más acentuado, del derecho público en campos reservados al derecho privado.

Sin embargo, aun las posiciones extremas, admiten que no puede suprimirse el principio dispositivo; pues, frente al derecho público, siguen vigentes los derechos de las partes así como el principio de contradicción, que es esencial en el proceso civil y que supone la igualdad de las partes y la imparcialidad del juez. Por ello, resulta legítimo preguntarnos si existen limitaciones a las facultades del juzgador como veremos a continuación.

2.4.5. -Límites a la Facultad del Juez Civil, de Ordenar Pruebas de Oficio

Continuando con el sentido lógico de lo anterior, ahora es necesario dar respuesta a esta interrogante a efectos de formamos una idea más o menos completa del tema que nos ocupa.

En los párrafos anteriores, cuando tocamos el tema de los límites a la iniciativa del juez en materia probatoria, hemos visto que en opinión de PICÓ I JUNOY y CARRIÓN LUGO, sí existen unos límites perfectamente identificables derivados de los antecedentes doctrinales y legislativos: i) las pruebas de oficio deben derivar de la fuente de prueba aportada por las partes; ii) las pruebas de oficio deben estar relacionadas con los hechos controvertidos que surgen de las posiciones de las partes; iii) las pruebas de oficio deben estar sometidos al contradictorio; y, iv) las pruebas de oficio son subsidiarias y no sirven para sustituir a las PARTES.

En su momento, el maestro ALSINA comentando la legislación Argentina, precisó algunos de los siguientes límites a la facultad del juez, coincidentes en parte con lo anterior, en cuanto a las "medidas para mejor proveer":

- 1) sólo es procedente respecto de hechos controvertidos;
- 2) no es procedente respecto de hechos no invocados por las partes en apoyo de sus pretensiones, salvo que se trate de hechos impeditivos o extintivos que la ley lo autorice a estimar de oficio;
- 3) dado que a las partes corresponde la carga de la prueba, no sólo en cuanto a su ofrecimiento sino también a su producción, el juez no puede ordenar la actuación de medios probatorios que no deriven de las fuentes proporcionadas por dichas partes;
- 4) por el principio de la igualdad, el juez debe evitar suplir la omisión de las partes;
- 5) las restricciones a los medios probatorios de oficio no rigen respecto de cuestiones que afecten el orden público o cuando el juez advierta que existe un propósito doloso o colusivo.

De las limitaciones expuestas y parafraseando a ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO diremos que entre el juez espectador y el juez dictador, encontramos la figura intermedia del juez director del proceso.

2.4.6.-La Facultad de Disposición Oficiosa de la Prueba por el Juez y el Principio de Imparcialidad⁴²

La facultad oficiosa del Juez de Juicio, está directamente relacionado con la garantía de imparcialidad del juzgador, garantía que si bien no se encuentra de manera expresa en nuestra Constitución, se deduce

⁴²HERMOSA OROZCO, Hugo. "Pruebas de Oficio e Imparcialidad del Juez en el Nuevo Código Procesal Penal". <http://reformaprocesal.blogspot.com/2009/05/pruebas-de-ofico-e-imparcialidad-del.html>. Revisado el 24 Jul. 2012

implícitamente del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, dentro de la cual se reconoce el derecho a un Juez independiente e imparcial. El Tribunal Constitucional, ha dicho que *“El derecho a ser juzgado por un Juez imparcial constituye un elemento del debido proceso reconocido expresamente en el artículo 8 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 14, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos...”*.

La imparcialidad es definida como la “ausencia de perjuicios a favor o en contra de una de las partes o en relación con la materia sobre la cual deberá decidir” o como “ausencia de prejuicio o parcialidades”.

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imparcialidad judicial comprende una doble perspectiva: la subjetiva, que consiste en averiguar si el juez tiene un compromiso mental con anterioridad al juzgamiento y, la objetiva, cuando no concurren circunstancias que lleven a considerar la pérdida de la neutralidad por parte del juez. Por esta razón, sostiene que “el Tribunal no sólo debe ser imparcial sino presentarse como tal”.

Una manifestación de la imparcialidad objetiva del juez en el proceso penal acusatorio es, precisamente, la separación de las funciones de instrucción y juzgamiento. En otras palabras, en el sistema acusatorio la garantía de imparcialidad judicial no sólo consiste en la adopción de instrumentos externos al proceso, sino también en el diseño de reglas al interior del proceso, así lo ha manifestado la Corte Constitucional de Colombia, señalando que los instrumentos legales para garantizar la imparcialidad objetiva del juez se encuentran en: i) el funcionario que instruye no juzga, ii) la pérdida de la iniciativa probatoria del juez, pues se entiende como un tercero imparcial que busca la justicia material y, iii) la carga de la prueba de la responsabilidad penal corresponde a la Fiscalía. Nótese que estos tres instrumentos para garantizar la

neutralidad del juez están referidos al manejo de la prueba en el sistema penal acusatorio.

Siguiendo esta perspectiva en todo sistema que se precie de acusatorio, el Juez no se encuentra facultado para disponer pruebas de oficio, como la actuación de pruebas que el Fiscal dentro de su teoría del caso no lo considere necesario o las que se le pasen por alto a las partes, pues implicaría aún mantener facultades acordes a un sistema inquisitivo.

La clara distribución de roles, básica característica del sistema acusatorio, ha hecho que en nuestro nuevo proceso, se le haya privado al Juez del ejercicio de la gran mayoría de facultades autónomas de investigación, reconocidas por el Código de Procedimientos Penales. Es decir, de aquellas facultades que el órgano jurisdiccional puede ejercer de oficio, cuando ninguna de las partes se lo hubiese requerido e incluso aún, en contra de la voluntad de las mismas. La realización de tareas investigadoras de corte inquisitivo, a cargo de un juez, pone en crisis el principio de imparcialidad, porque quiebra la igualdad de las partes, toda vez que el Juez desciende del estrado a desempeñar un papel propio de las partes, ajeno por completo a su función de administrar justicia con imparcialidad.

La imparcialidad está íntimamente relacionada con la calidad de actividad que desarrolle el Juez. Cuando se conceden facultades de disposición de pruebas de oficio, se están menoscabando los derechos de las partes de someterse a un proceso en igualdad de condiciones, surge así una situación de desigualdad, tanto para la parte acusadora, pero de más desventaja, para el acusado, que no solo deberá enfrentar al Fiscal, sino también al Juez.

Cafferata Nores, respecto a la función del Juez, en el proceso penal acusatorio, manifiesta: *"La exigencia expresa de "imparcialidad" ha permitido redescubrir que su verdadera misión no es la de investigar ni la de perseguir el delito, sino la de juzgar acerca de él, por lo que no se admiten (o no deben admitirse) como funciones del juez penal de juicio*

las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación, o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquella".

Por su parte el gran jurista argentino doctor Víctor Vález, dice al respecto: *"el juez simplemente tiene que decidir, porque en este aspecto es un árbitro de la regularidad del proceso, cuida que las reglas se cumplan ¿Qué pasa cuando un juez, durante el juicio, hace una pregunta que se le escapó al Fiscal? Dejó de ser imparcial e imparcial, se puso del lado de una de las partes, hizo un gol que otro no supo hacer. El contradictorio se asegura cuando se garantiza la igualdad entre las partes".*

El tratadista argentino Eduardo M. Jauchen, destaca que en un sistema procesal con tendencia acusatoria no está permitido al Juez inmiscuirse en la materia probatoria decretando pruebas de oficio, para ello recurre a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y manifiesta: *"Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver el caso "De Cubber" se pronunció en el sentido de que las funciones investigadoras del órgano juzgador en cuanto a los hechos y datos que puedan servir para averiguar el delito y sus posibles responsables, puede provocar en su ánimo, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios o impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Y aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que requiere el ejercicio de tal actividad. Siguiendo estos lineamientos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en el caso "Piersack" que desde el punto de vista objetivo el juez o tribunal debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. No basta que el juez actúe imparcialmente, sino que resulta menester que no exista siquiera apariencia de parcialidad, ya que lo que está en juego es la confianza*

que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

CafferataNores señala que *"la imparcialidad de cualquier juez o tribunal se verá afectada cuando se le permita (o se le imponga la obligación de) investigar para procurar el fundamento de la acusación (vgr. la instrucción jurisdiccional) u ordenar o receptar por propia iniciativa pruebas enderezadas a resolver luego sobre aquellas en forma definitiva (vgr. incorporación de oficio de nuevas pruebas al juicio)". "La imparcialidad es la condición de "tercero" del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones ni tener prejuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de las hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia. No es casual que el triángulo con que se grafica esta situación siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados a la distancia del fiel. Implica, a su vez, la igualdad de posibilidades entre acusación y defensa para procurar mediante afirmaciones y negociaciones, ofrecimiento y control de pruebas de cargo y de descargo, y alegaciones sobre la eficacia conviccional de todas ellas, desequilibrar los platillos de la balanza a favor de los intereses que cada una representa o encarna (verdadero "control de calidad" de la decisión final)".*

Para evitar que aquello ocurra se deberá excluir a los jueces de proporcionar por sí las pruebas que les otorguen conocimientos sobre los hechos de la acusación, sobre la que luego deberán decidir. Porque en las causas penales, los jueces jamás podrán convertirse en acusadores, su actividad debe limitarse a decidir sobre las cuestiones planteadas por el Fiscal y las partes. Por ello decimos, que la imparcialidad, "se relaciona con la calidad de las actividades que desarrolla el Tribunal. La separación de las funciones instructorias y decisorias adquiere sentido,

también en la etapa del juicio. Este requisito que se vincula directamente con la imparcialidad... implica la pasividad del Tribunal durante el juicio".

En términos prácticos las pruebas de oficio en materia penal nos presentan una serie de circunstancias que hacen que sea la jurisprudencia la que module adecuadamente su actuación, por ejemplo, los principios de presunción de inocencia y adversarialidad que priman en el proceso penal en concordancia con un sistema acusatorio, imponen la obligación del Juez de absolver cuando surja duda razonable sobre la responsabilidad penal del imputado o insuficiencia probatoria, no estando obligado a realizar una actividad probatoria para lograr una condena. Si el Juez en vez de aplicar el principio rector de presunción de inocencia, dispone practicar actividad probatoria, en realidad lo que sucede es que se abandona la concepción adversarial del proceso penal.

Por el principio de aportación de parte (característica del modelo acusatorio) es poco probable hasta imposible pensar en un supuesto en el que la actividad de las partes deba ser completada por el Juez, precisamente por que el funcionamiento de la presunción de inocencia responde a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pueda plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el Juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla anunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante.

2.4.7.-La Prueba de Oficio en el Contexto Internacional

Para arribar a un conocimiento sistemático de la prueba de oficio en el proceso civil, es pertinente conocer la regulación de ésta en otros sistemas jurídicos que acogen la prueba de oficio y la incluyen dentro de las facultades del juez, con el fin de llegar a una decisión basada en percepciones y conocimientos verídicos de los hechos, de tal forma que le sea más fácil dirigir el proceso.

A continuación se presenta un cuadro con la legislación internacional más importante que regula facultades oficiosas de los jueces:

PAÍS	LEGISLACIÓN PRUEBA DE OFICIO
FRANCIA	"Artículo 10 - El Juez tiene la autoridad de ordenar de oficio todos los medios de instrucción legalmente admisibles."
ESTADOS UNIDOS	Regla 614- Llamado Interrogación de testigos por la Corte (a)Llamada por la corte. <u>La corte puede, según su propia consideración o a petición de parte llamar testigos.</u> Y todas las partes pueden interrogar los testigos llamados. (b) Interrogación por la corte. La corte puede interrogar a testigos, así sea llamado por la misma corte o por una de las partes. Regla 706 Expertos señalados por la corte (a) Cita. La corte puede según lo disponga por si misma o por las partes incorporar una orden para demostrar causa porque los testigos expertos no deben ser designados, y pueden solicitar las partes el envío de nombramientos. <u>La corte puede designar cualquier testigo experto acordado por las partes, y puede designar los testigos expertos de su propia selección.</u> La corte no designará a un testigo experto a menos que el testigo consienta su actuar....)
ESPAÑA	Artículo 429: Proposición y admisión de la prueba. Señalamiento del juicio. 1. Si no hubiese acuerdo de las partes para finalizar el litigio ni existiera conformidad sobre los hechos., la audiencia proseguirá para la proposición y admisión de la prueba. <u>Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las</u>

partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

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

Artículo 435: Diligencias finales. Procedencia.

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:

- a. 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 429.
- b. Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas.
- c. 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. (Caso de lus SuperVeniens).

2. Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán

	adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de <u>expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos</u>, (subrayado fuera de texto).
MÉXICO	Artículo 278. <u>Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral.</u>" Artículo 279. <u>Los tribunales podrán decretar en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados.</u> En la práctica de estas diligencias, el juez obrará como estime procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar el derecho de las partes oyéndolas y procurando en todo su igualdad.
ARGENTINA	Artículo 36. Aún sin requerimiento de parte los jueces y tribunales podrán:(...) 4. Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto podrán: a. Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito; b. Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que disponen el artículo 452 peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario; c. Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que

	se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.
ITALIA	Artículo 117. <i>Interrogatorio formal de las partes.</i> En cualquier estado y grado del proceso <u>tendrá el juzgador la facultad de ordenar la comparecencia personal de las partes en contradictorio entre sí,</u> para interrogar las libremente sobre los hechos del pleito. Las partes podrán hacerse asistir por los defensores. Artículo 118. Orden de inspección de personas y de cosas. El juzgador podrá ordenara las partes y a los terceros, que consientan sobre su persona o sobre las cosas que posean las inspecciones que aparezcan indispensables para conocer los hechos del pleito, siempre que ello pueda realizarse sin grave daño para la parte o para el tercero. Y sin constreñirles a violar ninguno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Si la parte se niega a cumplir tal orden sin justo motivo, el juzgador podrá inferir de esa negativa argumentos de prueba, conforme al apartado segundo del artículo 116. Si se niega el tercero, el juzgador lo condenará a una pena pecuniaria que no exceda de dos mil liras. Artículo 439. Poderes instructorios del juez. El juez puede disponer de Oficio todos los medios de prueba que considere oportunos. Puede disponer la prueba testifical aun fuera de los límites establecidos por el Código Civil. (subrayado fuera de texto)

En el cuadro anterior se observa que la prueba de oficio se ha consolidado en el ámbito internacional, como una herramienta procesal de amplia relevancia para los jueces y cortes de cada

Estado. Además, las codificaciones se han enfocado básicamente en el decreto oficioso de pruebas testimoniales y periciales.

LA PRUEBA DE OFICIO EN PANAMÁ.

La Defensora de Oficio de la Provincia de Panamá, Donají M. Arosemena, conceptúa la prueba de oficio como una herramienta auxiliar del juzgador, instituida por el derecho procesal moderno, para practicar aquellas diligencias que considere necesarias, por motivaciones de orden público, para el mejor esclarecimiento de los hechos, antes de resolver un asunto sometido a su conocimiento.

Como vemos, el concepto difiere con el de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto señala que el Juez tiene la facultad de ordenar la prueba de oficio para practicar aquellas diligencias necesarias, por "motivaciones de orden público", mientras que en nuestra legislación la prueba de oficio, es utilizada por el legislador de manera supletoria, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes resultan insuficientes para crearle convicción respecto de los hechos controvertidos.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia de ese país, ha señalado que la prueba de oficio *"se ha considerado invariablemente que ese es un instrumento procesal valioso con el que cuentan los Jueces en la búsqueda de la llamada verdad material"⁴³, la que, a su vez, debe orientar las decisiones finales que desaten los litigios sometidos a su consideración, atenuando pues el principio dispositivo que rige en su mayor parte las fases probatorias de los procesos, mas no reemplazándolo ni supliéndolo cuando el mismo resulta desatendido por los que integran la relación jurídico-procesal en cada caso"*.

En ese sentido, sirve la prueba oficiosa como un mecanismo procesal sumamente útil al Tribunal de cada causa, sobretudo las

⁴³Subrayado nuestro.

contenciosas, para alcanzar la realización efectiva de los fines para los cuales ha sido instituido.

Sin embargo, tal iniciativa probatoria en su ejercicio no puede conllevar alguna extralimitación del Juzgador o que, dicho de otra forma, se pretenda ejercer sobrepasando los parámetros sobre los cuales la Ley enmarca dicha potestad y este exceso provoque afectación de derechos fundamentales, esto es, por ejemplo, ordenando la práctica o recepción de probanzas que correspondían realmente aportar o instar en su evacuación a las partes, o que se disponga su evacuación de modo tal que se amplíe, restrinja o mediatice el alcance que debe tener la misma. En ese sentido, cabe atacar la orden de pruebas de oficio por la vía del amparo de garantías constitucionales.

En resumen, sea que las probanzas provengan de la iniciativa probatoria que las partes en conflicto tengan a bien ejercitar, o que las mismas hayan sido receptadas en los autos a instancias del propio Tribunal de la causa, oficiosamente, lo cierto es que en ambos casos los elementos de convicción así recibidos deben atravesar por un procedimiento previo en el que las partes hayan tenido oportunidad de participación, ejerciendo el derecho a la contradicción.

LA PRUEBA DE OFICIO EN COLOMBIA⁴⁴

El sistema procesal en Colombia ha desarrollado profundos cambios en cuanto a las funciones del juez y de la interpretación de las normas procesales, respecto al ámbito probatorio, específicamente la prueba de oficio. El proceso en Colombia tuvo sus raíces en el sistema dispositivo que, dentro del precepto fundamental, las partes impulsaban el proceso, iniciaban la demanda y allegaban las pruebas pertinentes al caso. Sin embargo, como se verá a continuación, para el proceso civil la introducción

⁴⁴GAITÁN GUERRERO, Loly Aylú. "Revista de Derecho Privado: La Prueba de Oficio en el Proceso Civil: ¿Imparcialidad del Juez e Igualdad de las Partes?". Universidad de los Andes, Colombia. 2010.

del Código Civil de 1971, le dio al juez facultades inquisitivas como la del decreto y práctica de pruebas de oficio. Antes de tales cambios en el ámbito civil, la prueba de oficio se introdujo por primera vez en Colombia en el campo del derecho laboral.

En materia civil, la prueba de oficio se materializó con la introducción del Código Civil de 1971. A partir de ésta, el juez pasó de ser un árbitro de corte pasivo a un director del proceso, entendido como aquél que no sólo guía y se mantiene atento a cada etapa procesal, sino que además interviene activamente en el conflicto entre las partes, impulsando el proceso en algunas de sus etapas. Sin lugar a dudas, el Código de Procedimiento Civil acompañó esta reforma, estableciendo en sus artículos 179 y 180, que el juez o magistrado puede decretar pruebas de oficio "cuando las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes". Luego, el juez está en el deber de decretar pruebas de oficio para aclarar hechos y tener un acervo probatorio más fuerte, que sea susceptible de un análisis que posiblemente lleve a la verdad material que se busca. En el Código de Procedimiento Civil se encuentran diferentes artículos que aluden a la facultad del juez para decretar pruebas de oficio, cuando así lo considere necesario. Algunos de estos son los siguientes: el artículo 202 que reitera dicha facultad con relación al interrogatorio de parte; el artículo 233 inciso 3º, lo hace con relación al decreto oficioso de un nuevo dictamen pericial "cuando el juez considere que el dictamen no es suficiente"; o el artículo 237 numeral 3º, que faculta al juez, "si lo estima necesario", para recibir los testimonios de terceros que proporcionaron información a los peritos durante el curso de sus investigaciones. Y aún más, el artículo 37º numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, impone al juez el deber de hacer uso de las facultades y los poderes que ese Código le reglamenta en materia probatoria, siempre que lo considere pertinente para verificar los hechos de la litis.

Es en virtud de este cambio de rol y en la apropiación del juez como parte activa e impulsador del proceso, que se han iniciado y

desarrollado posteriormente dos posiciones desde la doctrina y la jurisprudencia, respecto a su facultad sobre el decreto y práctica de las pruebas de oficio. Alvarado Velloso, entre otros, asegura que esta actividad sólo es el resultado de una mala interpretación de la ley y que, por tanto, genera una extralimitación en la función judicial, que colisiona directamente con principios rectores de la prueba, como los de igualdad, imparcialidad y necesidad. Por el contrario, otros, como Parra Quijano y Pico Junoy, afirman que es una facultad que permite mejorar la eficiencia del sistema judicial, buscando economía procesal, verdad material y permitiendo suplir la inequidad cualitativa que en algunos casos se presenta entre las partes.



CAPITULO III

DE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

El tema de la motivación de las sentencias y de las resoluciones en general, como es sabido, no ha tenido una alongada práctica en el mundo jurídico, sino que la misma ha sido una conquista de la ciudadanía casi a finales del siglo XVIII. Si bien es cierto que en nuestra tradición jurídico Castellana tenemos antecedentes históricos en cuanto a la exigencia de la motivación del as sentencias, esa no fue una práctica de todos los ordenamientos jurídicos europeos.

En efecto, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica⁴⁵, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *iuscommune*, no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non teneturexprimerecausam in sententia*.

Tal comportamiento judicial, empero, no fue de ordinario proceder en todos los reinos europeos, dado que en algunos de ellos se hacían excepciones a tal regla, como en el reino de Aragón, por el origen contractual de su monarquía, donde si se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias; por lo que, en la España tardo medieval coexistieron dos regímenes totalmente diferenciados, por un lado el Castellano que no contemplaba la obligación legal de motivar las sentencias y por el otro, el Aragonés que sí lo exigía, hasta que se dio la unificación normativa en el siglo XVIII, iniciada con la Real Cédula del 23 de junio de 1778, dictada por Carlos III, lo que se tradujo en la

⁴⁵ **COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio**, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Bianch, 2003, p. 60 y ss.; **Garriga, Carlos y Marta Lorente**, "El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)" en: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de (Madrid, N° 1, 1997, p. 97 y ss, e **Igartua Salavema, Juan**, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

generalización de la prohibición de justificar las sentencia a todo el territorio español⁴⁶.

Sea como fuere antes, el punto es que, posteriormente, con la llegada de la Revolución Francesa, se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la antigua forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces⁴⁷.

Bien se dice que cuando se empezó a exigir la motivación de las sentencias, se perseguían tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público, porque se concebía la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia; la segunda, era el permitir a las partes y a la sociedad en general que pudiesen apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios pudiesen aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de esta, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma, y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resolvía el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles habían sido acogidas por el juez para condenar o absolver.

Nuestro ordenamiento legal no ha sido ajeno a tal exigencia, puesto que desde los albores de nuestra República, en la Constitución de 1828, ya se estipulaba

⁴⁶

Por su lado Tomás-Javier Aliste señala que en el reino de Aragón las normas que exigían la motivación de las decisiones judiciales eran explícitas, mientras que en reino de Castilla ello emergía de los textos legales, por lo que no se podría afirmar de manera categórica que en dicho reino no era una deber el que se justifiquen las decisiones judiciales. Asimismo, este autor llega a sostener que la real intención de Carlos III fue la de erradicar el carácter perjudicial de una praxis motivadora, cuyo entendimiento se reducía a plasmar en la sentencia un mero resumen de lo obrado en autos, no teniendo otro fundamento que el interesado engrosé de la fortuna de los escribanos, los cuales por esta vía encontraban una fuente más para incrementar los aranceles cobrados a los litigantes.

Cf. **Aliste Santos, Tomás-Javier**, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 100, 101 y 106.

⁴⁷

Bien se dice respecto a la discrecionalidad, como un concepto diferente a la arbitrariedad, que "...es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad no es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión."

Anón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: **Doxa**, N°s15-16, 1994, p. 902.

en su artículo 122° que los juicios civiles deberían ser públicos, los jueces deliberarían en secreto, pero las sentencias serían motivadas y se pronunciaban en audiencia pública. Garantía ésta que se ha mantenido incólume hasta nuestros días. Es más, ha tenido un mayor espectro de aplicación, como toda garantía dentro de un Estado Constitucional y Social de Derecho, por lo que el inciso 5 del artículo 139° de nuestra actual Constitución prescribe que es un principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

En esa misma corriente garantista se encuentran el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el artículo 122° del Código Procesal Civil, textos normativos que señalan los requisitos esenciales para la validez de toda resolución judicial, prescribiendo que su incumplimiento acarrea la nulidad de la misma, habida cuenta que por mandato constitucional, la argumentación jurídica, constitutiva de la motivación de una resolución judicial, tendrá necesariamente forma escrita y su contenido será tanto de naturaleza jurídica como fáctica inherentes al caso materia de la decisión.

Ahora bien, en doctrina se suele mencionar que la función de la motivación tiene una dimensión endoprocesal y otra extraprocesal. Se dará la primera, cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la -motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social, puesto que, como dice Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público.

En suma, motivar significa expresar las razones por las que ha sido dictada una decisión. Por lo que, siendo obligación de los jueces dictar decisiones que sean

conformes al derecho, se debe presumir que el motivo por el que ha sido dictada una determinada decisión, en vez de otra distinta, consiste en que el juez que la ha dictado de tal modo, considera que la misma es conforme con el derecho. Por tanto, cuando el Derecho establece que el juez que dicta una decisión debe de motivarla, lo que le está exigiendo es que indique el motivo por el que él considera que dicha decisión es conforme al Derecho⁴⁸.

También, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, se considera que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; b) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; d) Permite la efectividad de los recursos por las partes; y e) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos⁴⁹.

Con igual criterio, se suele distinguir entre motivación formal y motivación sustancial. Entendiéndose por la primera a aquella que está constituida por enunciados colocados topográficamente en la parte que la sentencia dedica a la motivación; en tanto que la segunda (la sustancial), se compone de enunciados cuyo contenido asume, directa o indirectamente, una función justificatoria de lo que se haya decidido. Estando a lo dicho, la existencia de la motivación formal exige la presencia de enunciados, en tanto que la existencia de la motivación sustancial se basa en los significados de los enunciados formulados⁵⁰.

⁴⁸HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 145.

⁴⁹CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205, y PICÓI Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64.

⁵⁰IGARTUASALAVERRIA, Juan, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009, pp. 28 y 29.

Finalmente, se ha expresado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes.

3.1 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Son muchas las semejanzas entre el principio de proporcionalidad del derecho continental europeo y el principio de razonabilidad (*substantive dueprocess o reasonableness*) de cuna anglosajona, pero lo que une fundamentalmente a uno y otro es la posibilidad, por parte del órgano encargado de realizar el control de constitucionalidad -sea un sistema difuso o concentrado-, de hacerlo sobre la sustancia o el contenido de los actos estatales.

En el derecho continental, la locución "razonabilidad" se reserva en general a la "constitucionalidad o legalidad de los motivos o las razones que se alegan para justificar una desigualdad o trato diferenciado"⁵¹; lo que vendría a significar que se relaciona con la interpretación y aplicación del principio de igualdad. Por el contrario, la proporcionalidad se refiere al examen de la relación entre los medios y los fines del acto normativo. Usualmente se entiende que el test de proporcionalidad es un examen de ponderación entre dos principios jurídicos: se dice que cuando una norma "restringe" (reglamenta) un derecho fundamental, sólo es admisible si el Estado tiene razones suficientes para su implementación, con lo que el principio perseguido por la norma debe ser "proporcionado" al principio que protege el derecho fundamental restringido (regulado). Teóricamente, se denomina principio de proporcionalidad al criterio de análisis estructurado por medio del examen de los tres subprincipios, que permite poner de relieve la

⁵¹LÓPEZ GONZÁLEZ José Ignacio, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p. 117.

proporcionalidad entre los principios en conflicto a los efectos de saber si una norma es legítima (constitucional).

El principio de proporcionalidad, tal como es aplicado en diversos países de Europa, tiene tres juicios internos por los cuales se encauza el control de constitucionalidad de la norma. Se examina tanto la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación) como la eficiencia de la norma (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). El análisis de proporcionalidad es un criterio de fundamentación de las decisiones que implica un control riguroso que se aplica, sobre todo, a las normas que regulan derechos fundamentales. Una norma que no atraviesa alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será aquella que interfiera en el contenido esencial del derecho fundamental.

Cabe advertir que este sistema de análisis de proporcionalidad no es perfecto ya que, aun habiendo atravesado una ley los tres juicios, indirectamente se puede llegar al sacrificio de un derecho fundamental cuando, ante una finalidad importante, se arbitran medios adecuados, necesarios y proporcionados, pero que avasallan el contenido esencial de un derecho impidiendo su ejercicio justo y razonable. Es por ello necesario perfeccionar, tal como se intentará en los próximos epígrafes, el modo de funcionamiento del principio de proporcionalidad a través de la aplicación de un juicio de afectación o alteración al contenido esencial del derecho fundamental regulado.

El principio de razonabilidad, o el debido proceso legal sustantivo que es aplicado en el derecho estadounidense, es un control riguroso de aquellas normas que versan sobre determinadas materias sensibles, sobre todo cuando se regulan las llamadas "libertades preferidas", o en ciertas materias del derecho a la igualdad como sexo, raza, religión, etc. Sin embargo, el debido proceso legal sustantivo es muy débil a la hora de controlar leyes de contenido económico ya que se recurre al escrutinio más laxo: el *rational basis review*. Después de la "era

Lochner, la Suprema Corte estadounidense invalidó, sobre la base de este test, muy pocas leyes que perseguían fines económicos. De todos modos, se sigue admitiendo la posibilidad de un control de constitucionalidad sobre estas normas a partir de un examen de la relación y ponderación entre los medios y los fines.

En el derecho argentino se ha tomado, sobre todo, el modelo norteamericano de control de razonabilidad; su evolución histórica ha sido similar en ambos ordenamientos. El principio, tal como es aplicado por los jueces argentinos, carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación. Aun cuando pueda realizarse alguna diferencia conceptual entre la noción de razonabilidad y el principio de proporcionalidad del derecho continental, suele admitirse un concepto más general y polivalente del "juicio de razonabilidad" que abarcaría, más allá de las fórmulas que se utilizan, todo control respecto del contenido del acto⁵². A los efectos de este trabajo, se identifican los dos conceptos.

3.1.1.- La Razonabilidad como Principio

Ya se ha dicho que el derecho exige una base racional ya -que- en sí mismo se trata de un juego entre medios y fines: los fines últimos del derecho (Justicia, bien común), los fines intermedios o mediatos, y los mismos medios que se emplean para lograr la finalidad. Al ser el derecho un orden humano, es imprescindible recurrir a las "razones" del derecho para otorgarle justificación⁵³. La razonabilidad opera como un criterio que permite arribar a una -solución justa dentro del derecho, ya sea una solución normativa, una solución en un proceso contencioso, etc. Esta solución justa exige que sea humana, no violenta, no arbitraria: de algún modo, conforme a ciertas razones.

⁵² LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, p. 117.

⁵³ CAMPOS Bidart, "la razonabilidad consiste en una valoración axiológica de justicia, que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente". Bidart Campos, *Tratado elemental*, p. 805.

De este modo, desde un primer plano, la razonabilidad es un factor que legitima el derecho. Ahora bien, ¿de qué modo se articula esta exigencia en el ordenamiento jurídico?

A lo largo de este trabajo se ha hecho referencia a varios conceptos vinculados con la razonabilidad: se ha hablado de "exigencia" de razonabilidad, "principio", "máxima", "estándar", "test", "criterios", "juicios", "control" de razonabilidad, etc. Ahora bien, esta exigencia de razonabilidad o proporcionalidad es, en primer lugar, un principio; así es reconocida en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, como por ejemplo en Alemania y España. El hecho de que sea considerada como principio significa que -a diferencia de las reglas que son normas que no admiten grados- un principio admite su aplicación en grados pero exige su máximo cumplimiento posible; son "mandatos de optimización", según la definición de Alexy.

Esta diferencia entre principios y reglas resulta esencial para comprender la problemática de los derechos fundamentales. En efecto, cuando coexisten dos reglas contrapuestas, una excluye a la otra y se aplica en toda su extensión. Frente a dos principios, ninguno debe ser excluido, sino que debe procurarse una armonización entre ellos procurando optimizarlos, es decir, el logro en su mayor grado posible. Al exigir la razonabilidad del ordenamiento jurídico, se busca el mayor grado de concreción de razonabilidad, minimizando la arbitrariedad y procurando una armonización con otros principios como pueden ser otros derechos fundamentales (que operan como principios).

El principio de razonabilidad es un principio general del derecho. Esto significa, en primer lugar, que goza de juridicidad: es obligatorio en la aplicación del derecho en general. En otras palabras, el operador jurídico debe buscar la maximización de la razonabilidad ya sea en la sanción de cualquier acto normativo, en la interpretación, en su aplicación y control⁵⁴. En segundo lugar, significa que forma parte del ordenamiento

⁵⁴ LUÑO Pérez considera a los principios generales del derecho "mitos Jurídicos", acepta que estos operan

jurídico independientemente de que sea o no declarado en forma expresa.

El principio de razonabilidad, o proporcionalidad, así entendido, es un principio general del derecho, opera como un límite constitucional al poder del Estado, y como un criterio de control de las normas de modo que su contenido sea conforme a derecho y que los derechos fundamentales no se vean afectados o alterados en su contenido esencial.

3.1.2.-El Principio de Razonabilidad como Control de Constitucionalidad: el "Control Constitucional de Razonabilidad"

El estatus de principio significa un grado de abstracción e indeterminación; por esto se ha dicho que el principio de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado⁵⁵. Sin embargo, cumple la función de operar como criterio en el control de constitucionalidad de las normas; es así que ciertas reglas se pueden derivar de su propia razón de ser. El hecho de que estas reglas se deriven no les quita el carácter de principio ya que son tests, o juicios de comprobación de la razonabilidad o proporcionalidad de una norma. En efecto, si lo que se busca es el mayor grado de proporcionalidad o razonabilidad posible, y detectar la irrazonabilidad de una norma, unos juicios concretos son imprescindibles.

El principio de razonabilidad puede ser llamado también "control constitucional de razonabilidad", poniendo el énfasis en la función que cumple el principio y en los juicios que se desprenden del mismo. Estos juicios, o reglas, que serán desarrollados más adelante, son pautas que otorgan un cierto grado de objetividad y determinación al principio de

como "reglas orientadoras para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas Jurídicas", Antonio E. Pérez Luño, "Los principios generales del derecho: ¿un mito jurídico?", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 98, 1997, p. 17.

⁵⁵CAMPOS Bidart: "cabe sugerir que ese concepto jurídico indeterminado se esclarece cuando se penetra en el núcleo esencial de cada derecho. Tal núcleo es el que no tolera supresión o, en otros términos, es ese núcleo el que no puede extinguirse, alterarse, dañarse, o frustrarse. Cuando el núcleo queda preservado, la limitación al derecho es razonable. Cuando el núcleo se afecta de la manera dicha, hay arbitrariedad e inconstitucionalidad", Bidart Campos, *Tratado elemental...*, p. 809.

razonabilidad. Para evitar el regreso a la "era *Lochner*", estos juicios o reglas de análisis deben ser empleados.

De todos modos, como se verá, no se excluye la valoración jurídica, ya que el principio de razonabilidad supone la inevitabilidad de los juicios de valor por parte de los jueces. Tampoco significa petrificar esta herramienta, sino permitir que los jueces puedan fundamentar suficiente y correctamente sus decisiones, y arribar a soluciones más justas. Cabe advertir que el control constitucional de razonabilidad no es infalible ya que sus resultados dependerán, en buena medida, del operador jurídico, y su valoración e interpretación de los hechos la interpretación de los derechos constitucionales, sus visiones fundamentales, la interpretación de los medios empleados por la norma y la comprensión del fin o los fines de la misma. De todos modos, el principio de proporcionalidad permite que las sentencias sean fundadas brindando razones y argumentos de un modo claro y preciso para decidir en uno u otro sentido.

3.1.3.-El Control Constitucional de Razonabilidad como Criterio para Determinar la Afectación al Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales

El control constitucional de razonabilidad opera como criterio sustancial de control en la aplicación e interpretación del derecho. Para esto, en primer lugar, los jueces que tienen esta potestad deben analizar la norma de modo que ésta guarde una relación razonable entre los medios y los fines legítimos o constitucionales. En segundo lugar, y para que la norma sea constitucionalmente válida, corresponde que la misma -y con esto, la finalidad o finalidades propuestas y los medios empleados para conseguirlas- esté de acuerdo con el resto de las finalidades constitucionales y sus principios (para lograr también la optimización de éstos). En este sentido, un completo control constitucional de razonabilidad debe incluir el examen acerca de la afectación a los derechos fundamentales y su contenido esencial.

No se pretende, en este trabajo, entrar en detalle en la problemática del contenido esencial que ha dividido a la doctrina europea. Las teorías en torno al "contenido esencial" surgen a partir de la mención en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949⁵⁶, y se vincula con la idea de que los derechos fundamentales pueden ser regulados por las leyes, pero no pueden verse afectados en un núcleo que constituye la razón de ser. Dos teorías se vinculan a este concepto: la teoría absoluta, conforme a la cual existe un núcleo duro del derecho que debe ser protegido siempre, y un núcleo blando que es disponible por el legislador. La teoría relativa, por su lado, señala que el contenido esencial es el que surge luego de aplicar el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: lo que es desproporcionado y sólo lo que es desproporcionado vulnera el contenido esencial. Las dos teorías tienen el defecto de admitir la restricción de los derechos por límites externos: la teoría absoluta conduce al conflicto entre derechos y a la jerarquización, lo que implica relegar un derecho fundamental frente a otros considerados más importantes. La teoría relativa conlleva la idea de limitación de los derechos en cuanto la aplicación de los tres subprincipios -al ser un examen entre los costos y beneficios-, y puede llevar a la justificación de la postergación de un derecho cuando la finalidad, o el beneficio, sea importante.

La solución de la problemática del contenido esencial pasa por comprender que los derechos fundamentales no tienen límites externos; el contenido esencial de los derechos se determina internamente a partir de la finalidad del derecho mismo: se delimita realizando una interpretación teleológica desde el bien humano protegido y la función que el derecho cumple. El contenido esencial es, en definitiva, el contenido del derecho mismo⁵⁷ que no viene limitado de manera externa

⁵⁶Como se ha señalado, la garantía de contenido esencial también aparece reconocida en el artículo 53.1 de la Constitución española de 1978. En el derecho argentino la garantía goza de reconocimiento en el artículo 28 de la Constitución Nacional que establece la inalterabilidad de los derechos; este artículo fue tomado de la constitución de Alberdi que ya hablaba de una esencia de los derechos fundamentales.

⁵⁷MARTÍNEZ Pujalte: "(...) en la medida en que la garantía del contenido esencial expresa una vinculación incondicionada de los poderes públicos al contenido de los derechos fundamentales, ello implica, en concreto, que tal contenido no puede ser limitado por el legislador. La cláusula de respeto al contenido esencial supone, por tanto, la resistencia frente a toda limitación legislativa: los derechos fundamentales son

sino que surge internamente. Las leyes no limitan los derechos sino que delimitan el contenido esencial de los mismos y regulan su ejercicio razonable. Si esto es así, entonces el control de razonabilidad no debe llevar a la restricción o limitación de un derecho, sino al contrario: debe conducir a la armonización de los derechos, sin afectar, limitar o alterar el contenido esencial de los mismos.

3.1.4.-Puntos de Partida para un Completo Control de Razonabilidad

En primer lugar, corresponde decir que es necesario superar la idea de que el principio de razonabilidad o proporcionalidad es un análisis de ponderación entre principios. Es, más bien, un control constitucional que examina específicamente la relación entre los medios y los fines de una medida. Pero no se limita únicamente a esto; además, se debe analizar la constitucionalidad de la finalidad, ya que no cualquier finalidad propuesta es compatible con la Constitución de modo que permita el logro de los objetivos constitucionales. Luego también, convendrá examinar si el medio afecta, limita, restringe, o altera el contenido esencial de otros derechos fundamentales de acuerdo con la finalidad de los mismos, y el bien humano protegido. Esto a efectos de dar máxima eficacia a la Constitución y lograr la armonización de los derechos. En ningún caso se puede postergar un derecho ya que, quien tiene derecho, merece su protección.

La teoría absoluta del contenido esencial, o una postura que examine los derechos fundamentales o los principios en conflicto, se opone a esta concepción ya que supone que las leyes limitan los derechos y que un derecho puede quedar relegado frente a otro "más importante" o a una finalidad social relevante. Bajo esta óptica, el control de razonabilidad carece de relevancia y su aplicación -que no incluiría la garantía de no afectación de los derechos fundamentales- puede conducir, contradictoriamente, a soluciones arbitrarias, irrazonables y desproporcionadas.

ilimitables", Antonio L. Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 48.

Según la teoría relativa del contenido esencial también se llega a consecuencias no deseadas ya que se queda en un mero análisis de costos y beneficios, y se excluye el juicio de no afectación de los derechos fundamentales. Los resultados son semejantes a los de la teoría absoluta. Se han sostenido otras teorías, por ejemplo, la teoría de la implicación, que sostiene que el principio de proporcionalidad es un criterio para determinar el contenido esencial, pero no el único. La Corte Suprema Argentina suele analizar la razonabilidad de una medida y, en segunda medida, la alteración de otros derechos fundamentales conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional.

Conforme a la tesis sostenida, la razonabilidad debe integrar en su campo el examen razonable de los medios y los fines, y la afectación o la alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales en juego. De este modo, una medida que altera un derecho fundamental es irrazonable o desproporcionada.

3.1.5.- Los Cinco Juicios del Control de Razonabilidad

3.1.5.1.- Primer Test: el Juicio de Finalidad

El primer juicio que corresponde hacer sobre la norma a efectos de evaluar su razonabilidad versa acerca de la finalidad o las finalidades de la medida, Tres cuestiones quedan abarcadas en este juicio:

- ¿Cuál es la finalidad?
- ¿Es constitucional?
- ¿Es socialmente relevante?

En primer lugar, para Un correcto control de constitucionalidad sobre la base de la razonabilidad, es imprescindible investigar y determinar la finalidad o las finalidades que persigue la norma. Cabe advertir que es posible que una norma, o una disposición particular, no persiga finalidad

alguna, por lo cual deberá declararse su inconstitucionalidad ya que toda norma debe perseguir alguna finalidad legítima.

Examinar correctamente la finalidad es lo que determinará una acertada aplicación de los siguientes juicios. Es preciso que el juez realice una interpretación teleológica de la norma y que no solamente desentrañe la intención del legislador o evalúe la exposición de motivos, sino que descubra la finalidad real detrás de ella⁵⁸. Para esto último, el operador jurídico deberá tener en cuenta, entre otros aspectos, las circunstancias fácticas y jurídicas extrínsecas a la sanción de la norma, es decir, los hechos que motivaron la medida, los antecedentes y las fuentes jurídicas, etc. En cuanto a su análisis intrínseco, generalmente los propios medios empleados delatan la finalidad de la medida; el juez puede tener en cuenta la finalidad de los medios, de acuerdo con lo que la experiencia demuestra como efectos de los mismos.

Se deberá tener en cuenta las finalidades mediatas e inmediatas de la norma. La finalidad inmediata es la primera que surge de la propia ley luego de realizar una interpretación ideológica. Las finalidades mediatas son aquellas que se logran a partir de esa finalidad y se puede llegar a un ordenamiento jurídico superior. La finalidad mediata puede ser el logro de un determinado objetivo constitucional, puede consistir en la función que cumple la norma dentro de un determinado campo del derecho, etc.



⁵⁸En el caso *Lochner*, la Suprema Corte estadounidense señaló que: "la finalidad de un estatuto debe determinarse desde el efecto natural y legal del lenguaje empleado y, si es o no repugnante a la Constitución de los Estados Unidos, debe determinarse a partir de los efectos naturales de dichas leyes al aplicarse, y no a partir de la mera finalidad declamada". 198 U.S. 45, 64 (1905).Cfr. *Minnesota u. Bwber*.136 U.S. 313 (1890); *Brimjner u. Reb-man*, 138 U.S. 78 (1891); *YickWo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).Sin embargo, actualmente en el escrutinio del *rational basis review*- el escrutinio más usual para leyes que regulan la propiedad o con fines económicos-la Corte hace un control mucho más flexible de la finalidad de la norma al entender que toda norma persigue varios fines y basta que "alguno de ellos" sea constitucional. Así lo ha sostenido el máximo tribunal en *Romer v. Evans* al decir que: "si una ley no impone restricciones a un derecho fundamental ni apunta a determinada clase sospechosa, sostendremos la clasificación legislativa mientras tenga una relación razonable frente a *algún fin legítimo*" (énfasis agregado), 517 U.S. 620, 631 (1996).

El siguiente paso consiste en verificar la legitimidad del fin normativo. La finalidad de la norma debe ser conforme a la Constitución⁵⁹; y no estar prohibida explícita o implícitamente.

Luego corresponde determinar si la finalidad es socialmente relevante⁶⁰. Esto significa que la finalidad debe tender a la justicia y al bien común; no al interés de ciertas personas particulares. Por otra parte, también quiere decir que la finalidad que se pretende lograr no debe vulnerar el principio de subsidiariedad: si la misma finalidad se puede lograr igual o más eficientemente sin intervención del Estado por parte de los grupos o personas que lo componen, el Estado se debe abstener de legislar en la materia.

En definitiva, una norma que no persiga ninguna finalidad pública, o que su finalidad sea inconstitucional o socialmente irrelevante, deberá ser declarada inconstitucional por el juez interviniente.

3.1.5.2.- Segundo Test: el Juicio de Adecuación

El juicio de adecuación, o de idoneidad, examina la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma. En otras palabras, una norma que establezca medios que no sean capaces de lograr la finalidad deseada debe ser declarada inconstitucional por irrazonabilidad. Este juicio de adecuación, y el juicio de finalidad, conforman el subprincipio de adecuación.

La adecuación se debe analizar en el momento y las circunstancias de la aplicación de la norma. De modo que si era inadecuada al momento de

⁵⁹Por ejemplo, en el caso *Plyleru. Doela* Suprema Corte estadounidense manifestó que "en la aplicación de la cláusula que protege la igualdad frente a todo tipo de acción estatal, nosotros buscamos solamente asegurar que la clasificación en cuestión tenga algún Upo de relación justa con una finalidad pública legítima", 457 U.S. 202, 216 (1982).

⁶⁰De acuerdo con el Tribunal Constitucional español, "(...) debemos precisar en primer lugar cuál es el bien Jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *príuslógico* para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 CE., al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente Irrelevantes", STC 55/1996, BOE 102, § 7.

su sanción, pero resulta adecuada posteriormente, es razonable. La adecuación también debe analizarse en forma abstracta, si es que en general los medios no logran la finalidad, o en el caso concreto, si para tal situación, o para tal sujeto, la norma es inadecuada. En ambos casos se deberá declarar la inconstitucionalidad.

Por último, la adecuación puede evaluarse y probarse por distintos medios. Muchas veces el juicio será técnico en cuanto se deberá probar científicamente la adecuación de la medida. En caso de duda, en general, se estará a favor de la constitucionalidad, ya que la prueba suele recaer sobre quien alega la inconstitucionalidad⁶¹. Basta que la norma alcance de algún modo, incluso parcialmente, la finalidad ya que lo que aquí se juzga es la eficacia y no la eficiencia que es objeto del juicio de necesidad que será analizado a continuación.

3.1.5.3.- Tercer Test, el Juicio de Necesidad

El juicio de necesidad es el que se conoce como subprincipio de necesidad o de indispensabilidad, y responde a la cuarta pregunta que corresponde plantearse para realizar el control de razonabilidad. Generalmente este juicio se formula en términos negativos: la norma debe ser la que menos restrinja el derecho fundamental entre otras normas eficaces. Esta formulación es incorrecta ya que una norma que restrinja un derecho fundamental es inconstitucional. Bernal Pulido mejora la definición al señalar que la medida debe ser la más "benigna" entre otras medidas igualmente eficaces.

Lo que se debe analizar, ante todo, es la eficiencia⁶² de la medida en comparación con otras medidas eficaces: de acuerdo con el principio de

⁶¹En algunos casos no será así; ya se ha visto el caso de los escrutinios estricto e intermedio que presumen la inconstitucionalidad de la norma, y la carga de la prueba recae sobre el Estado quien debe probar, muchas veces con rigor técnico, la adecuación de la medida.

⁶²Esta aproximación implica una distinción, que debe resaltarse, entre las nociones de "eficacia" y "eficiencia". La eficacia es la idoneidad de la medida para alcanzar la finalidad: es decir, los efectos obtenidos son los deseados, de modo que se puede afirmar que la medida es eficaz o que goza de efectividad. Una medida eficiente no sólo es aquella que logra la finalidad, sino la que lo hace del mejor modo. La eficiencia supone eficacia, o efectividad, por lo que el análisis de idoneidad es siempre previo al de necesidad.

necesidad, la norma constitucional debe ser la más eficiente entre otras alternativas posibles. En otras palabras, debe implementarse la medida que mejor logre la finalidad propuesta; una norma ineficiente no superará el test.

El juicio de necesidad no es otra cosa que un control de calidad de las normas que regulan los derechos fundamentales. Es una exigencia del principio de razonabilidad que la norma que se adopte para alcanzar la finalidad requerida, sea la mejor, y no sólo la eficaz (adecuada). Para esto es necesario considerar las circunstancias de la medida: tiempo, modo y lugar; en este sentido, la norma razonable será, entre otras cosas, la que resulte más económica, la que logre la finalidad en el menor tiempo posible, la que conlleve los menores costos y esfuerzos para la comunidad, la que regule la menor cantidad de supuestos de hecho y sujetos alcanzados, etc.

Esta aproximación al juicio de necesidad responde otro planteo que se le puede hacer a la definición conocida de los medios alternativos "menos restrictivos" -a más de la objeción ya formulada de que todo medio restrictivo es inconstitucional-, y consiste en que una definición de tal tipo no contempla, o no incluye de modo correcto, las regulaciones de los derechos sociales: en éstos al Estado le es requerido un deber de prestación efectiva. ¿Cómo puede decirse que la prestación efectiva es la menos restrictiva del derecho social afectado? En cambio, si se define esta exigencia de modo positivo como la necesidad de regular del modo más eficiente, claramente se incluye aquí toda regulación de un derecho de prestación efectiva⁶³.

⁶³Un ejemplo de aplicación del principio de razonabilidad en materia de derechos de prestación efectiva se puede ver en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "Badaro(II)". En lo que respecta al derecho a la movilidad jubilatoria, la Corte ha dicho que: "ese mandato no fue cumplido en las oportunidades y con el alcance exigidos por el art. 14 bis CN. Para conferir eficacia a la finalidad protectora de la Ley Fundamental.-su reglamentación debe guardar Una razonable vinculación con los cambios que afectan-al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos". Cfr. CSJN. "Badaro c/ Administración Nacional de la Seguridad Social", del 26-XI-2007, en *La Ley* 2007-F, 688, § 16.

Por último, el juicio de necesidad será relevante también en la aplicación del control de constitucionalidad para el caso concreto⁶⁴. En efecto, una norma considerada en forma abstracta puede no resultar irrazonable, pero llevada a los casos de aplicación puede resultar que hayan quedado incluidos algunos supuestos que no merecían quedar comprendidos por la norma, ya sea porque se generaría respecto de ellos una suerte de carga no igualitaria, o porque no son relevantes para el logro de la finalidad. Es lo que en el derecho estadounidense se conoce como los defectos legales de la sobrecomprensión (*overinclusiveness*) de las leyes, es decir, que comprende más supuestos de los que debería alcanzar; o también el defecto de la vaguedad (*vagueness*), en cuanto la ley no define con precisión los supuestos alcanzados de modo que se genera cierta incertidumbre. En la vereda opuesta, una norma también puede resultar infracomprendiva (*underinclusiveness*), es decir, que deja afuera supuestos que deberían quedar comprendidos. Todos estos defectos legales podrían ser atacados mediante el juicio de necesidad.

En el derecho argentino, los jueces se eximen de realizar este juicio de necesidad ya que entienden que no pueden juzgar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de la medida⁶⁵. Sin embargo, el control de necesidad puede verse justificado en determinados casos de existencia manifiesta de otros medios que son a todas luces más eficientes⁶⁶. Cabe decir que en el derecho argentino, en varias oportunidades se ha

⁶⁴Vendría a ser una suerte de control *as applied*, de acuerdo con la Jurisprudencia norteamericana.

⁶⁵El razonamiento de la Corte Suprema para evitar este juicio es que: "no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico-social, es decir, si el elegido es o no el *más* eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga cierta proporcionalidad con el fin.

⁶⁶Es un desacierto que los Jueces se eximan de este control, por seis argumentos: en primer lugar, los derechos se consideran operativos y corresponde a los Jueces otorgar máxima operatividad a ellos; en segundo lugar, los derechos tienen una "vertiente positiva" de acuerdo con la cual los órganos públicos cumplen una función activa de promoción, por lo que los jueces también están llamados a ella; en tercer lugar, considera el autor que se puede convertir al principio de razonabilidad en un medio para terminar justificando fuertes injerencias en los derechos fundamentales, o al menos, se lo juzga encubiertamente sin mayor fundamentación; en cuarto lugar, la misma idea de principio significa que deben ser optimizados, y entonces no cabe limitar su aplicación cuando están llamados a su maximización; en quinto lugar, considera que la teoría jurídica contemporánea reconoce que es imposible una aplicación mecánica de la ley y que los Jueces no pueden escapar de la valoración; por último, el juicio de necesidad debe armonizarse con el de autocontención o la declaración de inconstitucionalidad como la *ultimaratio* del ordenamiento Jurídico.

realizado este juicio encubiertamente a la hora de analizar la proporcionalidad de la medida.

3.1.5.4.- Cuarto Test: el Juicio de Proporcionalidad (en Sentido Estricto)

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto, más que una ponderación entre dos principios en conflicto, significa una comparación de los costos y beneficios de la norma: se propugna que si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional. Para esto se deberá evaluar el carácter de la medida y la relevancia de, la finalidad que implicarán, de algún modo, una valoración por parte de los jueces que deberá estar suficientemente fundada. Este **juicio** se corresponde con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto **que se suele** aplicar en el derecho continental.

Este juicio no debe realizarse mediante un balance entre los derechos en juego. El *balancing test* que se aplica en el derecho estadounidense para resolver problemas de derechos fundamentales consiste en balancear el derecho regulado o afectado frente al derecho que busca proteger la finalidad de la medida. Un sistema similar se aplica en el derecho continental con la regla de ponderación o de conflicto. No es esto lo que debería buscarse mediante el juicio de proporcionalidad; debe excluirse la idea de jerarquizar los derechos, sea en forma abstracta o concreta. Más bien se pretende que, mediante este juicio, se cuantifiquen y califiquen de algún modo los medios con respecto a los fines que se pretende alcanzar a efectos de vislumbrar la proporción que debe existir entre los costos y los beneficios y, así, se brinden razones para ello. Los beneficios deben resultar siempre mayores que los costos, de lo contrario, la norma no tendría "*razón*" de ser.

No se debe realizar un mero análisis cuantitativo, sino también tener todos los factores en cuenta como por ejemplo: costo económico,

sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y el espacio, etc.

3.1.5.5.- Quinto Test: el Juicio de Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Regulados

Ya se ha dicho que el control de razonabilidad o proporcionalidad no se puede limitar a un mero control de costos frente a los beneficios de la medida, o medios y fines ya que esto no garantiza la intangibilidad de los derechos fundamentales en juego. Además de los juicios anteriores, es necesario controlar la norma a la luz de los distintos fines constitucionales (principios constitucionales y derechos fundamentales) y del ordenamiento jurídico. Es imprescindible verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que aparecen en juego o que regula la ley.

Este examen requiere que se realice una interpretación ideológica del derecho fundamental a partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no de hacerlos entrar en conflicto. De este modo, el juez evaluará si la ley en cuestión altera el ejercicio de un derecho fundamental. Una norma puede atravesar todos los juicios anteriores, pero violar la garantía de la inalterabilidad de los derechos. Una norma así no puede convivir en el ordenamiento jurídico, y el juez debe declarar su irrazonabilidad e inconstitucionalidad.

CAPITULO IV

ANÁLISIS INSTRUMENTOS DE VERIFICACION

Conforme al planteamiento operacional propuesto para el desarrollo del presente trabajo de investigación, se procedió a la recolección de copias de resoluciones en las cuales se dispone la actuación de medios probatorios de oficio, teniendo como unidades de estudio a Juzgados de Paz Letrados, Juzgados Mixtos, Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Arequipa, conforme al detalle siguiente:

A. Juzgados de Paz Letrados

- Primer Juzgado de Paz Letrado de Mariano Melgar
- Segundo Juzgado de Paz Letrado de Mariano Melgar
- Segundo Juzgado de Paz Letrado de Cerro Colorado
- Primer Juzgado de Paz Letrado de Yanahuara
- Juzgado de Paz Letrado Módulo Básico Hunter
- Segundo Juzgado de Paz Letrado Sede Central Arequipa
- Séptimo Juzgado de Paz Letrado Sede Central Arequipa
- Sexto Juzgado de Paz Letrado Sede Central Arequipa
- Segundo Juzgado de Paz Letrado de Paucarpata

B. Juzgados Civiles

- Primer Juzgado Civil
- Cuarto Juzgado Civil
- Noveno Juzgado Civil
- Séptimo Juzgado Civil
- Octavo Juzgado Civil
- Décimo Juzgado Civil
- Juzgado Civil – Módulo Básico de Hunter

- Juzgado Civil de Camaná

C. Otros

- Juzgado Mixto de Mariano Melgar
- Juzgado Transitorio de Familia
- Segundo Juzgado Mixto de Paucarpata

Del estudio y observación de los instrumentos de verificación, se obtuvieron los resultados siguientes:

1) Del total de 100 instrumentos de verificación analizados

- 96 resoluciones que disponen la actuación de oficio de medios probatorios tienen una motivación que justifica dicha decisión por parte del Juez.
- 04 no tienen motivación alguna, simplemente se dispone su actuación.

2) Del total de 100 instrumentos de verificación

- 11 “regularizan” el irregular ofrecimiento de medios probatorios realizado fuera de los plazos establecidos, incorporándolos así válidamente al proceso.
- 10 disponen la actuación de medios probatorios de oficio por mandato de la instancia superior.
- 08 vía prueba de oficio incorporan medios probatorios a favor de la parte declarada Rebelde.
- 64 sustituyen la carga de la prueba que correspondía a una de las partes.
- 07 justificadamente resultan necesarios para mejor resolver.

4.1 VERIFICACION DE LA MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES QUE ORDENAN PRUEBA DE OFICIO

- Analizadas las resoluciones que si cuentan con una motivación que justifique la decisión del juez de disponer la actuación de medios probatorios de oficio se verifica que la totalidad de las mismas únicamente invocan en forma genérica y ligera la facultad contenida en el artículo 194 del Código procesal Civil que prescribe: “Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable puede ordenar la activación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente”.
- Estas resoluciones al carecer de algún otro argumento como factor justificador de la decisión del Juez que al mismo tiempo permita la convicción de la finalidad querida, adolecen de una motivación insuficiente, vicio éste que se sanciona con la nulidad.
- En efecto, esta motivación insuficiente se trata únicamente de una de carácter formal, esto es, constituida por un enunciado de carácter legal que únicamente hace patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley, pero carece de una motivación formal que se compone de enunciados cuyo contenido asume directa o indirectamente una función justificatoria de la decisión y de la finalidad de la misma.

4.2 VERIFICACION DE LA NO MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES QUE ORDENAN PRUEBA DE OFICIO

- Si bien es cierto en una mínima proporción, de las resoluciones analizadas como instrumentos de verificación se verifica que alguna de ellas directa y simplemente disponen la actuación de medios

probatorios de oficio, sin ninguna motivación o justificación de parte del juzgador para adoptar tal decisión.

- Estas disposiciones carentes de motivación, según se ha detectado, han sido expedidas generalmente a reglón seguido de la admisión al proceso de las pruebas ofrecidas por las partes, como si se tratara la prueba ordenada por el Juez de una más sujeta a la motivación genérica de las otras en el sentido de que habrían cumplido con los requisitos para su correcto ofrecimiento y además cumplieran con los requerimientos de: pertenencia, idoneidad, conducencia y utilidad respecto de los puntos controvertidos fijados para la resolución del caso.
- La ausencia total de motivación en estas resoluciones que ordenan la actuación de medios probatorios de oficio crean un grave estado de indefensión al ciudadano porque además de ser dicha decisión inimpugnable por propio mandato de la norma procesal civil vigente⁶⁷ impide evitar la arbitrariedad del poder y consecuentemente el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública.
- Estando los jueces obligados a dictar resoluciones conformes al derecho, la motivación exigida de las mismas no tiene otra finalidad de que se indique con claridad el motivo por el que él (Juez) considera que dicha decisión es conforme al derecho, sino existe motivación, la decisión se sitúa en un plano de arbitrariedad que por si es violatorio de uno de los elementos del Debido Proceso como es el referido al de la debida motivación de las resoluciones, además de que impide el control constitucional de razonabilidad.

⁶⁷Artículo 194. Código Procesal Civil.

- **4.3 “REGULARIZACIÓN” DE OFRECIMIENTO IRREGULAR DE MEDIOS PROBATORIOS VÍA PRUEBA DE OFICIO.**
 - Conforme establece el artículo 189 del Código Procesal Civil los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta.
 - Ocurre en la práctica que precluida la etapa postulatoria del proceso, inclusive cuando el caso ya se encuentra con llamada de autos para sentenciar, las partes irregularmente presentan inscritos a modo de alegatos, conclusiones o “para que se tenga presente al momento de resolver” anexando a los mismos nuevos medios probatorios que no se ofrecieron oportunamente. La desnaturalización del trámite correcto se produce cuando el Juzgado mecánicamente o complacientemente provee “agreguese a sus antecedentes” o “tégase presente en su oportunidad según corresponda” en lugar de rechazarlos y disponer su devolución; como ello ocurre dichos medios de prueba introducidos clandestinamente al proceso obran en el expediente y dan lugar a las siguientes situaciones igualmente irregulares que vician al debido proceso:
 - a) El Juez al momento de resolver termina valorando prueba que formalmente no está incorporada al proceso, no fue nunca admitida, en consecuencia no susceptible de lugar a la nulidad del fallo.
 - b) Lo que ha sucedido en el caso de las resoluciones que analizamos en este acápite: el Juez “legítima” esta prueba irregularmente introducida por una de las partes haciéndola suya vía iniciativa probatoria de oficio. Consideramos que al proceder de este modo el Juez resulta favoreciendo a la parte que incumplió y más bien atropelló los principios procesales de oportunidad, preclusión, formalidad y vinculación.

c) En otros casos, los menos, el Juez no valora dichos medios probatorios, correcto proceder porque no es prueba admitida al proceso, sin embargo, dicha no valoración es argumentada vía apelación ocasionando que en algunos casos la instancia superior anule el fallo de primera instancia y disponga la emisión de uno nuevo valorando dicha prueba que al obraren el expediente no puede ser ignorada por el juzgador, criterio que igual que en el caso precedente favorece a la parte que hizo caso omiso de los requisitos y formalidades del proceso, dando lugar notoria y objetivamente a una situación de desigualdad procesal lo que atenta contra las garantías elementales de un debido proceso.

4.4 PRUEBA DE OFICIO ORDENADA POR EL SUPERIOR

- Uno de los resultados obtenidos del análisis de las resoluciones que hemos utilizado para el presente trabajo de investigación, demuestran que el Juez no por convicción ni por iniciativa propia disponen la actuación de prueba de oficio, sino obedeciendo mandato superior.
- En tal sentido, se advierte en algunos pronunciamientos judiciales la tendencia a declarar la nulidad de las sentencias por prueba diminuta (reprobando al juez de primera instancia, no haber hecho uso de la facultad de oficio) disponiendo al juez las ejecute bajo un listado, en el que se detalla el medio a realizar y lo que se debe buscar. Al respecto la Sala Suprema de la Nación señala⁶⁸ "dentro de un sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la valoración de los medios probatorios efectuados por el inferior, tiene expedita su atribución de revocatoria del fallo apelado, pero no se puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenarle actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez, que puede ejercer cuando de los medios probatorios ofrecidos por las partes no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de controversia.

⁶⁸Casación W 671-99-Chincha, publicada en El Peruano el 01/09/1999, p. 3409.

- Una primera reflexión que surge al respecto, es si realmente está operando una facultad o una imposición probatoria. Como bien señala un pronunciamiento judicial⁶⁹ "no se le puede obligar al juez a apreciar los medios probatorios en un sentido distinto al por él asumido, mas aun si los medios probatorios evaluados por el inferior le han creado convicción respecto a la solución que ha dado el conflicto, consecuentemente no tiene obligación de actuar prueba de oficio si los que tiene le bastan para sustentar su decisión, de lo contrario se estaría interfiriendo en su independencia jurisdiccional de valoración de los medios probatorios".
- Otro pronunciamiento en igual sentido encontramos en la casación N° 673-2000 Lima, del 4 de mayo de 2000, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema que señala "en aplicación del principio de independencia jurisdiccional contenida en el artículo 16 de la LOPJ, ningún magistrado de instancia superior puede inferir 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 y siempre y cuando de acuerdo a la función discrecional del juez, este las considere necesarias".
- Nótese que lo que recoge el artículo 194° del CPC se refiere a una facultad de iniciativa probatoria, que puede ser ejercida por todos los jueces para verificar las fuentes de prueba que aportan las partes a través de los medios de prueba insuficiente; en tal sentido, si ella operase así, perfectamente podría el juez de apelaciones ejecutar, en su instancia, la prueba de oficio que lleve a verificar o corroborar las fuentes que ya existen en el proceso y sobre las cuales pudiera existir alguna duda. En ese sentido véase la casación N° 4309-2001-Lima, de fecha 3 de diciembre de 2002, en que la Sala Suprema considera que "la Sala Superior debe ordenar se actúen los medios probatorios que consideren convenientes y no remitir los autos a la instancia inferior". En ese sentido, perfectamente la instancia

⁶⁹Casación N° 2601-98-Lima, publicada en El Peruano el 12/06/1999, p. 2988.

revisora si tuviere dudas sobre el derecho declarado, en atención a la insuficiencia de los medios de prueba aportados por las partes, podrá verificarlo en su instancia, mediante la actuación probatoria de oficio. Como lo señala el inciso 3 del artículo 51 del CPC, los jueces están facultados para "ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados".

- Con la actuación de oficio, no se vulnera ni restringe la posibilidad del ejercicio de la defensa de las partes, pues necesariamente debe practicarse con citación de ellas, las que tendrían la posibilidad de impugnar su resultado, invocando el conocimiento sobreviniente en la forma que señala el artículo 302 del CPC.
- Tampoco es pasible de declarar la nulidad de la sentencia por estar sustentada en prueba diminuta, todo lo contrario, sino está suficientemente acreditado el derecho que se alega, se rechaza la pretensión; si tuviere dudas, se verifica para confirmar o revocar lo decidido, mas no puede ser argumento para declarar la nulidad de dicho acto procesal. Si partimos por reconocer que las nulidades se justifican en la medida que causen agravio, no se podría entender donde aparece materializado el agravio, cuando el juez de primera instancia, convencido con las pruebas aportadas al proceso, declara el derecho. Si para el revisor el sustento probatorio es insuficiente, para su propia convicción, que lo corrobore con su propia actuación en instancia de revisión, recién allí podrá verificar la certeza de lo declarado y confirmar lo decidido, o caso contrario, revocar o reformar lo resuelto. Véase en ese sentido, el pronunciamiento emitido por la 6 Sala Civil de Lima, el cual hemos leído con gran complacencia, frente a una apelación de sentencia, basada en que el juez olvida que existen pruebas de oficio y si tiene duda para aplicar la justicia debe ejercer su facultad de actuar pruebas de oficio. La Sala revisora consideró que dicho agravio no puede prosperar, toda vez que la denominada prueba de oficio se

encuentra prevista en nuestro ordenamiento procesal como una facultad del juez y no así como una obligación de este; por consiguiente, el no uso de este mecanismo no constituye vicio ni error, evidenciándose por el contrario que lo realmente pretendido por el recurrente es que el juez sustituya la actividad probatoria que pesaba sobre la prueba de oficio, lo que es inadmisibles dado su condición de tercero imparcial⁷⁰.

- Las partes tiene la carga de la prueba en oposición a la iniciativa probatoria del juez. Facultad probatoria versus carga probatoria se explica que en esta última es una conminación o una compulsión a ejercer el derecho. Es un imperativo que grava el derecho del titular. Dicha carga, por ley, le ofrece limitantes a la prueba de parte; así pues, en el caso del proceso sumarísimo y ejecutivo, solo serán admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia (ver los artículos 700 y 591) o en los procesos de ejecución de garantías que solo limitan la prueba a la documental (ver el artículo 722). Esta restricción en los medios de prueba, que puedan ofrecer las partes como carga probatoria, no es extensiva a la iniciativa probatoria de oficio, la que puede incorporar medios de prueba, aun superando las limitaciones señaladas. La casación N° 4309-2001 -Lima, de fecha 13 de diciembre de 2002 ya citada se orienta en ese sentido. Véase que en un proceso de ejecución de garantías, a través de la prueba de oficio, se incorporó la pericia grafotécnica, a pesar que el artículo 722 del CPC solo admite prueba documental. En las Salas Civiles de Lima, encontramos en igual forma el siguiente pronunciamiento, en un proceso sumarísimo "tratándose de ocupación precaria, el juez haciendo uso de su facultad de oficio, debe practicar la inspección judicial en el inmueble materia de desalojo, con intervención de peritos, para determinar el área que ocupan los demandados y si la misma se encuentra dentro de la propiedad que invoca tener la demandante".

⁷⁰Ver resolución del 2 de Julio del 2008 emitida por la 6ª Sala Civil de Unificación, conformada por los jueces Rivera Quispe, Martínez Asurza Y Espinoza Córdova, en los seguidos por Banco República con Graciano Soto Asto sobre nulidad de acto jurídico.

- Por último, es necesario precisar que sería una utopía pensar que con las pruebas de oficio se van a acabar las sentencias con premisas cuestionables e injustas, porque habrá casos que la prueba de los hechos se tome imposible, a pesar de todos los esfuerzos realizados con la iniciativa probatoria de oficio, pero el buen uso discrecional podría contribuir a lograr fallos acertados que generen mayor confianza en la justicia.
- La potestad de actuar medio probatorios no es privativa de los jueces de primera instancia, la corte suprema señaló que:

"Si el colegiado consideró necesarios dichos medios probatorios (extemporáneos) para formar convicción, debió hacer uso del artículo 194° del CPC, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede analizar en cualquier etapa del proceso"⁷¹
- Es claro que el artículo 194° del CPC cuando se refiere a los jueces no se limita a los de primera instancia. Sin embargo, como si dicha norma no existiera, no son pocos los casos en que los jueces superiores ordenan a los inferiores que actúen medios probatorios de oficio y anula la resolución apelada ¿Y acaso un magistrado de segunda instancia no puede actuar medios probatorios de oficio? ¿Acaso no es juez?. Admitir la tesis de que el juez superior no puede actuar medios probatorios de oficio, implicaría reconocer que el inferior sería más poderoso que el superior a veces colegiado, posición *que no* resiste el menor análisis.
- En un trabajo anterior manifestábamos nuestra preocupación porque no son pocos los casos en que los superiores anulan la resolución apelada ordenando a los inferiores la actuación de medios probatorios de oficio. Entonces dejamos constancia de que un

⁷¹Casación N° 1249-99-Santa, Sala Ovil Permanente de la Corte Suprema, sentencia de fecha 30/11/99, en HINOSTROZA Mingez, comentarios al código Procesal Civil, cit. P. 413.

magistrado de segunda instancia podía actuar medios probatorios de oficio⁷².

- Lo curioso del caso es que teniendo la corte suprema una posición bien definida en torno a la imposibilidad del juez superior de imponer al juez de primera instancia la actuación de medios probatorios de oficio, esta no es seguida por los jueces de apelación.
- Esta práctica de los jueces de apelación, consiste en anular la sentencia para que el juez de primera instancia ordene la actuación de medios probatorios de oficio, se da con tanta frecuencia que nos hace suponer que o bien los jueces de apelación no tienen conocimiento de dichos pronunciamientos o simplemente están haciendo caso omiso de ellos, para descrédito de la correcta administración de justicia.
- No pocos abogados y litigantes, en lo más profundo de su ser, habrán sufrido más de una vez, en carne propia, que algunos jueces de apelación han encontrado en la prueba de oficio una fácil forma de absolver el grado dejando de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Una modalidad de resolver sin resolver, que finalmente perjudica a los justiciables.
- Por ello consideramos que en materia de actuación de medios probatorios de oficio, una adecuada difusión y el seguimiento por los magistrados de los lineamientos de la Corte Suprema contribuirían e gran medida a la más pronta resolución de los procesos.

4.5 PRUEBA DE OFICIO QUE FAVORECE AL REBELDE.

- Conforme define el artículo 458 del Código Procesal Civil si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quién se le ha notificado ésta no lo hace, se le declara rebelde.

⁷²ABANTO TORRES, Jaime David, "Reflexiones sobre la instancia plural, la nulidad, la revocación, la confirmación de resoluciones y el derecho al plazo razonable", en Derecho y Cambio Social, Año 2, Nº 6, 2005.

- La rebeldía en el ámbito procesales un indicativo de que no se ha ejercido el derecho de contradicción o de defensa, esto es: el rebelde deja pasar el plazo que tenía para contradecir la pretensión y los hechos de la demanda interpuesta en su contray no lo hace dando lugar a que se cause presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo claro está en los casos a modo de excepción que enumera el artículo 416 del Código Procesal Civil.
 1. Que, habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda.
 2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible.
 3. Cuando la ley requiere que la pretensión demandada se pruebe con documento y éste no fue acompañado a la demanda.
 4. El Juez declare en resolución motivada, que no le producen convicción.
- Pero además la consecuencia más grave al interior del trámite del proceso es que no habiendo ejercido el rebelde su derecho de defensa en el plazo establecido por ley y habiendo precluido éste precluyó también su oportunidad de ofrecer medios probatorios, porque como establece el artículo 189 del Código Procesal Civil, éstos deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, de modo tal que así con posterioridad a la declaración de rebeldía, éste se apersona al proceso “purgando rebeldía” ya no estaría en posibilidades de ofrecer medio probatorio alguno, ello en aplicación simple de los principios procesales de preclusión, formalidad e igualdad, de acuerdo con las cuales los plazos y requisitos son obligatorios por igual para todas las partes del proceso y una vez precluida la oportunidad de su cumplimiento no hay forma de crear concesiones o excepciones para la subsanación de las omisiones incurridas por las partes en ejercicio de su derecho de defensa.

- En tal medida, consideramos que se arremete contra la seguridad jurídica del debido proceso, cuando la iniciativa oficiosa del juzgador en materia probatoria resulta disponiendo la actuación de medios probatorios con la finalidad de desvirtuar los hechos y los medios probatorios de la demanda, prácticamente asumiendo la defensa que no realizó el propio demandado.

4.6 PRUEBA DE OFICIO QUE SUSTITUYE LA CARGA DE LA PRUEBA DE PARTE.

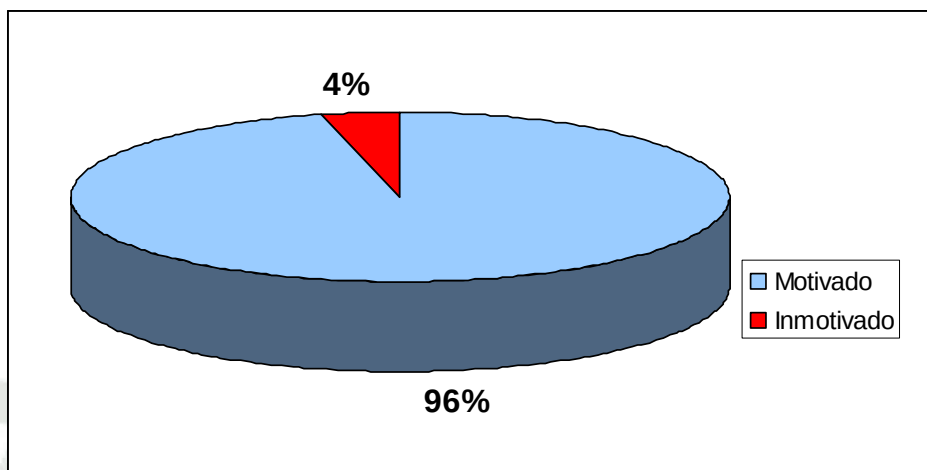
- Si bien es cierto la Prueba de Oficio resulta ser una excepción al principio de la carga de la prueba referida en el artículo 196 del Código Procesal Civil – “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos”- y tiene como objetivo permitir que el Juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes debido a que la misma no le produce convicción acerca de los hechos controvertidos; sin embargo esta excepción no puede propiciar el que el Juez sustituya a alguna de las partes disponiendo la actuación de prueba que evidentemente suple la omisión o incumplimiento de la misma de la carga de la prueba que le correspondía para acreditar los argumentos alegados.
- En efecto, si en un proceso sobre Obligación de Dar Suma de Dinero, el demandado alega, sin prueba alguna, que la firma que aparece en el instrumento puesto a cobro no es suya y que ha sido falsificada resulta claramente irregular que el Juzgado vía prueba de oficio disponga se lleve a cabo un peritaje grafotécnico con el objeto de verificar la autenticidad de la firma favoreciendo inobjetablemente a la parte que no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía respecto de su argumento de contradicción. Igual circunstancia que se presenta en un caso sobre Aumento de Alimentos, en el cual, el demandado al contestar la demanda señala que no puede afrontar el aumento pretendido porque su carga familiar se ha incrementado al

haber contraído matrimonio y haber procreado un hijo, hechos estos que únicamente se quedan en un plano de argumentación porque no se ofrece ningún medio probatorio al respecto, sin embargo, el Juzgado vía Prueba de Oficio dispone que el demandado cumpla con adjuntar su partida de matrimonio y la partida de nacimiento del nuevo hijo subrayando así la omisión del demandado en el ejercicio de su derecho de contradicción dentro de acto postulatorio correspondiente.

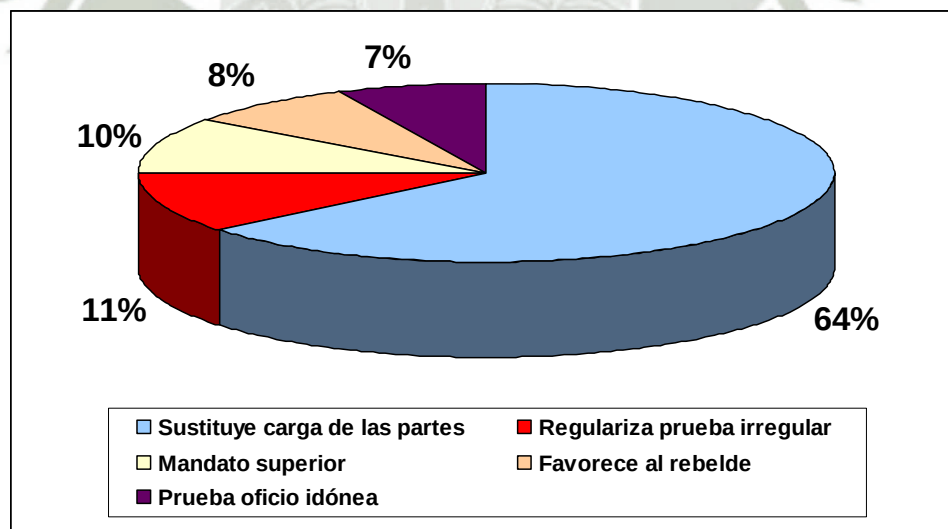
- La actuación de este modo del Juez rompe el equilibrio dentro del proceso, ya que deja de ser imparcial al no estarle permitido sustituir a las partes en su deber en el proceso, debido a que no se encuentra en un mismo plano de igualdad con ellas, es decir la imparcialidad supone la no injerencia del Juzgador en cuestiones ajenas a su función. La actuación oficiosa de medios probatorios sin que exista una base aportada por las partes, sin que exista prueba de parte que resulte insuficiente para formar convicción en el Juzgador destruye la institución de la carga de la prueba, toda vez que el Juez resulta probando hechos que le corresponden probar a las partes, lo que no sucede cuando la prueba de oficio se dispone a partir de los medios probatorios ofrecidos insuficientemente por las partes y la prueba de oficio resulta ser el mecanismo procesal idóneo para complementarla.

4.7 Resultado de la Investigación en Estadísticas

A. MOTIVACIÓN RESOLUCIONES QUE ORDENA PRUEBA DE OFICIO



B. DESNATURALIZACIÓN PRUEBA DE OFICIO



CONCLUSIONES

1. En respuesta al objetivo propuesto para la presente investigación referido a establecer la relación que existe entre la Prueba de Oficio y los fines del Proceso Civil, concluimos en que hoy el derecho está fuertemente comprometido con las garantías constitucionales y con los derechos fundamentales.

Entonces, si se tiene en cuenta que el principio de publicidad fortalece la concepción hoy en día del proceso dialógico, como una estructura para discernir conflictos en un contexto de relaciones de autoridad y libertad, la facultad de la Prueba de Oficio como tal no vulnera el derecho al debido proceso, sino por el contrario, propicia el que en el proceso civil se cuente con un Juez más activo y decidido a resolver el conflicto con todas las herramientas que le brinda el ordenamiento procesal, y hacerlo sobre todo de manera más justa, considerando que hoy ya nadie discute que si bien el proceso civil contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, sin embargo, la sociedad tiene el interés supremo en su resultado.

2. En cuanto al objetivo de determinar si al disponer la actuación de medios probatorios de oficio los Jueces infringen el principio de imparcialidad frente a las partes, consideramos que en estricto el Juez que pone en movimiento la facultad de incorporar pruebas de oficio al proceso no contravine el principio de imparcialidad.

En efecto, habiendo el principio dispositivo sufrido una variación en su formulación inicial en materia probatoria, en el sentido de que si bien tradicionalmente se expresó este principio como un privilegio indiscriminado de las partes en el proceso con el retrainimiento oficial del Juez ante éstas, ello ha sido superado por una nueva enunciación de este principio: La Carga Probatoria del Juez, siendo que frente a la misma las partes no pierden la carga de la

prueba, pero el Juez la asume cuando la ofrecida, admitida y actuada en el proceso por aquellas resulta insuficiente, con la sola finalidad de descubrir la verdad.

El conflicto surge en la práctica, cuando dentro del trámite del proceso se producen la desnaturalización o ejercicio irregular de esta facultad por parte de los jueces.

3. En cuanto al objetivo de determinar si los Jueces cumplen con la garantía constitucional de una debida motivación que evidencie los límites de las garantías del Debido Proceso dentro de los cuales se sustenta su actuación, el trabajo de investigación realizado ha proporcionado como resultados que en la práctica los Jueces o bien no motivan de modo alguno su decisión unilateral e inimpugnable de incorporar medios probatorios al proceso (aunque en mínima proporción); o lo que constituye el mayor porcentaje : se limitan a una ligera invocación del artículo 194 del Código Procesal Civil, incurriendo en los vicios de ausencia de motivación o motivación insuficiente, lo que en la práctica si agrede a las garantías esenciales de un debido proceso.
4. La Prueba de Oficio como instituto procesal no deviene en inconstitucional, por el contrario, se adecúa y resulta idónea para la nueva y actual percepción que se tiene respecto de los fines del proceso civil.

SUGERENCIAS

Consideramos que es necesario que el proceso permanente de capacitación de los jueces debe reorientarse hacia aspectos inminentemente prácticos que se presentan en el día a día de un despacho judicial, acorde con la realidad nacional, en lugar de limitarse al estudio de la doctrina y de postulados teóricos, muchas veces ni siquiera propia sino del Derecho comparado.

En efecto, dada la naturaleza del servicio de administración de justicia, lo que le interesa al ciudadano de a pie es el acierto del contenido de las resoluciones emitidas por el Juez para resolver sus conflictos, no el bagaje cultural jurídico o doctrinario que éste pudiere tener, el mismo que no dejando de ser importante, sin embargo, de nada sirve si no se refleja en el contenido de la resolución que llega a manos del justiciable.

Por ello, estando al resultado de la investigación desarrollada, que evidencia que la desnaturalización de la prueba de oficio se produce justamente en la falta de una debida motivación de la resolución que la ordena, consideramos que debe fomentarse vía talleres de argumentación y redacción que los jueces adquieran destrezas al respecto, de modo tal que en este caso especialmente sensible a la subjetividad de las partes del proceso respecto del favorecimiento a una de las partes del proceso y quiebre del principio de imparcialidad, el texto claro y debidamente motivado de la resolución revele la finalidad buscada por el Juzgador partiendo de la premisa de la insuficiencia de los medios probatorios aportados por las partes. Destreza que le permitirá al mismo tiempo al juzgador en la etapa de redacción o proyección de la resolución detectar los límites a su iniciativa probatoria oficiosa que estuviere por rebasar.

BIBLIOGRAFIA

- **ABANTO TORRES, Jaime David** “La Prueba de Oficio en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” – Revista Digital “Hechos de la Justicia” [http:// www.hechosdelajusticia.org](http://www.hechosdelajusticia.org). Y Derecho & Cambio Social.
- **ALEXY, Robert**, “Teoría de los derechos Fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.2005.
- **ALISTE SANTOS, Tomás – Javier** “La motivación de las resoluciones judiciales”, Madrid,Civitas, enero 2000
- **ALVARADO VELLOSO, Adolfo** “Debido proceso y Pruebas de Oficio” Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2004.
- **ALSINA,Hugo**“ Fundamentos de Derecho Procesal” Bogotá, Jurídica Universitaria, 2001.
- **ARIANO DEHO, Eugenia**, “Prueba y Preclusión, Reflexiones sobre la Constitucionalidad del Proceso Civil Peruano”, Lima, Jurista Editores E.I.R.L. 2003.
- **BARNES, Javier** “Introducción al Principio de Proporcionalidad en Derecho comparado y comunitario” Revista de Administración Pública número 135, setiembre – diciembre 1994.
- **BERNALES BALLESTEROS, Enrique** “La Constitución de 1893” Análisis Comparado, Editora RAO SRL. 5Ta. Edición 1999.
- **BERNAL PULIDO, Carlos** “El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales” Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- **CARNELUTTI, Francesco** “La Prueba Civil”, Buenos Aires, Acayí, 1947.

- **CALAMANDREI, Piero** “Estudios sobre el Proceso Civil” – Traducción de Santiago Senis Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1961.
- **CALVINHO, Gustavo**, “El Sistema Procesal de la Democracia : Proceso y Derechos Fundamentales”, Editorial San Marcos, Lima 2008.
- **CODIGO CIVIL COMENTADO**, Por los 100 mejores especialistas – II Edición, Gaceta Jurídica S.A. Imprenta Editorial El Buho E.I.R.L. Lima Perú, Mayo 2007.
- **DEVIS ECHANDIA, Hernando**, “Teoría General del Proceso”, Editorial Universidad, Buenos Aires, tomo III.1985.
- **DEVIS ECHANDIA, Hernando**, “Teoría General de la Prueba Judicial”- 2da. Edición, Ed. Víctor de Zavallá, Buenos Aires, 1972
- **DONAIRES SANCHEZ, Pedro**, “Los límites a los Medios Probatorios de Oficio en el Proceso Civil” Lima, Editorial San Marcos dic. 2002.
- **GAITAN GUERRERO, LolyAylu**, Revista de Derecho Privado “La Prueba de Oficio en el Proceso Civil : Imparcialidad del Juez e Igualdad de las partes en el proceso Civil” – Universidad de los Andes, Colombia, 2010.
- **GIRALDO, Fabio**, “El ideario del Constitucionalismo en Historia de las Ideologías políticas, Medellín, Universidad EAFIT, 2008
- **GOZAINI, Oswaldo Alfredo**, “La Prueba en el Proceso Civil Peruano”, Lima, Editora Normas Legales S.A. 1997.
- **GUASP, Jaime**, “La pretensión procesal”, Madrid, Civitas, 1981
- **HURTADO REYES, Martin**, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” 1ra. Edición, Editorial Rhodas, 2005.

- **IGARTUA SALAVERRÍA, Juan** El razonamiento de las resoluciones judiciales. Lima – Bogotá, Palestra Temis, 2009.
- **KELSEN, Hans**, "Qué es la Justicia?", Mexico, Fontamara 2001.
- **LEDESMA NARVAEZ, Marianela** "Comentarios al Código Procesal Civil", Tomo I, Edición 2008, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
- **LOPEZ, Diego**, "Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso", Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.
- **LOPEZ GONZALEZ, José Ignacio**, "El Principio de Proporcionalidad en el Derecho Administrativo" Instituto García Oviedo, Sevilla 1988.
- **MONROY GALVEZ, Juan** "La formación del Proceso Civil Peruano" Editorial Comunidad, 1ra. Edición, Lima, Perú. 2003.
- **MONTERO AROCA, Juan** La Prueba en el Proceso Civil, Editorial Aranzadi S.A. España 2007.
- **PICO Y JUNOY, Joan** "El derecho a la prueba en el proceso civil" Editorial Bosch, España 1996.
- **PICO Y JUNOY, Joan** "La iniciativa Probatoria del Juez Civil y sus límites" – Revista Peruana de Derecho Procesal, Lima Mehr Litht , Marzo 1998.
- **RAMIREZ CARBAJAL, Diana**, "Comentarios al Código Procesal Civil" Tomo I, Edición 2011 – Gaceta Jurídica.
- **TARAMONA , José** "Medios Probatorios en el Proceso Civil" – Editorial Rodhas – Lima 1994.
- **TARUFFO Michelle** "La Prueba, la Verdad y la Decisión Judicial en nuevas Tendencias del Derecho Procesal Constitucional y Legal", Medellín, Universidad de Medellín, Colombia, 2005.

- **TARUFFO, Michelle**, “Sobre las Fronteras”, Bogotá, Colombia, Temis, 2006.
- **USECHE, Luis Enrique**, “El sistema político y Constitucional del Estado Contemporáneo” San Cristobal, Litoformas 2002.
- **XAVIER, Abel** “Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil” Barcelona, Bosch 2005.





UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**“VERIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA
APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL
PROCESO CIVIL JUZGADOS DE PAZ Y CIVILES
AREQUIPA 2012”**

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller
OSCAR RENATO RAMÓN DÍAZ GONZÁLES
para optar el Grado Académico de
MAGISTER EN DERECHO

AREQUIPA – PERÚ
2012

I. PREÁMBULO

La evolución permanente de las relaciones sociales requiere del Derecho respuestas adecuadas, por lo que es tarea de los trabajos de investigación el examen consecuente de las instituciones en el cumplimiento de su finalidad de servicio a la sociedad y al Estado. Ese estudio permanente debe cumplirse tanto respecto del derecho sustancial como en relación con el derecho procesal.

Dentro del rigor investigativo, gran importancia tiene el conocimiento exhaustivo de la norma sustancia, pero no es menor la trascendencia que corresponde al derecho que regula los principios y garantías en el proceso, en cuyo texto se inscribe el régimen de la prueba, su columna vertebral: qué honda sabiduría reviste el aforismo popular según el cual "tener el derecho es probarlo".

En cumplimiento del propósito central de este trabajo se realizará un examen de las normas principio y de las normas regla, relevando la preeminencia de la norma constitucional.

Un enfoque político del problema buscará el significado del mismo a la luz del Estado Social de Derecho, derivando las implicaciones que esta forma conlleva con respecto al tópico específico de la prueba en el proceso civil.

Este trabajo tiene un objetivo ambicioso: presentar una fórmula constitucional y legalmente válida para la redistribución de la actividad instructora del proceso entre el poder - deber del Juez y el régimen dispositivo de la prueba que se confía a las partes.

Este objetivo se aborda mediante una investigación analítico - jurídica, porque tiene por objeto un fenómeno jurídico complejo y sus finalidades sociales. En ella se considera el proceso como un producto de las necesidades concretas para la solución de los conflictos en una comunidad determinada, y dentro del debate probatorio se somete a un análisis crítico específicamente en lo tocante a la interacción que tiene el

Juez y partes en la recolección, aducción y valoración de la prueba.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA:

1.1 Enunciado del Problema

“Verificación de la constitucionalidad de la aplicación de Prueba de Oficio en el Proceso Civil por parte de los Juzgados de Paz Letrados y Juzgados Civiles de Arequipa, periodo 2012”

1.2 Descripción del Problema

1.2.1 Área del Conocimiento

El problema de la Investigación se ubica en el área general del Derecho - Ciencias Jurídicas y en el área específica del Derecho Procesal Civil - Constitucional

1.2.2 Variables

- Imparcialidad del Juez frente a las partes en litigio
- Debida motivación de las resoluciones que disponen la actuación de pruebas de oficio.

1.2.3 Indicadores

- a) Derecho a la Prueba
- b) Carga de la Prueba
- c) Requisitos y Oportunidad de cumplimiento de la carga que la Prueba por las partes del Proceso
- d) Derecho a la debida motivación de las resoluciones
- e) Motivación Aparente
- f) Ausencia de Motivación

g) Motivación Insuficiente

1.2.4 Interrogantes de la Investigación

- a) ¿Si es obligación de las partes la carga de la prueba respecto de lo que afirman o niegan, al disponer el Juez la actuación de Prueba de Oficio rompe con el principio de imparcialidad cuyo cumplimiento se espera de él favoreciendo a la larga a una de las partes?.
- b) ¿La Prueba de Oficio afecta las garantías del Debido Proceso?.
- c) ¿La función del Juez debe ser más activa probatoriamente porque el proceso civil tiene un fin más público que privado?.
- d) ¿El Juez debe intervenir con sus poderes oficiosos para lograr el equilibrio material de las partes del proceso?.
- e) ¿El Juez debe estar aislado del debate de la causa civil para asegurar una decisión imparcial?

1.2.5 Tipo y Nivel de la Investigación

- **Tipo:** Investigación Teórica
- **Nivel:** Descriptivo -Analítico

1.3 Justificación del Problema

1.3.1. Relevancia Constitucional

En un Estado de Derecho Democrático, Social, constituye de vital importancia el respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales, así, lo establecen las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional, uno de los cuales esta referido al Debido Proceso, conjunto de garantías indispensables para

garantizar la validez y eficacia de un fallo judicial, por ello, cuando el Juez altera la igualdad de las partes en el proceso así como la misma oportunidad que tienen de ejercer su derecho de acción - contradicción, y el derecho a la prueba, disponiendo por sí y ante sí la actuación de uno o más medios probatorios que a la postre van a terminar por favorecer en mayor o menor grado a uno de los justiciables, dicha intromisión enfrenta a dos estructuras procesales como son de un lado : los poderes de instrucción del Juez y del otro: las facultades dispositivas de las partes, en relación con la prueba, estructura ésta última que directamente se encuentra vinculada con el Derecho constitucional al Debido Proceso, uno de cuyos elementos integrantes es el Derecho a la Prueba, en sus dimensiones y a desarrolladas a nivel de doctrina constitucional de: Derecho a Ofrecer Medios Probatorios; Derecho a que dichos Medios Probatorios sean admitidos al Proceso; Derecho a la actuación de los Medios Probatorios; Derecho a la valoración de los Medios Probatorios en la Decisión Final del Juez.

1.3.2 Relevancia Procesal

Es necesario investigar en qué medida la Prueba de Oficio en el Proceso Civil, afecta principio procesales como el de Imparcialidad del Juzgador; igualdad de las partes, vinculación y formalidad.

Esta investigación coloca una vez más en debate el cuestionamiento de que si el Juez es el obligado a la búsqueda de la verdad en el proceso o son las partes las obligadas a brindarle los elementos en tal sentido en base a los cuales él se limita a resolver.

2. MARCO CONCEPTUAL

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 de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

El artículo 196 del Código Procesal Civil prescribe que: salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando hechos nuevos.

El artículo 194 del Código Procesal Civil, prescribe que: “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”

“La prueba de Oficio que permite el artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil es una facultad que se otorga al Juez y no una obligación” *Casación 104-2000/TACNA Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 26 de enero del 2000.*

“La actuación de pruebas de oficio es una actividad discrecional del Juez conforme al artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, No se trata, pues de una obligación, sino de una potestad del Juez cuando los medios probatorios le sean insuficientes para formar convicción” *Casación N° 1804-2002 CALLAO, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 15 de abril del 2003.*

“Los Juzgadores, atendiendo a los fines del Proceso consagrados en el Artículo II del Código Procesal Civil y acorde con la facultad que establece el artículo 194 del mismo cuerpo legal, pueden incorporar al

proceso medios probatorios de oficio que estimen convenientes; con lo cual , también es posible incorporar la prueba extemporánea ofrecida por una de las partes, para lo cual deben emitir la resolución correspondiente, la que se debe notificar a las partes a efecto de que éstas puedan hacer valer sus argumentos de defensa. *Casación N° 130-2003-PIURA, Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, 30 de diciembre del 2003.*

3. ANTECEDENTES INVESTIGATORIOS

En nuestro país, distintos no son muchos los autores que han tratado el tema, así nos permitimos consignar los criterios de:

3.1 HURTADO REYES, Martín.- Considera que si bien es una facultad que se le otorga al Juez, ésta debe ser usada sólo cuando existe deficiencia en la carga probatoria de las partes, además de considerar que sin su uso no sería posible resolver con justicia el caso concreto, además considera que los miembros del órgano supremo o superior al absolver el grado, se encuentran facultados para disponer que el Juez haga uso de esta facultad, situación que la convierte en una obligación y no en una facultad, pero no se debe de dejar de tener en cuenta que esta situación no afecta la independencia del Juez pues lo dispuesto por el Juez Superior esta acorde con el fin concreto del proceso y el uso de la prueba oficiosa servirá para fallar en el proceso con Justicia. HURTADO REYES, Martín “Fundamentos del Derecho Procesal Civil” 1ra. Edición 2005.

3.2 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto.- Considera a la prueba de oficio como una iniciativa probatoria por la cual el Juez resolverá los problemas de hecho con libertad de averiguación, desvinculándose así de la actividad probatoria de las partes en cuanto esa resulte nula, débil, o contraproducente a la deseada fijación del elemento fáctico de la sentencia, aproximando el fallo a la realidad existente. HINOSTROZA MINGUEZ Alberto, “Derecho Procesal Civil” Tomo III, Edición 2010.

3.3 LEDESMA NARVAEZ Marianela.- Considera que si bien las partes tienen el monopolio de aportar al proceso los elementos fácticos de sus pretensiones, los hechos y los medios de prueba, pero esto último no es exclusividad del proceso, dotado de poderes discrecionales orientados sólo a garantizar el derecho de las partes, sino, principalmente a los valores e intereses de la sociedad. Esto se ve reflejado en la facultad probatoria de oficio que maneja el Juez, como expresión de los poderes discrecionales que se la ha otorgado a fin de contribuir a garantizar no solo los derechos individuales de los ciudadanos, sino de los intereses públicos o sociales de la colectividad. LEDESMA NARVAEZ, Marianela, “Comentarios al Código Procesal Civil” Tomo I .Editorial Gaceta Jurídica, Lima Perú, Edición 2011.

4. OBJETIVOS

- 4.1 Determinar si al disponer la actuación de Medios Probatorio: Oficio, los Jueces no infringen el principio de imparcialidad frente a las partes.
- 4.2 Determinar si al disponer la actuación de Medios Probatorios de Oficio, los Jueces cumplen con la garantía constitucional de una debida motivación que evidencie los límites de las garantías del Debido Proceso dentro de los cuales se sustenta su actuación.
- 4.3 Establecer la relación que existe entre la Prueba de Oficio y los fines del proceso civil.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1- TÉCNICAS - INSTRUMENTOS PE VERIFICACIÓN

1.1 Técnicas

- Análisis Documental
- Observación Documental

1.2 Instrumentos

- Fichas de Registro

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

2.1 Ubicación Espacial

Distrito Judicial de Arequipa

2.2 Ubicación

Temporal

Período 2012

2.3 Unidades de Estudio

2.3.1 Juzgados de Paz Letrados - Sede Central y Módulos Corporativos de Justicia de Arequipa

- 1 Juzgado de Paz Letrado -Sede Central
- 2 Juzgado de Paz Letrado- Sede Central
- 3 Juzgado de Paz Letrado -Sede Central
- 6 Juzgado de Paz Letrado - Sede Central
- 7 Juzgado de Paz Letrado - Sede Central
- 1 Juzgado de Paz Letrado - Yanahuara
- 2 Juzgado de Paz Letrado Transitorio-Yanahuara
- 1 Juzgado de Paz Letrado Módulo de Mariano. Melgar
- 2 Juzgado de Paz Letrado Módulo de Mariano Melgar
- 2 Juzgado de Paz Letrado - Cerro Colorado
- Juzgado de Paz Letrado de Islay

- Juzgado de Paz Letrado de Camaná

2.3.2 Juzgados Civiles del Distrito Judicial de Arequipa

- 1 Juzgado Civil - Sede Central
- 4 Juzgado Civil -Sede Central
- 7 Juzgado Civil - Sede Central
- 8 Juzgado Civil - Sede Central
- 9 Juzgado Civil - Sede Central
- 10 Juzgado Civil - Sede Central
- Juzgado Civil de Camaná
- Juzgado Civil del Módulo Básico de Hunter
- 1 Juzgado Mixto Módulo Básico de Mariano Melgar
- 2 Juzgado Mixto Módulo Básico de Paucarpata
- No siendo común la disposición de actuación de medios probatorios de oficio, se estima contar por lo menos con 04 expedientes por cada Juzgado

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.1 Identificar Expedientes que contengan resoluciones que disponen la actuación de pruebas de oficio.

3.2 Selección

3.3 Registro de Datos en las fichas

3.4 Prueba de Validación de la ficha

3.5 Recojo de datos

FICHA

Ficha N°	N°
DATOS	
AUTOR/CASO	
TÍTULO/EXPEDIENTE	
PAG.	
FECHA	

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

ACTIVIDADES	MES		
	Julio 2012	Agosto 2012	Setiembre 2012
1. Recolección de datos	X		
2. Estructuración de resultados		X	
3. Informe Final			X

V. BIBLIOGRAFÍA

- **ABANTO TORRES, Jaime David** “La Prueba de Oficio en la Jurisprudencia de la Corte Suprema” Revista Digital “Hechos de la Justicia “ [http:// www.hechosde la justicia.org](http://www.hechosde la justicia.org). y Derecho & Cambio Social.
- **ALVARADO VELLOSO, Adolfo** “Debido Proceso y Pruebas de Oficio, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2004.
- **ALSINA HUGO**, Fundamentos de Derecho Procesal, Bogotá, Jurídica Universitaria, 2001.
- **BERNALES BALLESTEROS, Enrique** "La Constitución de 1893. Análisis Comparado" Editora RAO SRL 5ta. Edición 1999.
- **CARNELUTTI FRANCESCO** La Prueba Civil, Buenos Aires, Acayí, 1947.
- **CALAMANDREI, PIERO** “Estudios sobre el Proceso Civil” Trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, Argentina, 1961.
- **CÓDIGO CIVIL COMENTADO**, Por los 100 mejores especialistas - II Edición , Gaceta Jurídica S. A., Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. Lima Perú, Mayo 2007.
- **DEVIS ECHANDIA, Hernando**, “Teoría General del Proceso“ - Editorial Universidad - Buenos Aires-Tomo III.
- **DONAIRES SANCHEZ, Pedro**, “Los límites a los Medios Probatorios de Oficio en el Proceso Civil" [http:// www. Derecho y cambio social. com / revista 009/ pruebas/ de/ oficio/, htm](http://www.Derecho y cambio social. com / revista 009/ pruebas/ de/ oficio/, htm).
- **GAITAN GUERRERO, Loly Aylu**, Revista de Derecho Privado “La Prueba de Oficio en el Proceso Civil : Imparcialidad del Juez e igualdad de las partes en el proceso civil

- [http://unisabana.academia.edu/lolygaitan/papers/1177278/La prueba de oficio en el proceso civil imparcialidad del Juez e igualdad de las partes](http://unisabana.academia.edu/lolygaitan/papers/1177278/La-prueba-de-oficio-en-el-proceso-civil-imparcialidad-del-Juez-e-igualdad-de-las-partes).
- HERMOZA OROSCO, Hugo, "Pruebas de Oficio e Imparcialidad del Juez en el Nuevo Código Procesal Penal <http://reformaprocesal.blogspot.com/2009/05/pruebas-de-oficio-e-imparcialidad-del.html>.
- HURTADO REYES, Martín, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil" 1RA. Edición-2005
- LEDESMA NARVAEZ, "Comentarios al Código Procesal Civil" , Tomo I, Edición 2008, Editorial Gaceta Jurídica, Lima Perú.
- MONROY GALVEZ, Juan, "La formación del Proceso Civil Peruano" Editorial Comunidad 1ra. Edición-Lima-Perú, 2003.
- PICO I JUNOY , Joan, "El derecho a la prueba en el proceso civil" Editorial Bosch, España 1996.
- TARAMONA , José "Medios Probatorios en el Proceso Civil" - Editorial Rodhas-Lima 1994.
- TARUFFO, MICHELE "La Prueba, la verdad y la decisión judicial, en nuevas tendencias del Derecho Procesal Constitucional y legal", Medellín, Universidad de Medellín, Colombia, 2005.

Arequipa, agosto 2012

Oscar Renato Díaz Gonzáles