

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**HACIA UNA APLICACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA DE
OFICIO EN EL PROCESO CIVIL**
**APORÍAS TEÓRICAS EN LA DEFENSA DE LA PRUEBA DE
OFICIO Y ANÁLISIS DE LA RACIONALIDAD DE SU
APLICACIÓN COMO JUICIO DE HECHO Y EJERCICIO DE
PODER**

TESIS

PRESENTADA POR:

ARGELIA CAXI MAQUERA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PUNO – PERÚ

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

HACIA UNA APLICACIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA DE OFICIO EN
EL PROCESO CIVIL
APORÍAS TEÓRICAS EN LA DEFENSA DE LA PRUEBA DE OFICIO Y
ANÁLISIS DE LA RACIONALIDAD DE SU APLICACIÓN COMO JUICIO
DE HECHO Y EJERCICIO DE PODER

TESIS PRESENTADA POR:

Bach. ARGELIA CAXI MAQUERA

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO



APROBADA POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

:

Dr. Sergio Valerio Serruto Barriga

PRIMER MIEMBRO

:

Mg. Juan Carlos Mendizábal Gallegos

SEGUNDO MIEMBRO

:

Abg. Rafael Teófilo Pérez Monroy

DIRECTOR

:

Dr. Boris Gilmar Espezúa Salmón

ASESOR

:

Mg. Renzo Ivo Cavani Brain

AREA : Ciencia Sociales
LÍNEA : Derecho
SUB LÍNEA : Derecho Procesal Civil
TEMA : Prueba

Fecha de sustentación: 19 de diciembre de 2017

A Rosa Amelia y Clemente.

AGRADECIMIENTOS

La tesis ha sido un trabajo en el que, impulsados por investigar temas de teoría del proceso y teoría del derecho, decidimos avocarnos a indagar temas afines. Durante nuestra carrera universitaria, diversos temas de teoría del proceso nos han acompañado siempre en lecturas cotidianas; pero ciertamente nada comparado con lo que comprende la elaboración de una tesis.

La tesis es un trabajo de no poco tiempo y su elaboración no hubiera sido posible sin el apoyo cognitivo y afectivo de muchas personas.

Con mención especial, mi agradecimiento a quien ha tenido un papel determinante en la elaboración de esta tesis: el de mi asesor. Desde aquel día (ya lejano) que le conversara sobre el alcance del tema a investigar, en lo que atañe a su labor de profesor, de tutor, director y jurado, siempre halló tiempo para discutir mis dudas, evidenciar los errores en cada avance, compartir nuevas investigaciones del área. De hecho, gran parte de la bibliografía utilizada son de su biblioteca. La labor de profesor de derecho procesal que desempeña traspasa cualquier aula universitaria ¡Se trata de un guía excepcional! Por la seriedad que implica una orientación, cuando el trabajo lo ameritaba, ha sido siempre expreso en resaltar los avances, y cuando ello no ocurría, ha sido bastante crítico e incisivo. Es un gran maestro –sí, un maestro– de aquellos que son expresión de generosidad. El emprendimiento de la tesis y la culminación de la misma no hubiesen sido posible sin sus enseñanzas y su asesoría. Mi agradecimiento va, por tanto, al profesor Renzo Cavani.

De sus obras, ponencias y entrevistas en la disciplina del derecho procesal, también he aprendido mucho de quien fuera el presidente del jurado del Concurso de ponencias estudiantiles en el marco del *I Congreso Internacional de Derecho Procesal y Arbitraje*, realizado en la ciudad de Huancayo. Mi agradecimiento va al profesor Omar Sumaria Benavente, a quien agradezco su atención a mis dudas y las interrogantes planteadas al proyecto. Agradezco la labor de profesor que ha tenido para mi aprendizaje en temas complejos e interdisciplinarios, como es el tema del derecho probatorio.

Los temas de investigación relacionados al tema de proceso, siempre se deberán a aquellas clases de nuestro profesor de teoría general del proceso en la UNA. Sus enseñanzas no cesaron con la culminación del curso. Para cada situación que el camino de la academia puede acarrear, ejerció su vocación docente y enseñando con el ejemplo,

y estuvo siempre presente con las palabras más adecuadas. Mi agradecimiento va al profesor Elisban Dante Mamani Laurente.

Agradezco también a las siguientes personas: al profesor Boris Espezúa Salmón, quien, como docente de la Facultad, ha asumido la responsabilidad de ser director de la tesis, sin duda, uno de los pocos docentes comprometidos con su labor. Al doctor Renierd Ríos Gómez, quien nos ha brindado parte de su tiempo para las conversas en los temas de investigación. Al doctor Raúl Arcos Cotrado, de quien parte su biblioteca fue también utilizada para la elaboración de esta tesis. Al doctor Carlos Ramírez Atencio, quien siempre estuvo con las preguntas que hacen que un trabajo de investigación de metodología cualitativa también tenga sustento empírico. Al doctor Javier Sócrates Pineda, Coordinador de Investigación.

También, por supuesto, agradezco a mi familia, quien conoce mis motivos de alegría y tristeza. Sin que ellos estén inmersos en el área del derecho, con sus interrogantes contribuyeron a que la tesis no sólo se circunscriba a un análisis de aspecto jurídico. Asimismo, con el soporte emocional y sentimental, mi familia ha hecho posible que no nos dobleguemos con el desafío iniciado. Mi agradecimiento va, especialmente, a Níger.

Finalmente, toda mi admiración va a mis padres Rosa y Clemente. Espero que algún día mis acciones logren lo que las palabras no alcanzan.

Puno, diciembre de 2017

ARGELIA CAXI MAQUERA

ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos	
Resumen.....	12
Abstract.....	15
I. INTRODUCCIÓN.....	18
1.1. Planteamiento del problema de investigación.....	22
1.1.1. Problema principal.....	22
1.1.2. Problemas secundarios.....	22
1.2. Justificación.....	22
1.3. Hipótesis.....	23
1.3.1. Hipótesis general.....	23
1.3.2. Hipótesis específicas.....	24
1.4. Objetivos.....	25
1.4.1. Objetivo general.....	25
1.4.2. Objetivos específicos.....	25
II. REVISIÓN DE LITERATURA.....	26
2.1. Antecedentes de investigación.....	26
2.2. Marco teórico.....	29
2.2.1. La doctrina tradicional y el denominado “neoprocesalismo” frente a la prueba de oficio.....	29
2.2.1.1. La prueba de oficio entre el publicismo y dispositivismo procesales....	29
2.2.1.2. El proceso, la prueba y prueba de oficio en la óptica del publicismo procesal – “activismo judicial”.....	29

2.2.1.2.1. Publicismo en sentido fuerte – postura a favor de un juez “activista” y la prueba de oficio en el proceso civil.....	29
2.2.1.2.2. Publicismo en sentido moderado - postura a favor de un juez activo y la actuacion de la prueba de oficio en el proceso civil.....	32
2.2.1.3. El proceso, la prueba y la prueba de oficio en la óptica del dispositivismo (“garantismo”) procesal.....	35
2.2.1.3.1. Autores que representan la posición de la óptica del “garantismo procesal” - dispositivismo procesal.....	36
2.2.1.4. La prueba de oficio en el proceso civil: propuesta por el así llamado “neoprocesalismo”.....	39
2.2.2. La actividad probatoria en el proceso, entre la convicción y la cognoscibilidad de los hechos.....	42
2.2.2.1. Convicción.....	42
2.2.2.1.1. Convicción judicial. el convencimiento del juzgador como finalidad de la prueba en el proceso.....	42
2.2.2.1.2. Crítica a la convicción judicial.....	43
2.2.2.2. Conocimiento de los hechos y verdad en el proceso.....	46
2.2.2.2.1. Verdad y proceso.....	46
2.2.2.2.1.1. La negación de la “verdad” como finalidad del proceso.....	47
2.2.2.2.1.2. El establecimiento de la “verdad” como finalidad de la prueba en el proceso.....	48
2.2.2.2.1.3. Teorías de la verdad y su aprehensión en el ámbito del proceso.....	50
2.2.2.2.1.4. La finalidad del proceso entre la verdad material y la verdad formal (procesal).....	51

i). La objeción a la distinción entre verdad material y verdad procesal: la negación de la existencia de verdad procesal.....	52
ii). La admisión de la distinción entre verdad material y verdad procesal, la verdad procesal como aproximación a la verdad material.....	52
2.2.2.3.- El conocimiento de los hechos en el proceso.....	55
III. MATERIALES Y MÉTODOS	60
3.1. Ubicación geográfica del estudio.....	60
3.2. Periodo de duración del estudio.....	60
3.3. Procedencia del material utilizado.....	60
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	61
CAPÍTULO I: ANÁLISIS CRÍTICO A LOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DISPOSITIVISMO, PUBLICISMO Y NEOPROCESALISMO	
1.1. Los silencios del publicismo (“fuerte y moderado”) frente a la “convicción” del juez en la aplicación de la prueba de oficio.....	61
1.1.1. Publicismo procesal en sentido fuerte.....	61
1.1.2. Publicismo procesal en sentido moderado.....	64
1.2. Los vacíos del dispositivismo frente a la valoración probatoria y los silencios en su crítica a la prueba de oficio.....	66
1.3. Análisis crítico del planteamiento neoprocesalista.....	71
1.3.1. Los principios.....	72
1.3.2. Ponderación.....	74

1.3.2.1. Clases de ponderación desde la doctrina norteamericana.....	76
1.4. Análisis crítico al planteamiento neoprocesalista en cuanto la aplicación de la prueba de oficio: crítica al planteamiento de “proporcionalidad”, “caso concreto” y “ponderación” para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil.....	76
1.4.1. La indiferencia a un análisis de juicio de hecho (suficiencia probatoria) para la actuación de la prueba de oficio y el falso parallogismo de superación al publicismo.....	77
1.4.2. La dicotomía entre determinación de la verdad en el proceso y ponderación.....	79
1.4.3. La inobservancia del respeto de la seguridad jurídica en el proceso.....	80
1.4.4. La indeterminación teórica del fundamento “neoconstitucional” en la propuesta del denominado neoprocesalismo.....	82

CAPÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO: HACIA UN ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO E IDEOLÓGICO-POLÍTICO DE LA PRUEBA DE OFICIO

2.1. A modo de introducción.....	84
2.2. Desde el enfoque epistemológico: la identificación de relación entre valoración de la prueba y prueba de oficio.....	85
2.3. Desde el enfoque ideológico-político: el análisis del poder en la valoración y la prueba de oficio.....	86
2.3.1. ¿Podemos hallar en las instituciones de la valoración de la prueba y la prueba de oficio en el proceso civil un análisis de poder?.....	86
2.4. La prueba de oficio en la legislación peruana.....	90

2.4.1. La regulación de la prueba de oficio en el código de enjuiciamiento en materia civil y el código de procedimientos civiles.....	90
2.4.2. La regulación de la prueba de oficio en el código procesal civil.....	91
2.4.2.1. ¿Qué se prueba?.....	92
2.4.2.2. ¿Cómo se valora la prueba?.....	92
2.4.2.3. ¿En qué circunstancias el juez aplica la prueba de oficio?.....	93
2.5. La problemática de la prueba de oficio en el proceso civil peruano.....	93
2.5.1. El problema de orden epistémico: La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el Código Procesal Civil peruano de 1993, ¿Responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos (enunciados sobre los hechos) introducidos al proceso?.....	95
2.5.1.1. ¿Cuándo la prueba es suficiente o insuficiente para determinar que un hecho (enunciado fáctico) está probado? ¿Cuándo los medios probatorios son insuficientes para ordenar la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil?.....	95
2.5.2. El problema de orden ideológico (filosófico-político): ¿Es constitucional la intervención (activista) en materia probatoria, conforme a la convicción, en un debate dialectico que corresponde a las partes en el proceso? ¿La valoración prueba y la prueba de oficio (en conformidad a la convicción del juez) como ejercicio de poder encuentra sustento en la forma de estado y sistema procesal adoptados?.....	98
2.5.3. En consecuencia, ¿La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio se encuentra acorde a un estado constitucional?.....	103

CAPÍTULO III: RACIONALIDAD, VALORACIÓN RACIONAL Y PRUEBA DE OFICIO

3.1. Racionalidad y prueba de oficio: referencias a “racionalidad” como justificación de la actuación de la prueba de oficio.....	105
3.2. Racionalidad.....	108
3.2.1. Racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de nuestros objetivos, que presupone la razonabilidad y procesos de evaluación y optimización.....	111
3.2.2. Racionalidad como razonabilidad (justificación de las decisiones).....	114
3.2.2.1 Motivación de la decisiones: de la valoración de la prueba en general y de la prueba de oficio en particular, como argumento de razones.....	114
3.3. Estándar de prueba como criterio racional para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil.....	116
V. CONCLUSIONES.....	119
VI. RECOMENDACIONES.....	122
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	124

RESUMEN

El tema de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil (y en el proceso en general) no es un tema de hogaño. En efecto, ya con la discusión misma sobre la acepción de proceso existían corrientes doctrinales marcadas por la conformidad u oposición en su aplicación, siendo que en aquellas se puede evidenciar que comulgan con propuestas de adopción de determinado sistema procesal. En la actualidad, los cambios paradigmáticos que actualmente se discuten en el marco de la filosofía y teoría del derecho han influido en la adopción de diversas posiciones frente a problemas jurídicos en el proceso. El tema de la aplicación de la prueba de oficio no ha sido ajeno a ello. Ello se demuestra con la presencia de planteamientos así denominados “neoprocesalistas”. Por otro lado, la regulación de la iniciativa probatoria del juez en nuestro país no es una novedad. Desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 ya se establecía como una facultad del juez. Con ciertas modificaciones, dicha regulación continuó con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993 (modificado por la Ley N° 30293). Sin embargo, a pesar de la última modificatoria aún se conserva los términos de “formar convicción” del juez. En ese contexto, la presente investigación se ha planteado, como objetivo general, demostrar si la “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el Código Procesal Civil peruano de 1993 se encuentra o no acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y, específicamente, si responde o no a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso; y, como objetivos específicos: analizar los planteamientos del publicismo procesal, dispositivismo y neoprocesalismo respecto a la aplicación de la prueba de oficio; determinar si tales planteamientos poseen o no sustentos acorde a los derechos

fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales; cuestionar la convicción como modelo de valoración de la prueba; y, proponer modelos alternativos que garanticen una mayor racionalidad al momento de emplear el poder de la iniciativa probatoria de oficio. Los métodos que se han empleado son el descriptivo-positivo, el teórico-dogmático y el prescriptivo-normativo. Finalmente, del resultado de la investigación se ha llegado a la conclusión de que: (i) La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano de 1993, prescinde la consideración del sistema de tutela jurisdiccional (en relación al sistema político en general), es decir, descarta la acepción de racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos. Asimismo, en el marco de la acepción de racionalidad como razonabilidad (y en relación a la primera acepción: racionalidad como estrategia de optimización) no responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso; toda vez que, mencionada disposición normativa, deja la actuación de la prueba de oficio a un estado psicológico del juez. En ese contexto, no se encuentra acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación, ya que no garantiza la controlabilidad intersubjetiva de la decisión judicial en materia de hechos, ello, en cuanto a la determinación de insuficiencia de medios probatorios para la actuación de la prueba de oficio. La actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, en conformidad a la convicción del juzgador, legitima el ejercicio de un poder arbitrario. (ii) Tanto la doctrina tradicional procesal (publicismo y dispositivismo (“garantismo”) procesales) como el denominado neoprocesalismo, han descuidado el análisis de la relación entre valoración de la prueba y actuación de la prueba de oficio y no han tomado en cuenta la necesidad de superar el modelo de la libre convicción (convencimiento) como modelo de valoración de la prueba. Tanto con el silencio como

con sustentos dicotómicos, en un contexto de ejercicio de poder como lo es el ámbito de la valoración probatoria y actuación de la prueba de oficio, han abdicado frente al riesgo de decisiones arbitrarias. (iii) La aplicación de la prueba de oficio en relación con la valoración de la prueba, implica, desde la función justificadora de un estándar probatorio, la motivación de juicio de hecho. En tanto, la racionalidad de su aplicación se encontrará justificada cuando la racionalidad es entendida como razonabilidad (justificación de las decisiones). Empero, la prueba de oficio al ser una institución comprendida dentro del sistema de tutela jurisdiccional; esto es, desde la función heurística de un estándar probatorio, el análisis de su aplicación racional trasciende a un análisis de racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos. En ese contexto, de aceptarse la aplicación de la prueba de oficio por el factor del sistema procesal adoptado en determinado país (como el caso peruano), la aplicación de la prueba de oficio debe responder al equilibrio entre garantías y eficacia, promoviendo la racionalidad, con la finalidad de garantizar a los justiciables el respeto derecho a la prueba y a la motivación de decisiones judiciales respecto a prueba.

PALABRAS CLAVE:

Prueba de oficio, valoración de la prueba, racionalidad, publicismo, garantismo, neoprocesalismo.

ABSTRACT

The issue of the application of evidence *ex officio* in the civil procedural (and in the procedural in general) is not issue nowadays. Indeed, already with the same discussion on the meaning of process there were doctrinal currents marked by the conformity or opposition in its application, being that in those it can be shown that they agree with proposals for the adoption of a certain procedural system. At present, the paradigmatic changes that are currently being discussed within the framework of philosophy and theory of law have influenced the adoption of various positions in the face of legal problems in the procedural. The issue of the application of the evidence *ex officio* has not been alien to it. This is demonstrated by the presence of so-called "neoprocesalistas" approaches. On the other hand, the regulation the initiative of the judge in matters of evidence in our country is not a novelty. Since the Code Procedures in Civil matters of 1852 was already established as judge's faculty. With certain modifications, said regulation continued with the Code of Civil Procedures of 1912 and the Code Civil Procedure of 1993 (modified by Law No. 30293). However, despite the last modification, the terms of "forming conviction" of the judge are still preserved. In this context, the present investigation has considered, as a general objective, to demonstrate whether the judge's "conviction" for the application of the evidence *ex officio*, prescribed in the Peruvian Civil Procedure Code of 1993, is or is not in accordance with the fundamental rights to the proof and the motivation of the judicial resolutions and, specifically, if it responds or not to a rational evidentiary standard as verification criterion of the facts introduced to the process. And, as specific objectives: analyze the approaches of procedural publicism, dispositivism and neoprocesalism regarding the application of the evidence *ex officio*; determine whether such statements have or lack of support according to the fundamental rights to evidence and the

motivation of judicial decisions; question the conviction as a model for the evaluation of the evidence; and, propose alternative models that guarantee a greater rationality at the moment of using the power of the probative initiative *ex officio*. The methods that have been used are the descriptive-positive, the theoretical-dogmatic and the prescriptive-normative. Finally, the result of the investigation has concluded that:

(i) The judge's "conviction" for the application of the evidence *ex officio*, prescribed in article 194 of the Peruvian's Code Civil Procedure of 1993, dispenses with the consideration of the system jurisdictional protection (in relation to the political system in general), that is, discards the meaning of rationality as an optimization strategy in the achievement of objectives. Also, within the framework of rationality as reasonableness (and in relation to the first meaning: rationality as an optimization strategy) it does not respond to a rational evidentiary standard as a verification criterion of the facts introduced to the process; since, mentioned normative provision, leaves the performance of the evidence *ex officio* to a psychological state of the judge. In this context, it is not in accordance with the fundamental rights to proof and motivation, since it does not guarantee the intersubjective control of the judicial decision in matters of facts, as regards the determination of insufficiency of evidentiary means for the performance of the evidence *ex officio*. The performance of the evidence of *ex officio* in the civil procedural, in accordance with the judge's conviction, legitimizes the exercise of an arbitrary. (ii) Both the traditional procedural doctrine (publicism and dispositivismo ("garantismo") procedural) and the so-called neoprocesalismo, have neglected the analysis of the relationship between assessment of the evidence and performance of the evidence *ex officio* and have not taken into account the need to overcome the model of free conviction as a model for the evaluation of evidence. Both with silence and with dichotomous supports, in a context of exercising power such as

the scope of the assessment of the evidence and the performance of *ex officio* evidence, they have abdicated against the risk of arbitrary decisions. (iii) The application of the evidence *ex officio* in relation to the valuation of the evidence implies, from the justifying function of a standard of proof, the justification of a *de facto* judgment. Meanwhile, the rationality of its application will be justified when rationality is understood as reasonableness (justification of the decisions). However, the evidence *ex officio* to be an institution within the system of judicial protection; that is, from the heuristic function of a standard of proof, the analysis of its rational application transcends an analysis of rationality as an optimization strategy in the achievement of objectives. In this context, if the application of the evidence *ex officio* is accepted by the factor of the procedural system adopted in a given country (such as the Peruvian case), the application of the evidence *ex officio* must respond to the balance between guarantees and effectiveness, promoting rationality, with the purpose of guaranteeing the right to evidence and the motivation of judicial decisions regarding evidence.

KEY WORDS:

Assessment of the evidence, evidence *ex officio*, *guarantee*, *publicism*, rationality, *neoprocesalism*.

I. INTRODUCCIÓN

La acepción de “proceso” no ha sido unívoca, en tanto que la discusión respecto a la finalidad y a la función de este no ha sido ni es nada pacífica en la doctrina procesal. Ha existido corrientes doctrinales que entienden al “proceso” desde distintas perspectivas; posiciones doctrinarias que han llevado a discusión *conceptos lógico jurídicos* como es el caso de la “prueba”, y, en consecuencia, la adopción de *conceptos jurídico - positivos* como la regulación de la “prueba de oficio”.

De las posiciones doctrinarias respecto a la aplicación de la prueba se puede identificar acepciones que concuerdan con la defensa de determinados sistemas procesales y constatar de ellas que han tenido enormes implicancias a nivel de la estructuración del procedimiento y de las técnicas procesales que lo componen. Sin embargo, a medida del cambio de contexto en nuestra sociedad, las propuestas teóricas, la interpretación en el derecho, las concepciones en el mundo jurídico han ido mutando.

En el ámbito de la teoría del derecho, las nuevas propuestas teóricas han pretendido (y pretenden) remplazar ciertos lineamientos de teorías clásicas como el positivismo jurídico por neoconstitucionalismo(s), y, actualmente, en el ámbito de la teoría procesal, existe una posición que considera que la discusión de ambas posiciones (publicismo y garantismo procesal) es propio de un “paleoprocesalismo” y que la discusión debe oscilar, en cambio, en el marco de una tutela jurisdiccional efectiva, en el marco de un modelo denominado “neoprocesalismo”.

No obstante, tanto de los planteamientos de la doctrina tradicional (publicismo y dispositivismo procesales) como del así llamado “neoprocesalismo” se observa que

han relegado el análisis de la aplicación de la prueba de oficio en correlación al juicio de hecho, cediendo así al riesgo de decisiones arbitrarias.

Asimismo, el CPC peruano de 1993, en su redacción original, plasmó la vinculación entre prueba de oficio y valoración de la prueba sin identificar la relación que poseen ambas instituciones, y sin tomar en cuenta la necesidad de una regulación coherente con el sistema procesal a adoptarse. En ese sentido, buscaremos demostrar que la problemática de la regulación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano ha radicado (y aún radica) en un problema de orden epistemológico y otro de orden ideológico (filosófico-político). Esta problemática subsiste con la última modificatoria del artículo 194° del CPC.

Estas cuestiones gravitan en las siguientes interrogantes: ¿La “convicción” del juez respecto de los hechos probados para la aplicación de la prueba de oficio, consagrada en el Código Procesal Civil peruano de 1993, está acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y, específicamente, responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso? ¿Las propuestas teóricas del publicismo, dispositivismo y neoprocesalismo, respecto de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil, poseen planteamientos constitucionalmente adecuados? Y, sobre todo, ¿cuál es el modelo de valoración de la prueba alternativo al modelo de la libre convicción? Estas interrogantes son tratadas en la presente tesis con el objetivo de plantear lineamientos de una aplicación racional de la prueba de oficio en el proceso civil, sobre bases nuevas de la comprensión de la valoración de la prueba y el estándar probatorio.

Para este fin, la estructura de la presente tesis se ha organizado en dos apartados generales:

La primera parte (revisión de literatura), se subdivide en dos ítems: los antecedentes de la investigación y el marco teórico. En el primero, se identifican los antecedentes investigativos en materia probatoria y epistemología jurídica, que han servido para encaminar la presente investigación. En el segundo, se desarrolla los fundamentos adoptados por la doctrina tradicional (publicismo y positivismo) y el denominado “neoprocesalismo” frente a la aplicación de la prueba de oficio y la valoración probatoria, y se delinea el panorama teórico frente a la convicción judicial y la verdad procesal.

La segunda parte (resultados y discusión), comprende tres capítulos.

El capítulo I (“Análisis crítico a los planteamientos sobre la valoración probatoria y la prueba de oficio en el positivismo, publicismo y neoprocesalismo”), busca evidenciar los silencios del publicismo (tanto el “fuerte” y como el “moderado”) frente a la “convicción” del juez en la aplicación de la prueba de oficio; los vacíos del positivismo frente a la valoración probatoria y los silencios en su crítica a la prueba de oficio; así como, el análisis crítico al planteamiento neoprocesalista en cuanto a aplicación de la prueba de oficio, es decir, un análisis crítico al planteamiento de “proporcionalidad”, “caso concreto” y “ponderación” para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil. A partir del estudio del llamado “neoprocesalismo” se evidencia, además, la indiferencia a un análisis de juicio de hecho (suficiencia probatoria) para la actuación de la prueba de oficio y el falso paralógico de superación al publicismo, la dicotomía entre determinación de la verdad en el proceso y ponderación, la inobservancia del respeto de la seguridad jurídica en el proceso, y,

finalmente, la indeterminación teórica del fundamento “neoconstitucional” en su propuesta del empleo de la ponderación para la aplicación de la prueba de oficio.

El capítulo II (“La prueba de oficio y la valoración de la prueba en el proceso civil peruano: hacia un análisis epistemológico e ideológico-político de la prueba de oficio”), desde un enfoque epistemológico, tiene como objetivo principal centrar el análisis de la prueba de oficio en relación a la valoración de la prueba; y, desde un análisis ideológico-político, un análisis del ejercicio sobre cómo el poder del Estado se manifiesta en la valoración y la prueba de oficio.

Finalmente, el capítulo III (“Racionalidad, valoración racional y prueba de oficio”) propone los principales lineamientos de lo que implica una aplicación racional de la prueba de oficio. Bajo esos lineamientos, un análisis de la aplicación de la prueba de oficio en relación con la valoración de la prueba implica un análisis de juicio de hecho, que conlleva, desde la función justificadora de un estándar probatorio, a un análisis motivación del juicio de hecho. En tanto, la racionalidad de su aplicación se encontrará justificada cuando la racionalidad es entendida como razonabilidad (justificación de las decisiones). Empero, la prueba de oficio al ser una institución comprendida dentro del sistema de tutela jurisdiccional; esto es, desde la función heurística de un estándar probatorio, el análisis de su aplicación racional trasciende a un análisis de racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos.

En ese contexto, el estándar probatorio para dar por probado la alegación de un hecho en el proceso civil debe cumplir una función heurística y justificadora; por tanto, de aceptarse la aplicación de la prueba de oficio por el factor del sistema procesal adoptado en determinado país (como el caso peruano), la aplicación de la prueba de

oficio debe responder al equilibrio entre garantías y eficacia, promoviendo la racionalidad, con la finalidad de garantizar a los justiciables el respeto del derecho a la prueba.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. PROBLEMA PRINCIPAL

¿La “convicción” del juez respecto de los hechos probados para la aplicación de la prueba de oficio, consagrada en el Código Procesal Civil peruano de 1993, está acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y, específicamente, responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso?

1.1.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

➤ ¿Las propuestas teóricas del publicismo, dispositivismo y neoprocesalismo respecto de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil poseen planteamientos constitucionalmente adecuados?

➤ ¿Cuál es el modelo de valoración de la prueba alternativo al modelo de la libre convicción?

1.2. JUSTIFICACIÓN

La regulación de la iniciativa probatoria del juez en nuestro país no es una novedad. Desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 ya se establecía como una facultad del juez. Con ciertas modificaciones, dicha regulación continuó con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993 (modificado por la Ley N° 30293). Sin embargo, a pesar de la última modificatoria aún se conserva los términos de “formar convicción” del juez.

Por otro lado, en el ámbito teórico se evidencia una dicotomía marcada entre doctrinas tradicionales respecto a la aplicación de la prueba de oficio, toda vez que la discusión respecto a la finalidad y a la función de proceso no ha sido ni es nada pacífica. En la actualidad, los cambios paradigmáticos que actualmente se tiene en discusión en el marco de la filosofía y teoría del derecho, tales como el surgimiento del principalismo y neoconstitucionalismo(s), han pretendido (y pretenden) reemplazar ciertos lineamientos de teorías clásicas; en consecuencia, en el ámbito procesal también se da la existencia de un “neoprocesalismo” que plantea frente a problemas jurídicos en el derecho procesal civil, como en la aplicación de la prueba de oficio, la presencia de ponderación – proporcionalidad.

Por tanto, consideramos necesaria una investigación que analice de forma crítica el tema, recurriendo a fundamentos históricos, teóricos y dogmáticos con la finalidad de demostrar que la convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, consagrada en el Código Procesal Civil peruano de 1993, responde o no a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso, si dicha regulación se encuentra acorde o no al respeto de derechos fundamentales a la prueba. Será necesario recurrir a fundamentos históricos y teóricos para demostrar que las doctrinas del publicismo y dispitivismo procesales, y los planteamientos del neoprocesalismo respecto a la aplicación de la prueba de oficio poseen o no planteamientos constitucionalmente adecuados.

1.3. HIPÓTESIS

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL

La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano de 1993 no se encuentra acorde a los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de la resoluciones judiciales,

dado que no responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso.

Esta se descompone en las siguientes subhipótesis:

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

- a) Los planteamientos del publicismo, dispositivismo y neoprocesalismo, en lo concerniente a la aplicación de la prueba de oficio, no toman en cuenta la necesidad de superar el modelo de la libre convicción como modelo de valoración de la prueba.
- b) El planteamiento del neoprocesalismo sobre el uso de la ponderación y proporcionalidad fundado en el neoconstitucionalismo para la aplicación de la prueba de oficio, y los planteamientos de la doctrina del publicismo procesal, no poseen fundamentos sólidos que delimiten los poderes del juez; es decir, que objete la “convicción” del juez en la aplicación de la prueba de oficio, ello como presupuesto básico de un Estado constitucional de derecho.
 - (i) Específicamente, la aplicación de la prueba de oficio propuesta por el neoprocesalismo representa una ampliación indebida de la discrecionalidad judicial, toda vez que, propone la aplicación de la ponderación- proporcionalidad según cada caso concreto, basado en la delimitación del contenido de “principios” fundamentales que, legitima a los jueces la derrotabilidad de normas (reglas).
- c) El estándar probatorio para dar por probado la alegación de un hecho en el proceso civil debe cumplir una *función heurística y justificadora*; por tanto, de aceptarse la aplicación de la prueba de oficio por el factor del sistema procesal adoptado en determinado país (como el caso peruano), la aplicación

de la prueba de oficio debe responder al equilibrio entre garantías y eficacia, promoviendo la racionalidad, con la finalidad de garantizar a los justiciables el respeto de la seguridad jurídica.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO GENERAL

Demostrar si la “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el Código Procesal Civil peruano de 1993 se encuentra o no acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y, específicamente, si responde o no a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los planteamientos del publicismo procesal, dispositivismo y neoprocesalismo respecto a la aplicación de la prueba de oficio.
- Determinar si tales planteamientos poseen o no sustentos acorde a los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales.
- Cuestionar la convicción como modelo de valoración de la prueba.
- Proponer modelos alternativos que garanticen una mayor racionalidad al momento de emplear el poder de la iniciativa probatoria de oficio.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

2.1.1.- FERRAJOLI, Luigi, 1995: *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*.

El autor señala que el garantismo designa tres acepciones: la primera un modelo normativo de derecho que, en el plano epistemológico, se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en el plano político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad; y, en el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En la segunda acepción, designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas entre sí, sino también respecto a la “existencia” y “vigencia” de las normas; en ese sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados “el ser” y el “deber ser” en el derecho. Y en una tercera y última acepción, el garantismo designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado una carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos (Ferrajoli, 1995: 851-854).

2.1.2.- FERRAJOLI, Luigi, 2014: *La democracia a través de los derechos – El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*.

La distinción entre el constitucionalismo principialista –o simplemente principialismo– y el constitucionalismo garantista –o simplemente garantismo– recae en que el primero se caracteriza por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a su aplicación o actuación sino a su ponderación legislativa o judicial; mientras que la segunda se caracteriza, en cambio, por una

normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo. Esto quiere decir que el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho (Ferrajoli, 2014: 28-29).

2.1.3.- LAUDAN, Larry, 2005: *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar.*

Analiza desde el punto de vista de la epistemología jurídica que, la “convicción íntima” y el “más allá de toda duda razonable” siendo “estándares” intrínsecamente subjetivos “no ofrecen protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias”, señala que, en vez de utilizar estándares de prueba subjetivos, tales como la convicción íntima o la ausencia de una duda razonable, deberían utilizarse estándares objetivos, porque con ellos no dependen de los caprichos de si cierto juez tenga una convicción sobre la culpabilidad del acusado. Precisa, además, que un estándar de prueba apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis (Laudan, 2005).

2.1.4.- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba.*

Tomando en cuenta como premisa que el objetivo institucional de la prueba es la averiguación de la verdad y, al mismo tiempo, que el derecho incluye una serie de reglas jurídicas sobre la prueba (esto es, reglas sobre la actividad probatoria, reglas sobre los medios de prueba y reglas sobre el resultado probatorio), señala las características que definen el contexto de la toma de decisiones jurídicas en materia de hechos probados. El autor arriba a la conclusión de que solo a través de una concepción racionalista de la prueba –esto es, una concepción que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento del juez– es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance (Ferrer, 2007: 54).

2.1.5.- CAVANI, Renzo, 2015: *Prueba de oficio: siete criterios para su uso*

De los criterios que propone para el uso de la prueba de oficio en el proceso civil, señala que “el juez debe valorar *racionalmente* la prueba, determinando que alegación de hecho no está probada y *justificando porqué es importante que sí lo esté para el caso concreto*” (cursiva del autor). Para el autor, “valorar racionalmente” implica, cuando menos: formular hipótesis, individualizar analíticamente –y no holísticamente– los medios probatorios, confrontar hipótesis e inferencias probatorias y realizar un test de no refutación de las hipótesis”. Por tanto, concordando con la posición del profesor Jordi Ferrer Beltran, el convencimiento o no convencimiento del juez, desde el punto de vista de la racionalidad, es inaceptable (Cavani, 2015).

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. LA DOCTRINA TRADICIONAL Y EL DENOMINADO “NEOPROCESALISMO” FRENTE A LA PRUEBA DE OFICIO

2.2.1.1. LA PRUEBA DE OFICIO ENTRE EL PUBLICISMO Y DISPOSITIVISMO PROCESALES

En la doctrina (procesal) tradicional, se puede identificar la defensa de dos posiciones antagónicas; la primera, realza la importancia de la búsqueda de la “verdad (material)” en el proceso; la segunda, en cambio, no considera a la averiguación de la “verdad” como finalidad del proceso. Estas posiciones divergentes no solo versan respecto al tema de verdad, sino que parten de una premisa respecto a la acepción de proceso; esto es, entendiendo al proceso como un método de investigación en aras de llegar a la verdad para una decisión justa o como un método de debate dialectico para la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses.

En tal sentido, frente a la defensa y negación del empleo de la prueba de oficio en el proceso (civil), se identifica dos grandes corrientes: el publicismo y el dispositivismo. Como veremos más adelante, en ambas se evidencian diversas aporías.

2.2.1.2. EL PROCESO, LA PRUEBA Y PRUEBA DE OFICIO EN LA ÓPTICA DEL PUBLICISMO PROCESAL – “ACTIVISMO JUDICIAL”

En lo que sigue, nos ocuparemos de algunos de los aportes realizados por doctrinas caracterizadas como publicistas y, para ello, discriminaremos una versión fuerte de dicha doctrina para luego pasar a exponer una forma más moderada.

2.2.1.2.1. PUBLICISMO EN SENTIDO FUERTE – POSTURA A FAVOR DE UN JUEZ “ACTIVISTA” Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL

En este sector doctrinario encontramos a Hernando Devis Echandía (1981: 81), para quien “si hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y legal, el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos que las

partes afirman en oposición, y nadie puede alegar un derecho a ocultar la verdad o a engañar al juez con pruebas aparentes u omisiones de otras”. No obstante, postula como finalidad de la prueba en el proceso la convicción o el convencimiento del juez. En ese sentido, respecto a la valoración, el autor citado (1981: 252-253) expresamente ha señalado que:

[...] Estas irrefutables consideraciones conducen a asignarle a la prueba el fin de producir la convicción o certeza en el juez, esto es, la creencia de que la verdad gracias a ella; pero esa certeza puede ser moral subjetiva y real, o legal objetiva y formal, según el sistema de apreciarla que rija. De esta manera el fin pertenece igual en ambos sistemas de valoración, el libre o el regulado legalmente, pues apenas varía el procedimiento para adquirir la certeza: en el libre mediante la libre apreciación de los medios aportados; en el de la tarifa legal asignándoles que obligatoriamente se les debe reconocer; pero en ambos casos el juez declara la posesión de la certeza, y la prueba habrá cumplido su finalidad.

En tal razón, cabe advertir que, en el análisis de las concepciones planteadas por autores de la doctrina procesal tradicional, no se debe confundir el *fin de la prueba* con el *fin del proceso*. El autor citado (Devis, 1981), señala que el proceso civil tiende firmemente hacia la verdad, mas de esto no se deduce que el fin de la prueba sea obtener esa verdad porque bastaría que con ella se consiga el convencimiento del juez; es decir, el proceso persigue la realización del derecho mediante la recta aplicación de la norma jurídica al caso concreto que es un fin de interés público. La prueba, en cambio, propende a producir en la mente del juez la certeza de o el convencimiento sobre los hechos que debe deben servirle de presupuesto a la norma jurídica aplicable; en tal sentido, la prueba tiene la finalidad de llevar al juez el convencimiento sobre los hechos.

En la misma línea, Jairo Parra Quijano, tomando partido por la ideología de que en el proceso se debe de averiguar la verdad con la finalidad de una sentencia justa, sostiene que el juez debe intervenir en el proceso con poderes que permitan decretar pruebas de oficio (2004: 9). Para el autor, “difícilmente se puede concebir el proceso

como justo, cuando la sentencia no constituye sobre la verdad” (2004:13). En tal sentido, uno de los argumentos que el autor realiza en defensa de la aplicación de la prueba de oficio es la “necesidad psicológica del juzgador” (2004: 15). Expresamente señala:

El juez que cumple con el principio de inmediación y que efectivamente pone los órganos de sus sentidos bajo el yugo de la atención cuando está recibiendo la prueba, hará las valoraciones y seguramente descubrirá vacíos probatorios que no le permiten lograr la verdad de los hechos. En ese momento “terrible” de vacío, para abastecer –por decirlo en alguna forma – la necesidad de verdad puede y debe decretar pruebas de oficio (2004: 15).

Si bien el autor resalta la finalidad de la averiguación de la verdad en el proceso, y justifica, para ello, la actuación de la prueba de oficio, la determinación de tal “verdad”, no obstante, estaría subyugado a la convicción del juzgador (esto es, a un *estado psicológico* del juzgador).

En este mismo sector doctrinario identificamos la postura defendida por Jorge W. Peyrano (2009: 13 y 14), quien indica que:

para el activismo judicial la lectura de la Constitución nacional no constituye un obstáculo para distribuir el pan de la justicia sino más bien un estímulo”, resalta además que, el *activismo* es una “doctrina que posibilita en mayor medida que otras, la consagración de un ‘derecho de excepción’: es decir, “un ramillete de instrumentos que valora muy especialmente, las circunstancias del caso [o sea el ajuste de la decisión a las particularidades del caso].

Finalmente, en esta misma postura se encuentra el planteamiento de Mario Morello, para quien en el proceso hay un “fin institucional de acceder a la verdad de los hechos relevantes para la decisión — o al menos a la máxima aproximación concreta a ella” (Morello, 1991:17), por lo cual el juez por “activo es activista”, vigila, orienta, explora y gestiona prueba. Para el autor citado, al juez le corresponde atender y satisfacer su interés –que es el de la jurisdicción y concierne a un servicio público– de manera efectiva y eficaz (1991: 101-102).

2.2.1.2.2. PUBLICISMO EN SENTIDO MODERADO - POSTURA A FAVOR DE UN JUEZ ACTIVO Y LA ACTUACION DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL

En una forma moderada del “publicismo” procesal (entendiéndose esta identificación a la posición doctrinal que sustenta la defensa de un juez activo en el proceso y la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil), identificamos las posiciones planteadas por Michele Taruffo y Joan Pico i Junoy.

Michele Taruffo, citando a Jerzy Wróblewski, sostiene que una ideología “legal- racional” de la decisión judicial “pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que esta debe basarse en una aplicación correcta y justificada del Derecho”. Esta ideología sería coherente con una *interpretación no formalista*, como señala Michele Taruffo, no repetitiva de la cláusula constitucional del “debido proceso”, sino a un proceso “justo” en cuanto esté orientado a decisiones justas (2006: 266). Por tanto, para el autor, el juez y la construcción de los hechos en el proceso debe estar orientado para establecer la verdad de los hechos de la causa para que conduzca a decisiones jurídicas y racionalmente correctas, y justas (2006: 265 y 266).

En ese orden, según Michele Taruffo, para el alcance de ese objetivo –la determinación verdadera de los hechos de la causa– es necesario que “el juez pueda completar las iniciativas probatorias de las partes cuando estas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas la pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos” (2006: 267), toda vez que “ninguna decisión puede considerarse legal y racionalmente correcta y por tanto justa si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que refiere” (2006: 266).

Por su parte Joan Picó i Junoy, en defensa de la iniciativa probatoria del juez civil (en referencia al ordenamiento jurídico español¹), sostiene que la atribución al juez de tal iniciativa tiene una base constitucional, consistente en el deber del juez de velar la efectividad en la tutela de intereses discutidos en el proceso, para lograr la “justicia” (2015: 135). Este valor constituiría el objetivo final de la actividad jurisdiccional. Señala además que,

las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre puedan alcanzar la tan preciada “justicia”, pero no lo es menos que ello, no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones [...] (2015: 135).

El citado autor, realizando un análisis crítico a los argumentos contrarios a la iniciativa probatoria, descarta algunos fundamentos:

- i) El interés privado discutido en el proceso civil;
- ii) La incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez;
- iii) Destrucción de la carga de la prueba;
- iv) La vulneración de la debida imparcialidad judicial.

Respecto al primero (el interés privado discutido en el proceso civil), sostiene que dicho razonamiento se sustenta en la tesis de que el proceso es un negocio particular y que, como concepción privatista o relación jurídica privada, “se encuentran desde hace tiempo superadas, en favor de una función ‘publicista’ del proceso” (2015: 125).

Referente al segundo, “la incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez”, señala que:

Esta razón es ciertamente censurable. El derecho a la prueba supone la libertad de los litigantes de utilizar los medios probatorios que estimen oportunos para lograr el

¹ Constitución española, artículo 1º “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (...)”.

convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso, pero de ello no puede deducirse que este no deba disponer ex officio actividad probatoria alguna (2015: 127).

Concordando con la opinión de Taruffo, sostiene que “el reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio en materia probatoria” (Picó, 2015: 127), para el autor, tanto la iniciativa probatoria del juez como la de las partes son compatibles.

Asimismo, rechaza el tercer argumento sosteniendo que “las reglas de la carga de la prueba operan en el momento de dictar sentencia” (Picó, 2015: 128).

Finalmente, en cuanto al argumento de “la vulneración de la debida imparcialidad” señala que:

(...) el órgano jurisdiccional cuando decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna. Así, por ejemplo, si ordena la prueba pericial, no conoce cuál va a ser su resultado, o respecto a la prueba testifical desconoce la declaración que el testigo pueda efectuar. La razón o fundamento de esta iniciativa probatoria debe encontrarse, únicamente, en la búsqueda de la convicción judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio. Debe obviarse cualquier otra inquietud del juzgador, como podría ser la de ayudar a la parte más débil del proceso en aras a lograr una igualdad sustancial o real de las litigantes pues, en mi opinión, no es esta una función que le corresponda desempeñar (Picó, 2015: 130).

Asimismo, en defensa de la iniciativa probatoria del juez civil, establece que tal iniciativa debiera tener tres relevantes límites: (1) la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por la partes, esto en virtud de los principios dispositivo y aportación de parte; (2) la necesidad de que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez; y (3) la necesidad de que se respete en todo momento el principio de contradicción (Picó, 2015). En ese sentido, el mismo autor (2006: 120) sostiene que, “al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria, siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso”.

2.2.1.3. EL PROCESO, LA PRUEBA Y LA PRUEBA DE OFICIO EN LA ÓPTICA DEL DISPOSITIVISMO (“GARANTISMO”) PROCESAL

La toma de posición de las doctrinas tradicionales (dispositivismo y publicismo procesales) frente a la concordancia y discordancia en la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil no es independiente, como presupuesto estructural de una teoría individual de proceso, de la acepción de proceso que tienen mencionadas doctrinas.

Desde la posición del “garantismo procesal”² (dispositivismo procesal) en defensa de un sistema dispositivista, se concibe al “proceso” como un método de debate dialéctico entre dos partes, en el que se encuentran en condición de igualdad jurídica ante un tercero imparcial, imparcial e independiente (Alvarado, 2009: 81). Esta idea se origina desde una perspectiva de limitar los poderes y oponerse a que el juzgador sea quien investigue la “verdad material” de los hechos. Es decir, el sistema procesal (dispositivo) que defiende el dispositivismo no permite que quien investigue y pruebe sea el juez que luego resuelve el conflicto intersubjetivo (Benabentos, 2001: 85). Planteamiento que se sustenta en un “Estado de derecho, que supone mecanismos idóneos para preservar a los ciudadanos de la arbitrariedad del poder [judicial]” (Benabentos, 2001: 87). En ese sentido, señala este autor que, “el *poder judicial* no puede y no debe quedar fuera del *marco de contención* que le impone las reglas y los sistemas de un Estado de derecho”. Señala, además, que “[l]a apelación a frases simbólicas como la verdad y la justicia son solo envoltorios fáciles que no autorizan a

² Al respecto, cabe advertir la complejidad teórica que implica el término “garantismo procesal”. Mencionado término puede ser entendido en referencia a una de las doctrinas tradicionales que con planteamientos ideológicos (liberales – republicanos), se opone al activismo judicial. Asimismo, puede ser entendido desde la perspectiva del planteamiento teórico de Luigi Ferrajoli, esto es, desde un enfoque de la teoría del derecho que no se circunscribe solo a un garantismo en el ámbito procesal. En la complejidad de dicho término, debe advertirse también la existencia de postulados que sustentan, la posibilidad de la cognoscibilidad de los hechos en el proceso sin prescindir el respeto de las garantías del proceso. En el presente apartado, se realiza un análisis del primero.

mellar ninguna garantía procesal que el Estado de derecho les debe reconocer a los destinatarios de las mismas” (2001: 88).

De esta última afirmación, se puede observar que se trata de una concepción escéptica a la relación entre proceso y “verdad”; esto es, que aparte de la oposición al papel de investigación del juzgador existe, también, una reticencia a la relación del proceso como instrumento heurístico.

Dentro de este sector doctrinario podemos identificar a dos autores que expresamente han referido sus planteamientos desde el punto de las garantías de las partes y de la función del juez en el proceso: Juan Montero Aroca y Adolfo Alvarado Velloso. Ellos son acompañados en el mismo planteamiento por Andrea Meroi y el ya citado Omar Benabentos. Este último es quien propone una teoría unitaria del proceso desde el planteamiento del “garantismo procesal”; empero, para fines de identificar la posición que tiene este sector doctrinario frente a la prueba, prueba de oficio, y la verdad de los hechos en el proceso, analizaremos los planteamientos de los dos primeros autores mencionados, quienes, en sus diversas obras se han manifestado expresamente frente a estos problemas.

2.2.1.3.1. AUTORES QUE REPRESENTAN LA POSICIÓN DE LA ÓPTICA DEL “GARANTISMO PROCESAL” - DISPOSITIVISMO PROCESAL

Desde España, Juan Montero Aroca propugnó un pensamiento libertario en el proceso y, con sus obras, propició un sistema dispositivo en el proceso civil. Este sistema, según el autor, garantizaría la imparcialidad del juzgador y la igualdad jurídica de los litigantes en el proceso. En ese sentido, sostiene que “la función de la jurisdicción debe centrarse en que el juez, siendo tercero e imparcial, es el último garante de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo” (2010: 27). Por tanto, para el autor, en la observancia del juez como tercero en el proceso –

imparcialidad (esto es, la exigencia de incompatibilidad de funciones entre parte y juez en el proceso) como presupuesto objetivo, e imparcialidad como presupuesto subjetivo (2006: 157 y 158) – no cabría la posibilidad de la actuación de la prueba de oficio (iniciativa probatoria por parte del juzgador).

La función de la prueba en el proceso civil, según el autor citado, no es el descubrimiento de la verdad, ya que las partes ofrecerían, cada una, “su verdad”, y lo máximo que podrían alcanzar en el proceso es no “la verdad”, sino “más modestamente la certeza” (Montero Aroca, 2004: 281). Señala, además, “la necesidad de la renuncia a “la verdad” impuesta por la humildad”, toda vez que “la verdad” sería una categoría de un mito con profundas consecuencias prácticas. En ese sentido, para el autor, “la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora” (2001: 245 y 2004: 281).

Respecto a la valoración probatoria, Juan Montero Aroca, señala que esta puede darse según la ley disponga; esto es: (1) conforme a un modo reglado – certeza objetiva, o (2) conforme a las reglas de la sana crítica, *con lo que la certeza se pone en relación al convencimiento psicológico del mismo juez -certeza subjetiva* (Montero Aroca, 2004: 282), entendiéndose a esta no como decisión en conciencia, ya que existe la necesidad a exponer de modo razonado la convicción a partir de los medios probatorios (Montero Aroca, 2004: 282). En otros términos, la “actividad procesal que tiende a alcanzar certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes y que resulten controvertidos; certeza que en unos casos se deriva del convencimiento del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos” (Montero, 2001: 248).

Otro de los autores que defiende esta postura es Adolfo Alvarado Velloso. Este autor sustenta que el “proceso” es un método de debate dialéctico entre dos partes, que se encuentran en condición de igualdad jurídica ante un tercero imparcial, *imparcial* e independiente (2009: 81) “y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social” (2006: 220). Además, señala que “todo lo atinente al valor justicia es de carácter relativo y que la búsqueda de la verdad no es problema primordial del Derecho, [sino su] misión básica y elemental es mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados” (2006: 221).

El mismo profesor nos ilustra respecto a qué se debe entender como “sistema” y, en específico, qué se debe entender como sistema procesal. Este es el “conjunto de principios que deben armonizar entre sí para que aquél pueda lograr la coherencia interna que es necesaria para la obtención de eficiencia en su aplicación a una finalidad dada” (Alvarado Velloso, 1994: 554). Por esta razón, niega la existencia de un sistema procesal mixto, propugnando así un sistema procesal “garantista”, y consigna dentro de los principios que gobiernan y definen el proceso como método a los principios de igualdad de las partes e imparcialidad del juzgador.

Bajo ese contexto, para el citado autor (2006: 240), el juzgador, “en el supuesto de no lograr convicción acerca de una de las versiones por sobre la otra [versión de las partes]”, para respetar su calidad de imparcial, no puede asumir la incumbencia probatoria que solo le corresponde a las partes procesales. Expresamente señala: “en caso de carencia de prueba convictiva – el juez debe fallar conforme lo indican las reglas de la carga probatoria, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema por justa que le parezca la solución a darle” (2006: 247).

De los párrafos precedentes se evidencia que el denominado “garantismo procesal”, con ciertas particularidades en cuanto a los principios procesales y su

posición frente a la relación o disociación entre proceso y verdad, y su acepción sobre prueba, comulga con el sector doctrinario tradicional del dispositivo. Empero, ello no encierra todo el sector doctrinario que puede denominarse de dispositivo. El denominado “garantismo procesal” conforma, más bien, el sector doctrinario que se encuentra en defensa de un sistema dispositivo (en el proceso civil) y acusatorio (en el proceso penal). En este sector doctrinario se adhieren también otros autores que no necesariamente han manifestado la particularidad de encuadrarse en el denominado “garantismo procesal” tal como es diseñado por Montero Aroca y Alvarado Velloso.

En tal contexto, en defensa de un sistema dispositivo en el proceso civil, encontramos a Eugenia Ariano (2003) , quien, en esa línea, realiza un análisis crítico a las disposiciones normativas del CPC peruano que no garantizan el derecho a la prueba de las partes en el proceso. Tal es el caso de la disposición normativa que regula la prueba de oficio en el proceso civil (art. 194° del CPC, anterior a la modificatoria producida por la Ley N° 30293, del 28 de diciembre de 2014). En cuanto a dicha normatividad, la citada autora cuestiona la no delimitación del poder del juez respecto a la disposición de las pruebas de oficio, y, además, el hecho que el CPC, en su art. 189°, limite a las partes el ofrecimiento de pruebas en sus actos postulatorios. Esto evidenciaría que el CPC de 1993 se encuentra afiliado al *sistema publicístico*.

2.2.1.4. LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL: PROPUESTA POR EL ASÍ LLAMADO “NEOPROCESALISMO”.

Roberto González Álvarez, en su obra *Neoprocesalismo – Teoría del proceso civil eficaz*, señala que el proceso civil, “en su expresión constitucional, es escenario del ejercicio y, por tanto, de la delimitación de derechos fundamentales, v.g. principios de acción, de jurisdicción, del debido proceso, etc” (González, 2013: 538). Por ello, según el autor, resultaría coherente con una estructura integrativista trialista en el

proceso civil que se le comprenda a partir de los planos de eficacia, efectividad y eficiencia, siendo que este último contemplaría el plano fáctico o de realidad de los derechos fundamentales, en tanto su interpretación o aplicación se realizaría mediante la ponderación (González, 2013: 538 ss.).

Señala el autor, que “el integrativismo trialista eficaz expone su postura neoprocesal en lo que entiende por proceso civil eficaz”, e identifica el proceso civil eficaz en la percepción filosófica del integrativismo trialista del derecho procesal que, según el autor, se “estructura a partir del estudio de la estructura de su objeto jurídico: la interacción litigiosa eficaz”, reconociendo a los “principios” procesales fundamentales como derechos procesales fundamentales (que entre ellos identifica a la acción y contradicción); al mismo tiempo que reconoce sus garantías procesales correlativas: jurisdicción, debido proceso y tutela jurisdiccional. Enfatiza, en ese sentido, la distinción entre derechos fundamentales y garantías fundamentales. De esta manera, entiende al proceso no como garantía, sino como “un método de interacción sistemática litigiosa eficaz”, en el que se “determina la validez de las decisiones jurisdiccionales eficientitas según el principio de proporcionalidad y razonabilidad” (González , 2015: 171).

Tal principio de proporcionalidad, en el proceso civil, operaría “como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la decisión jurisdiccional cuando esta atenta contra los derechos fundamentales en el proceso”. En tal sentido, para autor citado, el “panorama constitucional” debe ser enfocado nítidamente en el proceso con la significación de que los “derechos procesales fundamentales deben proyectar sus contenidos en cada caso, ajustándose a las posibilidades empíricas que posibiliten su delimitación, haciendo soberana la constitucionalidad del proceso” (González , 2015:

179). De otro lado, su empleo sería en todos los procesos (civiles) bajo la aplicación de tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad.

En ese contexto, González señala, con el despliegue de los tres subprincipios de la proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), “que correlativamente significan que el proceso civil exhala accesibilidad –uso adecuado de los medios procesales–, probidad –conocimiento de derechos por personas capaces de ejercerlos o de sujetarse a sus garantías de efectividad– y utilidad –ponderación como equilibrio entre propiedades empíricas y propiedades normativas, todas potencialmente relevantes” (2015: 180), determinarían “la mayor optimización de los derechos fundamentales con el menor esfuerzo” (2015: 180); todo ello “con el soporte del criterio de razonabilidad que exige la justificación de la decisión proporcional” (2015: 180).

Con dicho sustento, y realizando un análisis crítico a los planteamientos del publicismo y dispositivismo procesales, indica que:

La prueba de oficio en el proceso civil es un problema de colisión (rectius: interacción) de contenidos fundamentales; por ello, su solución reside en la ponderación de los contenidos fundamentales en el proceso, propiamente en determinarlos (rectius: delimitarlos) en los casos concretos en que se presenten “decisiones difíciles” con necesidad de motivación proporcional.

Así, con relación a la (in)constitucionalidad de la prueba de oficio, en un caso concreto, el órgano jurisdiccional debe proceder a ponderar, como equilibrio, el contenido de los derechos fundamentales implicados: principios fundamentales de acción, de libertad de alegar, de libertad de probar, a un juez imparcial, a la verdad, a una decisión justa. (González, 2015: 188)

La actuación de la prueba de oficio que plantea “neoprocesalismo” consta, entonces, en el empleo del “principio de proporcionalidad”, el cual le permitiría al juzgador “delimitar o configurar la expansión del contenido fundamental de un derecho”. La injerencia del juzgador en el empleo de dicho principio sería “consecuencia del compromiso fundamental de las circunstancias del caso concreto”

que “requiere de ponderación en sujeción a circunstancias potencialmente relevantes” (González, 2015: 182). El proceso civil, así, según el autor, estaría dominado por el *debido proceso proporcional* (González, 2015: 180) y “la idea del juez creador de derecho cobraría nueva luz, que deja ver que esta función creadora está inserta en la solución jurídica elaborada para cada caso concreto, que, según el autor, ‘engendra’ una solución” (González, 2015: 180).

2.2.2. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO, ENTRE LA CONVICCIÓN Y LA COGNOSCIBILIDAD DE LOS HECHOS

2.2.2.1. CONVICCIÓN

Etimológicamente la palabra “convicción” proviene del latín “*convictio*”, forma sustantiva abstracta de “*convictus*”, que quiere decir, *convencido*.

La Real Academia Española define a la convicción, en una primera acepción, como “convencimiento”, y, en una segunda acepción, como “idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido”. Estas corresponden a la noción general de estado “creencia”, que corresponde a un estado mental de la persona. En el contexto de las decisiones judiciales, a la que remite la legislación (peruana), desarrollada por la jurisprudencia, hace referencia la *acepción genérica*, esto es la primera acepción (pero, no es excluyente de la segunda acepción, toda vez que, esta se encuentra incluida en la primera).

2.2.2.1.1. CONVICCIÓN JUDICIAL. EL CONVENCIMIENTO DEL JUZGADOR COMO FINALIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

Para Goldschmidt, afirmando que la verdad es relativa, “[I]as aportaciones de prueba son actos de las partes destinados a convencer al juez de la verdad de un hecho afirmado” (Goldschmidt, 1936: 253). En el mismo sentido, para Chiovenda (1977:

296) la actividad probatoria consiste en “formar el convencimiento del juez acerca de la existencia o no existencia de hechos de importancia en el proceso”.

Y desde Latinoamérica, analizando los conceptos de autores de la doctrina procesal tradicional y enfatizando que no se debe confundir el fin de la prueba con el fin del proceso, Hernando Devis Echandía señala que el proceso civil tiende firmemente hacia la verdad, mas de esto no se deduce que el fin de la prueba sea obtener esa verdad, porque basta que con ella se consiga el convencimiento del juez. Esto quiere decir que el proceso persigue la realización del derecho mediante la recta aplicación de la norma jurídica al caso concreto que es un fin de interés público; la prueba, en cambio, propende a producir en la mente del juez la certeza de o el convencimiento sobre los hechos que debe deben servirle de presupuesto a la norma jurídica aplicable. En tal sentido, la prueba tiene la finalidad de llevar al juez el convencimiento sobre los hechos (1981: 251-253).

Actualmente, en la misma línea de estudio, esto es, la convicción o el convencimiento del juzgador como finalidad de la prueba en el proceso, se encuentra la posición adoptada por Juan Montero Aroca (2001: 246-248), para quien, la actividad procesal que tiende a alcanzar certeza en el juzgador respecto de los enunciados aportados por las partes y que resulten controvertidos, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos.

2.2.2.1.2. CRÍTICA A LA CONVICCIÓN JUDICIAL

La “convicción” debe analizarse por las condiciones no solamente legales sino epistemológicas de la prueba (Ferrajoli, 1995: 139). En ese alcance, desde un análisis epistemológico, Larry Laudan explica que la “convicción íntima” y el “más allá de

toda duda razonable”, en el marco de la valoración probatoria, siendo “estándares” intrínsecamente subjetivos “no ofrecen protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias” (2005: 95); toda vez que, la convicción es sólo el estado psicológico del juez acerca de la “veracidad” de una u otra de las versiones que confrontan en el conflicto (Rivas, 1996: 249). En tal sentido, la convicción pertenece al fuero interno de la persona. Asimismo, como señala el profesor Perfecto Andrés Ibañez, denunciando el criterio de convicción (intima) aplicada por las magistraturas en Europa continental, “la adquisición de “certeza” de la *queastio facti* discurriría por los cauces de propios de los procesos psíquicos, para alumbrar al fin un estado emocional, en el que el convencimiento” es “el efecto de un algo incontrolable que le acontecería” (Ibañez: 254).

En esa misma línea, en crítica a la “convicción” en las decisiones judiciales, Jordi Ferrer Beltran, tomando en cuenta como premisa que el objetivo institucional de la prueba es la averiguación de la verdad y al mismo que el derecho incluye una serie de reglas jurídicas sobre la prueba (esto es, reglas sobre la actividad probatoria, reglas sobre los medios de prueba y reglas sobre el resultado probatorio), señala que solo a través de una concepción racionalista de la prueba –esto es, una concepción que rechaza la vinculación entre prueba y convencimiento del juez– es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance (Ferrer, 2007: 54).

En refuerzo de tal crítica no podemos dejar de referir uno de los textos indispensables para el análisis del tema. Nos referimos a “*Quaestio facti*. Ensayos sobre la prueba, causalidad y acción” de Daniel Gonzalez Lagier (2005: 77), quien, desde el estudio de los hechos y el razonamiento judicial, indica que: “lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria es averiguar la verdad de (enunciados acerca de) ciertos hechos”, ello no en referencia a una verdad absoluta,

sino *una verdad con grado de probabilidad suficientemente razonable*. Asimismo, el autor citado observa en la doctrina de la “íntima convicción” que el método para conocer el conocimiento de los hechos “consistiría en procurar que el sujeto cognoscente llegue a estar convencido de los mismos sea como sea el razonamiento por el que se llegue a ese convencimiento” (González D., 2005: 77).

Al respecto, desde la doctrina en Latinoamérica, esto es, no dentro de las doctrinas tradicionales entre publicismo y dispositivismo procesales, sino del análisis de la epistemología y teoría del derecho, Ariel Álvarez Gardiol también adoptó una postura crítica del modo de aprehensión de los hechos que obedezca sólo a la intelección, voluntad, o intuición del juez (Álvarez, 2007: 32). Tal posición crítica adoptada por el autor, a diferencia de algunos autores referidos, se fundamenta que tal aprehensión debe atender “esencialmente las prescripciones que emanan del ordenamiento normativo” (Álvarez, 2007: 32).

Con esa referencia previa del análisis crítico a la “convicción”³ en las decisiones judiciales, cabe señalar que, las crítica referidas a la “convicción” o “íntima convicción” que los autores realizan, no es, en particular, en referencia a la aplicación de la prueba de oficio, sino (al menos atendiendo a la crítica que los profesores Larry Laudan, Jordi Ferrer y Daniel González expresan) al subjetivismo de la “convicción” en la valoración de la prueba (entendida esta, en la etapa en el que el proceso se encuentra *visto para sentencia* (Ferrer, 2009: 74))

³ Cabe señalar las crítica referidas a la “convicción” o “íntima convicción” que los autores realizan no es en particular de un ordenamiento normativo, como tampoco en referencia a la aplicación de la prueba de oficio, sino (de los textos de los profesores Jordi Ferrer y Daniel González) su crítica es al subjetivismo que implica la “convicción” en la valoración probatoria.

2.2.2.2. CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS Y VERDAD EN EL PROCESO

2.2.2.2.1. VERDAD Y PROCESO

El estudio del tema de la “verdad” no es campo de estudio del derecho, sino de la filosofía, en concreto, de la epistemología (como conocimiento de los “hechos”); no obstante, en el marco de la función regulatoria del Derecho, con la acepción de “proceso” como un instrumento para llegar a la “verdad” con fines propios de “justicia”, y la introducción en disposiciones normativas mediante mecanismos que coadyuven a tal finalidad, el análisis de la teoría del proceso no puede estar desvinculado del tema de “verdad”. Es así que en la doctrina procesal se ha dado discusión de la acepción misma de proceso basada concepciones de “verdad material” y “verdad procesal”, concepciones que no siempre han sido entendidas en un mismo sentido.

Más allá de la discusión de las doctrinas tradicionales, conocidas como publicismo y dispositivismo procesales, discusión en base a posiciones ideológico-políticas frente a la acepción y finalidad del proceso, la distinción entre las dos concepciones mencionadas (“verdad material” y “verdad procesal”) y el sustento de cada una de ellas obedecen también a posiciones epistemológicas; esto es, la adopción de una concepción acerca de la verdad como presupuesto de adopción de una acepción de proceso y de prueba en el proceso. Asimismo, el establecimiento de la condición de “verdad” de enunciados jurídicos, obedece a la adopción de una determinada concepción acerca del derecho (Sucar, 2008: 11), “en particular, por los diferentes criterios para individualizar las normas que componen un cierto sistema jurídico” (Sucar, 2008: 11). En razón de ello, a la adopción de una forma de Estado se pueden hallar explicaciones epistemológicas, como también explicaciones políticas y económicas a las formas jurídicas de la verdad (Ruiz Jaramillo, 2014: 87).

En ese contexto, en el presente apartado se abordará: 4.1) la negación de la verdad como finalidad del proceso; 4.2) el establecimiento de la verdad como finalidad del proceso; 4.3) las referencias teóricas de la verdad y su aprehensión en el ámbito del proceso; 4. 4) la “verdad material” y la “verdad formal”.

2.2.2.2.1.1. LA NEGACIÓN DE LA “VERDAD” COMO FINALIDAD DEL PROCESO

Al respecto, Michele Taruffo (2009: 28-48) ha señalado que, en el ámbito del proceso se pueden identificar tres razones (que parte de la doctrina procesal ha usado) para rechazar el papel de la verdad en el proceso: 1) desde una perspectiva teórica, perspectiva que rechaza la verdad en el proceso como consecuencia de un escepticismo (imposibilidad teórica); 2) desde una perspectiva basada en razones ideológicas, fundamentada en que el proceso no debe perseguirse la verdad y/o que la verdad no es un objetivo del proceso (imposibilidad ideológica); y, 3) desde una perspectiva basada en razones técnicas (imposibilidad practica), que afirma la imposibilidad de encontrar la verdad en el proceso.

En el marco de esa clasificación, dentro de la perspectiva ideológica y técnica se encuentra la tesis de Alvarado Velloso, quien, como vimos, sustenta que el proceso “sólo es medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social”. Señala, además, que “todo lo ateniende al valor justicia es de carácter relativo y que la búsqueda de la verdad no es problema primordial del Derecho”, sino su “misión básica y elemental es mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados” (2006: 221). En esa línea, para el autor citado, el proceso no es una *meta*, sino, un *método*, es decir, *un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia*. Por ello, el intento de “hacer justicia”

en un caso concreto *no puede vulnerar el método mismo de la discusión* (Alvarado: 2006: 226).

La posición de Alvarado Velloso, también, se encuentra inserta en la perspectiva técnica, toda vez que el sustento de su tesis lo complementa con el aspecto dogmático, en cuanto señala que de la revisión de las instituciones normadas por las leyes procesales se evidencia que “no hay compatibilidad lógica alguna entre la denodada búsqueda de verdad real y la absolución por la duda” a razón de las diferentes instituciones procesales establecidas, como la carga probatoria, preclusión, cosa juzgada, litispendencia; entre otros, ya que “los jueces no pueden hacer lo que quieren por puro voluntarismo, en cualquiera y en todo caso” *sino* están sujetos a la aplicación de la Constitución y de la Ley (Alvarado, 2014, 131 y 132).

2.2.2.2.1.2. EL ESTABLECIMIENTO DE LA “VERDAD” COMO FINALIDAD DE LA PRUEBA EN EL PROCESO

En el grupo de autores que defienden la posición de la verdad como finalidad de la prueba en el proceso se encuentra Jeremy Bentham (2001: 12), quien, refiriéndose a la prueba, señala que la palabra prueba “parece... que tiene fuerza suficiente para determinar el convencimiento. Sin embargo, no se debe entender por tal sino un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho”.

Contemporáneamente, en esa misma línea de razonamiento, Michele Taruffo señala que los tribunales deberían establecer la verdad de los hechos en litigio asumiendo la verdad de los hechos en disputa como una meta del proceso judicial (2008: 20), toda vez que la determinación de los hechos de la causa junto al respeto de las garantías fundamentales de las partes y la aplicación acertada de la norma conforman las condiciones para una decisión justa (Taruffo, 2012: 140 ss.).

Asimismo, Jordi Ferrer, adoptando una concepción racionalista de la prueba, esto es, una concepción que rechaza la vinculación entre prueba y convencimiento del juez, señala que el objetivo institucional de la actividad probatoria en el proceso judicial es la “averiguación de la verdad” (2007: 29-32); en tal sentido, considera a la prueba como un “medio a través del cual el derecho pretende determinar la verdad de las proposiciones en el marco del proceso judicial” (2005: 31).

En esa misma línea, Jordi Nieva Fenoll (2010: 147) señala que “saliendo de la categoría filosófica, entendiéndolo como finalidad materia de la prueba sí que puede apuntarse la averiguación de la verdad”; en tal sentido, para el autor, el objetivo de la prueba es el acercamiento en la mayor medida posible a la realidad de los hechos (Nieva 2010: 149).

Para Xavier Lluich (2012: 175), en términos no solo de prueba sino del proceso, señala que “debe orientarse a la búsqueda de la verdad, no solamente por razones epistemológicas, puesto que el conocimiento se orienta a la búsqueda de la verdad, sino también de tipo moral”.

Finalmente, otro de los autores que postula establecimiento de la “verdad” como finalidad de la prueba es Jairo Parra (2006: 159 ss.), para quien en la actividad probatoria (y en toda actuación judicial) debe buscarse la verdad de los hechos. El citado autor, expresamente señala que “el fin de todo el horizonte de la prueba, y se podría decir de todo el proceso judicial es conseguir la verdad” (Parra, 2006: 161).

De referencias realizadas, se puede identificar que el sustento de la verdad como finalidad de la prueba en el proceso se da desde una perspectiva de justicia, esto es, que la averiguación (o búsqueda) de la verdad es con el objeto de llegar a una decisión justa (consecución de la justicia) en la resolución de los conflictos de las partes en el

proceso (Michele Taruffo y Jairo Parra Quijano, Xavier Lluich), así como, desde concepciones epistemológicas (Ferrer Beltrán), entendida la “verdad” como grado de confirmación de una hipótesis.

2.2.2.2.1.3. TEORÍAS DE LA VERDAD Y SU APREHENSIÓN EN EL ÁMBITO DEL PROCESO

Dentro de las teorías de la verdad podemos identificar diversas clasificaciones y menciones a la tipología de estas, tales como: teoría de la correspondencia, teoría de la pragmática, teoría minimalista, teoría de la verdad como coherencia, teoría de la verdad como consenso, entre otras. Y dentro de algunas de ellas, se pueden encontrar también diferentes subclasificaciones, debido a que su estudio no ha sido desde una dimensión unívoca sino desde *diferentes dimensiones y/o niveles de análisis*. No obstante, para el análisis de las teorías de la verdad y su aprehensión en el proceso se ha identificado dos teorías: la teoría de la verdad como coherencia y la teoría de la verdad como correspondencia, de las cuales, Michele Taruffo (2008: 27 ss.) ha señalado a la primera, como parte de la clasificación de las teorías de la verdad, en sentido subjetivo, y a la última como una teoría de la verdad objetiva.

Para la teoría de la verdad como coherencia, la verdad de un enunciado fáctico consiste en “la función de la coherencia de un enunciado específico en un contexto de varios enunciados” (Taruffo, 2008: 26-27). En el ámbito procesal, se encuentra vinculada con la concepción retórica de los elementos de prueba donde la coherencia del relato desempeña un papel persuasivo (Taruffo, 2008: 27).

Por otro lado, para teoría de la verdad como correspondencia –teoría que se puede identificar, como señala el profesor Pablo Bonorino, en los trabajos que Aristóteles analiza el problema de la verdad, y también como en las posiciones atomistas de

Russell y Wittgenstein, las cuales “explica la verdad como una relación entre el lenguaje y el mundo” (Bonorino, 2010: 293)– la “verdad” es entendida como el resultado de la correspondencia del enunciado con un estado empírico. Es decir, que un portador de verdad, un enunciado, es *verdadero* si mantiene una relación de correspondencia con algo independiente de este portador de verdad (enunciado) con ciertos aspectos del mundo (Sucar, 2008: 106). Por lo tanto, desde esta perspectiva, la tesis de la verdad judicial basada en la teoría de la correspondencia, “el contenido de la decisión es verdadero cuando se coincide o se corresponden a los sucesos que realmente ocurrieron en la situación empírica que está en la base de la controversia judicial” (Taruffo, 2008: 28-29).

2.2.2.2.1.4. LA FINALIDAD DEL PROCESO ENTRE LA VERDAD MATERIAL Y LA VERDAD FORMAL (PROCESAL)

El empleo y sustento de los términos “verdad material” y “verdad formal” surge en la doctrina alemana en los finales del siglo XIX (Ferrer, 2005: 61), como alternativa al contexto de la prueba en el proceso civil, esto es, la existencia de limitaciones procesales para la obtención de una “verdad material” en dicho proceso. De hecho, términos como “verdad material” (“objetiva”, “real”) y “verdad procesal” (“formal”, “judicial”), en varias oportunidades en la doctrina procesal se ha llevado a discusión respecto a la finalidad del proceso y lo que es susceptible de alcanzarse.

Dentro del ámbito doctrinario se puede identificar dos posiciones: i) la objeción a la distinción entre verdad material y verdad procesal, con la consecuente negación de la existencia de verdad procesal, y ii) la admisión de distinción entre verdad material y verdad procesal, con el consecuente reconocimiento de la verdad procesal como aproximación a la verdad material.

i). LA OBJECCIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE VERDAD MATERIAL Y VERDAD PROCESAL: LA NEGACIÓN DE LA EXISTENCIA DE VERDAD PROCESAL

En la defensa de esta posición se encuentra el profesor Michele Taruffo (2009: 24-25), quien señala que la distinción entre verdad formal y verdad material es inaceptable porque es insostenible que la idea de verdad procesal (o judicial) sea completamente “distinta” y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que sea determinada *en el proceso* por medio de las pruebas y por exigencia de las reglas jurídicas. En efecto, que sea determinada en el proceso y que tenga límites de distinta naturaleza a lo mucho podría excluir la posibilidad de obtener verdades absolutas, mas no la existencia de verdades distintas. Se podrá decir, según el autor citado, “que la ‘verdad del proceso’ tiene algunas peculiaridades relevantes que derivan de su situación conceptual dentro de un contexto específico y jurídicamente determinado, pero estas peculiaridades no bastan para fundamentar un concepto autónomo de ‘verdad formal’” (2009: 25).

En esa línea, Jordi Ferrer (2005: 22 y 62) advierte que a partir de la asunción de “verdad jurídica” (verdad formal) como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y la declaración de los hechos probados como fuerza constitutiva advendría una decisión incontrolable racionalmente.

ii). LA ADMISIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE VERDAD MATERIAL Y VERDAD PROCESAL, LA VERDAD PROCESAL COMO APROXIMACIÓN A LA VERDAD MATERIAL.

Para Luigi Ferrajoli, la verdad en el proceso conforme a un modelo ilustrado de la perfecta correspondencia “(...) es una idea lógica viciada de realismo metafísico; pero, se puede salvaguardar su valor teórico (y político), si - y solo si- como un modelo límite, nunca plenamente conseguible sino solamente aproximable” (Ferrajoli, 1995:

46). En tal sentido, el autor citado, plantea una concepción semántica de la verdad procesal aproximativa al modelo ideal de “correspondencia”, señalando que “las razones que hacen de la verdad procesal una verdad inevitablemente aproximativa respecto del modelo ideal de la correspondencia son en parte comunes y en parte distintas de las que hacen aproximativa de las teorías científicas” (Ferrajoli, 1995: 51).

La primera de las razones, se basa en el límite de *la inducción fáctica y la verdad probabilística de la conclusión*, ligada a la naturaleza de las referencias empíricas tanto de las proposiciones fácticas como de las proposiciones jurídicas, ambas siendo tesis empíricas de forma existencial o singular poseen el límite de no ser susceptibles de una verificación experimental directa. La segunda razón se encuentra en el límite de *la deducción jurídica y la verdad opinable de las premisas*, que consiste en que la verificación jurídica es el resultado de una inferencia (deductiva), cuya conclusión es analíticamente verdadera respecto de las premisas, pero tan opinable como estas últimas. La tercera razón está basada en *la subjetividad específica del conocimiento judicial*, en cuanto el juez “por más que se esfuerce por ser objetivo siempre está condicionado por las circunstancias ambientales en la que actúa, por sus sentimientos, inclinaciones, sus emociones, sus valores ético- políticos”, siendo este límite no solo exclusivo de la investigación judicial.

Finalmente, el cuarto factor se basa en el *método legal de la comprobación procesal*, que reside en las condiciones que establecen las reglas y procedimientos para que la “convalidación” o comprobación judicial de las verdades adquiridas en el proceso sean predicables jurisdiccionalmente (Ferrajoli, 1995: 51- 60). De los cuatro límites, los tres primeros son también comunes al conocimiento científico e histórico mientras que el cuarto es propio del ámbito judicial. Estos límites, indica el profesor

Ferrajoli, “aunque convierten en *aproximativa* a la verdad procesal, no le confieren un estatuto semántico distinto de la verdad general” (1995: 62).

La posición sostenida por Michele Taruffo y Jordi Ferrer, y la posición de Luigi Ferrajoli no se distan sustancialmente⁴. Si bien los Taruffo y Ferrer se oponen a la distinción entre verdad procesal y verdad material en el proceso, esta oposición es por la tergiversación que ha acarreado en la doctrina procesal tradicional; esto es, en cuanto la separación (y distinción) entre verdad material y verdad procesal ha provocado que cierto sector doctrinario relegue la imprescindible función de la prueba: la *epistemológica*. La tesis de Jordi Ferrer respecto a la verdad como objetivo institucional del proceso (y del Derecho) y la tesis de la búsqueda de la verdad en el proceso de Michele Taruffo no es aquella tesis de la búsqueda de una verdad absoluta, sino que también es de carácter aproximativo, que comulga con el respeto de otros derechos y garantías en el proceso.

En nuestra opinión, la finalidad del proceso es el establecimiento de la verdad (procesal), finalidad que no debe facultar al juez averiguación discrecional de la verdad. Esto en coherencia con un Estado constitucional que permita a las partes del proceso la controlabilidad de las decisiones judiciales en materia probatoria.

El estar de acuerdo que en el proceso se debe hallar la verdad procesal no hemos de referirnos a otro tipo de verdad (distinta lo ocurrido en la real) o “con humilde conformidad de ‘verdad procesal’” como señalan otros autores (como es el caso de Montero Aroca), sino respecto a los enunciados fácticos y con los medios probatorios introducidos por las partes al proceso. Consideramos que podemos denominarlo de

⁴ Esto en relación a la *aproximación* a la verdad en el proceso- aproximación a la correspondencia de los enunciados fácticos en el proceso con los hechos acaecidos en la realidad, más no necesariamente a la teoría del derecho (en cuanto a las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos) que pudieran sostener cada uno de los autores.

“verdad procesal”, como Luigi Ferrajoli señala, o “simplemente verdad”; pero se trata de una verdad obtenida en el proceso con el respeto a las garantías de las partes y la aplicación de reglas establecidas para el desarrollo del proceso.

2.2.2.3.- EL CONOCIMIENTO DE LOS HECHOS EN EL PROCESO

En el marco de la epistemología general se da la existencia de una tesis objetivista que entiende que los hechos son plenamente objetivos (González D., 2005: 24-25). Así, según esta tesis, se “entiende que la objetividad del conocimiento radica en su correspondencia o adecuación a un mundo independiente, y al concebir además el conocimiento como un proceso guiado por reglas más o menos seguras confía en la obtención de certeza absoluta” (Gascón, 2004: 301-302). Se trata de la *falacia objetivista*, concepción que, como señala Daniel González Lagier (2005: 25-26), puede precisarse por medio de dos tesis: 1) *tesis de la objetividad ontológica*, según el cual, el mundo es independiente de sus observadores; y, 2) *tesis de la objetividad epistemológica*, según en el cual por medio de los sentidos normalmente tenemos un acceso a esa realidad. Esta concepción (objetivista) extrema, se encuentra vinculada a una concepción de la prueba que entiende que los “procedimientos probatorios proporcionan un resultado incontrovertible” (Gascón, 2004: 302), y que puede manifestarse tanto en un modelo probatorio que supone el establecimiento de reglas de valoración que indican al juez cuándo debe considerarse un hecho como probado (como en el sistema legal de la prueba) como en un modelo de libre convicción, independiente de los medios probatorios, o su “ponderación” discrecional e indiscutible (Gascón, 2004: 302).

La concepción objetivista, señala Daniel González Lagier, observando desde la posición de un cognocitivismo crítico, no toma en cuenta la distinción que existe entre hechos externos, hechos percibidos y hechos interpretados (2005: 26 ss.). Esta

distinción es imprescindible tener en cuenta con la finalidad de “someter a los hechos a un riguroso análisis para determinar en qué medida son independientes y en qué medida construcciones del observador, así como, en qué casos podemos conocerlos con objetividad” (González D., 2005: 38). Los hechos externos son objetivos en el sentido ontológico ya que la existencia de dichos hechos no depende del observador; en cambio, los hechos percibidos y hechos interpretados son epistemológicamente subjetivos, toda vez que los primeros son relativos a una determinada capacidad sensorial y los últimos son relativos al “trasfondo”; es decir, “la subjetividad que afecta a la interpretación de los hechos es relativa a un grupo social e incluso a un individuo” (González D., 2005: 40). Por ello, de dicha diferencia se puede argüir que los denominados hechos percibidos e interpretados también forman parte de la operación constructiva de los enunciados fácticos, toda vez que la formulación de un enunciado fáctico es formulada por alguien “en una situación concreta y, generalmente con una finalidad específica” (Taruffo, 2003: 18). Por esta razón, la operación constructiva, como señala Michele Taruffo, es una actividad compleja que puede conllevar diversas y complicadas operaciones tales como la construcción selectiva, semántica, cultural y social, de las cuales el enunciado fáctico solo es el resultado final⁵.

En tal contexto, la categoría de la construcción semántica de los enunciados fácticos; consiste en que, entre la variedad de lenguajes posibles y entre la pluralidad de su uso, *la formulación de un enunciado fáctico conlleva elecciones precisas para expresar el significado del enunciado*. Tal es el caso del *uso de términos descriptivos* y *el uso de términos valorativos*, donde el significado del enunciado varía *dependiendo de si se expresa descripciones o valoraciones de un mismo hecho*. Por su parte, la

⁵ Como el mismo profesor señala, que ello no implica que no pueda hablar de la verdad o falsedad. (Taruffo, 2003: 16)

construcción cultural del enunciado fáctico implica el uso de categorías de interpretación de la realidad influidos por aspectos éticos, políticos, consuetudinarios o religiosos en función de sus significados culturales; mientras que la construcción social del enunciado fáctico, en que la existencia o determinación de los hechos en función de hechos (Taruffo, 2003: 20 y 21).

Además, tal categoría de la construcción semántica de los enunciados fácticos, en el proceso, el “conocimiento de los hechos” es limitada. La limitación, imperfección o relatividad del conocimiento de los hechos se debe básicamente, como señala Marina Gascón, a dos tipos de razones: institucionales y epistemológicas. Las primeras, en cuanto a la actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se encuentra desarrollada a través de un sistema de reglas y cause institucionales. En tal sentido, la prueba en el proceso judicial se encuentra delimitada por el derecho probatorio, que, como señala Muñoz Sabaté (2009: 32), “abarca todo el conjunto normativo que regula la prueba de los hechos en el proceso”.

En ese contexto, la institucionalización jurídica del conocimiento de los hechos y el contexto de la decisión probatoria en proceso civil posee, también, particularidades específicas. Si bien la relevancia de los hechos se encuentra determinada en función de las consecuencias que les pueden ser atribuidas a determinados hechos, estos son específicos en el proceso civil, en el sentido que se introducen “sobre la base de opciones y particulares de determinados sujetos”, es decir, solo se incorporan y “asumen la relevancia de los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez determinar el objeto del proceso” (Taruffo, 2003: 23 ss.).

Observada la complejidad del conocimiento de los hechos para la resolución del conflicto de intersubjetivo de intereses conforme a la “verdad” como correspondencia en un sentido “objetivista”, además de la relatividad en el conocimiento de los hechos y, al mismo tiempo, la relevancia de ellos para una adecuada decisión judicial, en el ámbito procesal, como en diferentes áreas destinadas a la “investigación”, no se puede expresar los resultados en términos de certezas absolutas; más bien solo se puede expresar los resultados en términos de probabilidad. Sin embargo, tal situación “no impide que se pueda predicar la verdad o falsedad del enunciado fáctico, y que por lo tanto, pueda ser objeto de prueba en el proceso” (Taruffo, 2003: 22-23). Tal probabilidad (o el enunciado “*está probado que p*”) se encontraría basada en la máxima relación de correspondencia (conexión) entre la afirmación y los hechos acaecidos en la realidad, donde el *grado de probabilidad suministrará un buen criterio* para la justificación de un enunciado fáctico que se acepta como verdadero (Gascón, 2009: 18 ss.).

Por tanto, en este complejo tema del conocimiento de los hechos en el proceso, somos de la opinión, siguiendo la postura de Jordi Ferrer Beltrán y Daniel Gonzáles Lagier, de que no debe tomarse una postura escéptica radical (los hechos solo como “construcciones del observador”). En el proceso, de acuerdo a criterios racionales en la actividad probatoria como parte de una función heurística y justificadora en un Estado constitucional, debe tenerse un interés epistemológico como garantía del derecho a la prueba, basada en un “objetivismo crítico”. Al mismo tiempo, se debe tomar en cuenta, también, que la “verdad” en el proceso (civil) solo se puede obtener en un modo *aproximativo*, esto es, de los enunciados fácticos y los medios probatorios introducidos por las partes, garantizándose el respeto del derecho de acción, “debido proceso” y “tutela jurisdiccional” de las partes. Es así que desde el punto de una

concepción semántica de la verdad procesal como aproximación a la correspondencia de los hechos (distándonos un tanto de la posición adoptada por Jordi Ferrer Beltrán), en un proceso, solo se puede llegar a una verdad formal⁶.

⁶ La concepción ambivalente entre verdad formal y material, que la doctrina tradicional ha tratado, se desarrollará en un apartado propio, no obstante, se ha visto por conveniente hacer referencia, preliminarmente, la posición que se hace defensa, con el objeto de desarrollar mejor los lineamientos que se defiende en la presente tesis, de conformidad a los objetivos planteados en el proyecto.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

La metodología de la presente investigación es cualitativa.

Los métodos que se utilizan son el descriptivo-positivo, el teórico-dogmático y el prescriptivo-normativo, los cuales nos permiten conocer de manera estructural los problemas jurídicos, y realizar un análisis crítico de los aportes de la doctrina nacional y extranjera, así como de las fuentes normativas directas.

3.1. UBICACIÓN GEOGRÁFICA DEL ESTUDIO

La presente investigación por tener una metodología cualitativa y siendo los métodos analítico y teórico, no tiene localización exacta, toda vez que, se analizará postulados teóricos respecto a la aplicación de la prueba de oficio y se recurrirá a la teoría del derecho y a planteamientos de epistemología jurídica para el análisis del tema referido; sin embargo, es necesario tomar en cuenta que al ser uno de los métodos el dogmático y al analizarse la regulación del CPC peruano, respecto a la aplicación de la prueba de oficio, (ámbito desde donde se plantea el problema) puede considerarse como localización del proyecto desde la correspondiente legislación analizada.

3.2. PERIODO DE DURACIÓN DEL ESTUDIO

Un año y once meses.

3.3. PROCEDENCIA DEL MATERIAL UTILIZADO

La procedencia de la bibliografía utilizada corresponde a ediciones de Argentina, Brasil, Colombia, España, Italia y Perú.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación, sustentamos la discusión y resultados del trabajo; los mismos constan en tres capítulos.

CAPÍTULO I: ANÁLISIS CRÍTICO A LOS PLANTEAMIENTOS SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL DISPOSITIVISMO, PUBLICISMO Y NEOPROCESALISMO

1.1. LOS SILENCIOS DEL PUBLICISMO (“FUERTE Y MODERADO”) FRENTE A LA “CONVICCIÓN” DEL JUEZ EN LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO

1.1.1. PUBLICISMO PROCESAL EN SENTIDO FUERTE

Identificado las posiciones respecto a la prueba en el proceso en general y respecto a la prueba de oficio en particular de los autores Devis Echandía, Jairo Parra Quijano, Jorge W. Peyrano, quienes representan el sector del publicismo procesal (en sentido fuerte), corresponde realizar análisis críticos a la justificación que dan, cada uno de ellos, en defensa aplicación de la prueba de oficio en el proceso (civil).

Cabe advertir al respecto que Devis Echandía, al sustentar el interés público del resultado del proceso, esto es, que sea justo y legal, incurre en una incoherencia cuando sostiene que “el Estado debe dotar al juez de poderes para investigar la verdad de los hechos” y, simultáneamente, identificar la finalidad de la prueba como el solo convencimiento del juez. En otras palabras, el autor obvia la relación que existe entre finalidad de la actividad probatoria y la finalidad del proceso (hallándose, en este planteamiento, la dicotomía entre ambas finalidades). En efecto, el enfoque epistemológico de “lograr la verdad” en el proceso, como supuesto “interés público”, se encontraría rezagado por el convencimiento del juzgador.

Asimismo, siendo un planteamiento publicista, tampoco guarda reparo respecto a la exacerbada discrecionalidad de que la decisión probatoria solo recaiga al convencimiento del juzgador. Por ello, tal postura dista bastante para sustentar cualquier postulado que posea fundamento para garantizar el derecho fundamental de la seguridad jurídica en el proceso.

Respecto al planteamiento de Jairo Parra Quijano, los argumentos de mencionado autor se encuentran en defensa de la intervención del juez con el uso del poder probatorio de la prueba de oficio para averiguar la verdad con la finalidad de una sentencia justa. Asimismo, aunque cataloga de irracionalistas las tesis que defienden la idea de que en el proceso no se puede llegar a la verdad, se puede advertir que el autor, dentro de la misma justificación para la iniciativa probatoria del juez, identifica como un presupuesto la insuficiencia probatoria, pero entendida esta como la “necesidad psicológica del juez” (Parra, 2004: 15). Así, la aplicación de la prueba de oficio serviría para saciar tal necesidad; en otros términos, el sustento de la aplicación de la prueba de oficio estaría basado en un *estado de subjetividad del ser humano*. Siendo así, no obstante, sería incontrolable el uso de tal poder probatorio.

En ese contexto, los sustentos del citado autor, para la actuación de la aplicación de la prueba de oficio solo se basa en una decisión subjetiva –y, por ende, unilateral– que no encuentra sustento en el respeto del derecho del contradictorio, entendiéndose esta institución como un *elemento esencial* en la actuación de la prueba de oficio, que implique “el compromiso del juez [de] promocionar y fomentar el debate previo entre las partes, como paso previo a la utilización de tal poder” (Alfaro, 2016: 85-86).

Por otro lado, en cuanto al sustento de una “lectura de la Constitución” en defensa de un juez activista en el proceso, Jorge W. Peyrano señala que la doctrina

activista posibilita “instrumentos que valora muy especialmente las circunstancias del caso (o sea el ajuste de la decisión a las particularidades)” (2009: 13-14).

Frente a esta posición, debemos advertir que el activismo judicial no solo comprende a una determinada ideología política, sino que puede identificarse en distintas ideologías según la finalidad que persigan con el activismo del intervencionismo del Estado (juez) en la resolución del conflicto intersubjetivo. Como identifica José Eduardo da Fonseca Costa, el activismo puede manifestarse en: (1) un activismo socialista, (2) un activismo fascista y (3) un el activismo “social- liberal” basado en un “gerencialismo procesal” (Costa, 2013). La posición de Jorge W. Peyrano, para justificar el activismo judicial, se encontraría sustentada bajo el activismo socialista y, a la vez, bajo el activismo gerencialista: el primero por cuanto la resolución del conflicto se con el objeto de “justicia”; el segundo por cuanto “el magistrado se convierte en un ‘regulador’, que no espera más soluciones legislativas milagrosas, asume la responsabilidad [*accountability*] por la buena gestión de los procesos e interviene *extra legem*” (Costa, 2013).

En ese contexto, de la posición planteada por Jorge W. Peyrano debemos advertir que el autor prescinde de la importancia de la seguridad jurídica, entendida como aquel principio que garantiza el respecto de la acción individual (Ávila, 2012: 567-568) en las decisiones judiciales, en el marco de un debido proceso. Este activismo judicial para la toma de decisiones según las particularidades del caso, aplicado a la actividad probatoria –y, en concreto, para la actuación de la prueba de oficio en el proceso– devendría en un “procedimiento” no adecuado al respecto de la seguridad jurídica de las partes en el proceso; toda vez que, al no estar objetivado la aplicación de la prueba de oficio –sino, por el contrario, al estar conferidos para tal ejercicio en la esfera de decisión del juez apenas según las particularidades del caso– daría apertura

a que juzgador se convierta en legislador interviniendo con la actuación de la prueba de oficio *extra legem*.

1.1.2. PUBLICISMO PROCESAL EN SENTIDO MODERADO

Respecto a la forma moderada del “publicismo”, se debe destacar que tanto los planteamientos de Joan Picó i Junoy y Michele Taruffo sobre la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil poseen mayor argumento con sustento al respeto del derecho de prueba de las partes en el proceso; no obstante, estos planteamientos tampoco advierten la relación entre valoración de la prueba y actuación de la prueba de oficio.

Joan Picó i Junoy resalta que la actuación de la prueba de oficio debe realizarse bajo una serie de límites, tales como circunscribirse a los *hechos controvertidos o discutidos por las partes*, a las *fuentes de prueba* que consten en el proceso anteriormente a la actuación de la prueba de oficio y el *contradictorio*⁷. Estos límites, desde nuestro punto de vista, concordando con el autor, consideramos indispensables para coadyuvar a la limitación del ejercicio de poder y al respeto del derecho a la prueba que disponen las partes en el proceso. Pero, ¿es que tales límites realmente limitan el ejercicio de poder sobre el sujeto, cuando la decisión para la actuación de la prueba de oficio se encuentra sometida a la “convicción” del juzgador? Se trata de una interrogante a la que el autor, en sus trabajos desarrollados, no responde; máxime que para él la prueba *supone lograr el convencimiento del juez acerca de lo discutido en el proceso*.

En tal contexto, en el publicismo clasificado para nosotros en el sentido moderado, se evidencia, también, la dicotomía entre la finalidad heurística con otra

⁷ Límites, que en nuestra legislación (en su última modificatoria- Ley N° 30293) han sido tomadas en cuenta.

finalidad basada en términos de creencia, seguida del silencio respecto a la relación entre valoración de la prueba y actuación de la prueba de oficio.

Por otro lado, la crítica que realiza Joan Picó i Junoy a las posturas dispositivistas basadas como en el interés privado discutido en el proceso civil, es, a nuestro juicio, una crítica no muy profunda; toda vez que solo hace referencia a que se trataría de una concepción privatista y que se encontraría “desde hace tiempo superadas, en favor de una función ‘publicista’”. De ello se evidencia, nuevamente, que la discusión entre el publicismo y dispositivismo se ha visto envuelta en una discusión de “ideologías” que tampoco ha tomado en cuenta la relación que tiene la finalidad del proceso con el enfoque ideológico-político y –sobre todo– el epistemológico en el que determinado sistema procesal como parte de un sistema de orden debiera adoptar.

Finalmente, respecto a los sustentos planteados por Michele Taruffo se debe destacar que el autor realiza un análisis de la dimensión epistémica del proceso (*modelo epistemológico del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas*), sustentando que en el proceso es posible la determinación de la verdad de los hechos. En tal sentido, la actuación de la prueba de oficio en el marco del otorgamiento de poderes instrucción y descubrimiento de la verdad hallarían justificación para el cumplimiento de tal función epistémica (Taruffo, 2012: 159 ss.).

A diferencia de los autores que forman parte de posición publicista en sentido fuerte, y en la línea de la postura adoptada por Joan Picó Junoy, Michele Taruffo indica que el ejercicio de poder por parte del juez debe estar sometida a controles adecuados con el fin de garantizar los derechos de las partes. En el contexto del control adecuado del ejercicio de poder por parte del juez, el citado autor, resalta el principio del contradictorio. Este principio no es entendido en sentido restrictivo, sino en sentido

amplio, esto es, como una *técnica de control racional*⁸, no entendida solo como un contradictorio entre partes, sino, también, respecto a la actividad de iniciativa probatoria del juez, ello *con el fin de maximizar la obtención de los datos probatorios para la decisión*.

Michele Taruffo, en defensa de un proceso basado en *un modelo epistemológico del conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas*, a diferencia de los autores identificados en el publicismo en sentido fuerte como en el sentido moderado, frente al “principio de libre valoración” advierte que “sus versiones extremas conduce[n] a concepciones irracionales de la valoración de la prueba y del juicio sobre los hechos, según las cuales no existirían estándares identificables para la valoración de la prueba” (Taruffo, 2008:137). No obstante, respecto a la valoración probatoria que implicaría la determinación de insuficiencia probatoria para la posterior actuación de la prueba de oficio, al igual que los autores que preceden en este análisis crítico, tampoco es desarrollado por Michele Taruffo. Se evidencia, entonces, una vez más, el silencio del publicismo (en sentido moderado).

1.2. LOS VACÍOS DEL DISPOSITIVISMO FRENTE A LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LOS SILENCIOS EN SU CRÍTICA A LA PRUEBA DE OFICIO.

El sector doctrinario del positivismo procesal ha acogido una concepción libertaria del proceso civil y denunciado el carácter autoritario de los ordenamientos procesales⁹, y, en ese sentido, se ha opuesto a cualquier fundamento publicista que defienda la iniciativa probatoria. Tal iniciativa, según sus autores, quebrantaría la

⁸ Esto es, una técnica que permitiría a las partes el control respecto a la “relevância e da admissibilidade das provas cuja produção o juiz determina de ofício; ainda que essas possam requerer provas contrárias ou diferentes daquelas determinadas pelo juiz; finalmente que tenham possibilidade de discutir o êxito e a eficácia dessas provas” (Taruffo, 2012: 206).

⁹ Al respecto, véase: (Montero, 2006: 129-165) y (Alvarado, 2009: 93-130).

calidad de tercero del juez (*imparcialidad*) y vulneraría los derechos de las partes en el proceso que la Constitución reconoce. Empero, ha prescindido de prestar total atención en el poder que el juez tiene respecto a la valoración de la prueba.

La discusión entre el dispositivismo y publicismo ha oscilado solamente respecto a la denuncia de ideología autoritaria que el primero ha atribuido al segundo y la ideología individualista que el segundo ha atribuido al primero. Y el sector doctrinario del “garantismo” procesal ha armado sus fundamentos críticos contra el “activismo” fundamentalmente a partir del contexto histórico que este habría surgido¹⁰.

Asimismo, como puede advertirse *ut supra*, desde la posición de Juan Montero Aroca no se constata que haya identificado algún tipo de relación entre la valoración de la prueba y la prueba de oficio; por el contrario, se advierten diversas aporías.

Según Montero, el proceso debe garantizar la imparcialidad del juzgador y denuncia la regulación de leyes procesales autoritarias, pero deja a la misma normatividad la valoración de la prueba, ya que el modelo propugnado sería aquel que “la ley disponga”; esto es, “conforme a un modo reglado – certeza objetiva, o conforme a las reglas de la sana crítica”. No obstante, si la normatividad de determinado ordenamiento procesal dispondría la valoración conforme a las reglas de la sana crítica, la “certeza” del juez derivaría conforme al “convencimiento psicológico del mismo juez” - “certeza subjetiva” (Montero Aroca, 2004: 282); pero, a la vez, no como decisión “en conciencia” (Montero Aroca, 2004: 282). En este contexto, preguntamos: ¿cómo podría entonces controlarse una decisión en materia de hechos que sea conforme al “convencimiento psicológico del mismo juez” –o “certeza subjetiva”,

¹⁰ Véase: (Montero, 2006: 129-165); (Alvarado, 2009: 93-130); (Monteleone, 2006: 173-197) y (Barbosa, 2006).

como también denomina el autor– que no involucre una decisión en conciencia? ¿Podría controlarse esa esfera psicológica del juzgador? La adopción de una concepción de “certeza subjetiva”, en caso de que determinada legislación permita la sana crítica, ¿garantizaría la imparcialidad del juzgador? Es precisamente la imparcialidad, que tanto el “garantismo procesal” se atribuye su defensa, lo que se debilita si es que se deja vacía la relación entre valoración de la prueba y la actuación de la prueba de oficio.

Respecto a la posición crítica frente a la prueba de oficio adoptada por Adolfo Alvarado Velloso, tampoco se advierte que su crítica esté dirigida al “convencimiento” del juzgador para que este decida en materia probatoria. Pese que considera a la imparcialidad del juzgador como principio del proceso, admite que el juicio de hecho sea conforme a la convicción del juez¹¹. En efecto, el autor señala que el juez “en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra”, para respetar su calidad de imparcial, no puede asumir la incumbencia probatoria (2006: 240).

De lo expuesto, respecto a la posición del dispositivismo procesal podemos rescatar que esta doctrina tradicional ha hecho frente al publicismo a partir de una crítica al ejercicio del poder estatal en el proceso respecto a la actuación de la prueba de oficio; no obstante, ese análisis crítico queda reducido solo a un tema “ideológico” que ha conllevado a aporías en su posición. Defienden, pues, un proceso democrático y republicano, pero, a la misma vez, respaldan un estado subjetivo del juzgador como modelo de valoración de la prueba y condicionando, a fin de cuentas, la finalidad del

¹¹ “en el supuesto de no lograr convicción acerca de una de las versiones por sobre la otra”

proceso a un criterio de consciencia. De esta manera, se termina por desviar el debate del verdadero problema: el *análisis de la actividad probatoria en su conjunto*.

Finalmente, debe advertirse que las acepciones que los autores adoptan la posición de la convicción del juzgador como finalidad de la prueba es indistinto a la adhesión de estos frente al publicismo o dispositivismo procesales. En efecto, se evidencia dentro de la doctrina del publicismo procesal una dicotomía: por un lado, defienden la atribución de mayores facultades (poderes) al juzgador en pro de la búsqueda de la verdad con la finalidad de una decisión justa; por otro, manifiestan que la finalidad de la prueba en el proceso es la “convicción” del juzgador.

Asimismo, tanto autores que postulan lineamientos publicistas como los autores de tendencia dispoitivistista, respecto a la valoración de la prueba, han clasificado los sistemas de valoración entre el sistema de libre valoración y el sistema de tarifa legal (o prueba legal) realizando solo una metodología explicativa de cada una de ellas, mas no relacionándolos con la actividad probatoria general en el proceso ni mucho menos con la postura que adoptan frente al tema de la aplicación de la prueba de oficio en particular.

Con dicha evidencia sería un error clasificar la exclusividad de la doctrina dispoitivistista en la postura del objetivo persuasivo de la prueba en el proceso, puesto que parte de la doctrina publicista participaría también de esa posición. Respecto de la doctrina dispoitivistista (y, específicamente, la autodenominada “garantista”) se puede evidenciar que no advirtieron la decisión arbitraria del juez en cuanto a la valoración probatoria, mucho menos en aquellos casos en donde esta se encuentra relacionada con la actuación de la prueba de oficio.

En ese contexto, la doctrina procesal tradicional, a lo largo de los trabajos producidos, tanto desde la referencia a los sistemas de valoración como desde la postura de la finalidad de la prueba, solo ha realizado una mera referencia a los sistemas de valoración sin detenerse en el análisis del tema de la convicción del juzgador, “se limitan solo a definir las como ‘leyes de la lógica, de la experiencia y de la psicología común’, sin explicar a qué leyes se están refiriendo” (Bonorino, 2009: 121-122). Tal situación se ha dado debido a que la “libre convicción” fue acríticamente entendida como criterio de valoración sustitutivo de las pruebas legales, convirtiéndose así, en la práctica, en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces (Ferrajoli, 1995: 139). Ello también ha ocurrido debido a que la doctrina procesal tradicional ha relegado la importancia de los hechos en el proceso: el estudio e importancia en la teoría del proceso solo ha recaído a problemas “normativos”, en donde la preocupación solo radicaba respecto a la aplicación del derecho y no en la “plataforma fáctica” (Álvarez, 2007: 22) que encierra el derecho (y también el proceso), como si el objeto del derecho fuera apenas solo la normatividad; esto es, *como si los problemas fundamentales de la teoría fueran casi exclusivamente los planteados por las normas y sistemas normativos- falacia normativista*. (González Lagier, 2003: 17).

A pesar de que “la prueba se desenvuelve alrededor de la cuestión de los hechos que encierra el proceso” (Álvarez, 2007: 22), la doctrina procesal (tradicional) ha construido una teoría de la prueba a partir de normas, preocupándose fundamentalmente por reglas que regulan la actividad probatoria, como si la tarea del juez solo fuera conocer normas y dictar el derecho (González Lagier. , 2005: 12). Como señala Ibáñez (2015: 255). “la decisión en materia de hechos ha sido durante mucho tiempo un auténtico territorio inexplorado para la cultura procesal dominante”,

puesto que “aquella no existe, no ya como problema, sino siquiera como cuestión objeto de estudio”. Esta situación ha provocado que todo un conjunto de problemas alrededor de los hechos en el proceso haya recibido un tratamiento superficial, generándose, en el ámbito de la legislación, regulaciones incoherentes respecto al derecho de la prueba.

Por tanto, en nuestra opinión, la discusión de la aplicación de la prueba de oficio no es (ni debe ser) solo una discusión entre publicismo o positivismo, sino, considerándose que el *tema de la prueba un subsistema dentro del sistema de la tutela jurisdiccional*, debiera halla su punto de análisis en el equilibrio entre garantías y eficacia, entre práctica de libertad y controlabilidad del ejercicio de poder.

Antes de pasar a explorar más esta idea, es necesario tejer algunas consideraciones críticas a la propuesta sobre la prueba de oficio del así llamado “neoprocesalismo”.

1.3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PLANTEAMIENTO NEOPROCESALISTA

En este apartado de la presente investigación realizaremos un análisis crítico a los planteamientos del “neoprocesalismo” sustentados, como hemos visto hace poco, por el profesor Roberto González Álvarez. No obstante, con este análisis crítico no se pretende realizar una crítica a tal teoría individual del proceso, sino estrictamente en cuanto a su planteamiento de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil. La razón consiste esencialmente en que el denominado “neoprocesalismo”, en cuanto al planteamiento de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso (civil), pretende superar los planteamientos de las doctrinas tradicionales anteriormente analizadas.

En ese contexto, para evidenciar los vacíos y las dicotomías de mencionada teoría individual del proceso, que pretende la consideración de ponderación/proporcionalidad en la aplicación de la prueba de oficio, se debe tomar en cuenta la distinción entre reglas y principios. Analizar el tema de los principios es, pues, un tema de no fácil categorización, toda vez que, para ello, se requiere tomar en cuenta una concepción determinada sobre principios en el marco de la teoría del derecho; más aún, cuando se da la existencia de diferentes enfoques en la distinción entre reglas y principios. Por tanto, es indispensable la comprensión de los principios como paso previo al análisis de la ponderación, ya que, *no es posible hablar de ponderación sin comprender el objeto sobre el cual recaería*, esto es, los principios.

1.3.1. LOS PRINCIPIOS

La discusión acerca de los principios se da inicio con la discusión entre Ronald Dworkin y H.L.A. Hart (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 1). Antes de los planteamientos de mencionados autores, la doctrina tradicional relativa a los principios (generales) del derecho se había limitado solo “a contrastar la fuerza normativa de los principios, sugiriendo a lo sumo diferentes funciones como la orientadora o interpretativa, o la integración en caso de laguna” (Prieto, 2013: 23-24). Con el debate iniciado, en los últimos años en la teoría del derecho acerca de los principios, como señala Luis Prieto Sanchís, se abre un nuevo enfoque en donde el problema reside en determinar si entre reglas y principios existe una diferencia lógica o cualitativa o radical, o, por el contrario, una distinción solamente de grado o a una cierta clase de normas o a un cierto modelo de argumentación (Prieto, 2013: 27).

En tal contexto, la acepción de “principios” en la teoría del derecho es multívoca. Los principios pueden ser entendidos en diversos sentidos, como “norma

pragmática o directriz”, o como “norma que expresa a los valores superiores de un ordenamiento jurídico” (Atienza y Ruiz Manero, 1996: 4).

Para fines de identificar las acepciones sobre principios y la distinción que poseen estos con las reglas tomaremos la clasificación, en el cual, se identifica *distinciones débiles y distinciones fuertes*.

Dentro de las distinciones débiles entre reglas y principios se encuentran, como señala Humberto Ávila, las distinciones que realizan Esser y Larenz. Para el primero, los principios son “aquellas normas que establecen fundamentos para encontrar un determinado comportamiento”, en tanto que la diferencia entre los principios y las reglas solo sería una distinción cualitativa: la función de fundamento normativo para la toma de decisión (Ávila, 2005: 27). Para segundo, los principios son “normas de gran relevancia para el ordenamiento jurídico, en la medida en que establecen fundamentos normativos para la interpretación y aplicación del derecho” (Ávila, 2005: 27). En tal sentido, en esta clasificación, lo que caracterizaría a los principios es la *función de fundamento normativo para la toma de decisión*” cumpliendo así un carácter directivo de una *regulación jurídica*.

Por otro lado, en las distinciones fuertes, entre ambos tipos de normas, se encuentran las distinciones que realizan Ronald Dworkin y Robert Alexy.

Para Dworkin, las reglas y principios se diferencian en que,

las reglas son aplicables a la manera de todo – o – nada”; es decir, se aplican o no se aplican. En cambio, los principios tienen una dimensión que falta a las reglas: “la dimensión del peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno. (Dworkin, 1989: 77).

Para Alexy, por su parte, el “núcleo” de la distinción entre reglas y principios se sitúa en la forma en que exigen ser cumplidos, mientras los primeros exigen un cumplimiento pleno, los segundos exigen ser “optimizados”. Para el autor, los principios “son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado” (Alexy, 1993: 86) y que la medida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas (Alexy, 1993: 86). En el caso de la colisión de principios la solución no es la determinación inmediata de la prevalencia de un principio sobre otro. A diferencia del conflicto de reglas que se lleva a cabo en la dimensión de validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso (Alexy, 1993: 89), la que se establecería en función de la “ley de ponderación” (Alexy, 2010: 469 ss.). En conclusión, como señala Pedro Grández Castro (2016: 28), “Alexy defiende una conexión necesaria entre teoría de los principios y ponderación”.

1.3.2. PONDERACIÓN

La ponderación, señala Carlos Bernal Pulido, que reside como un elemento del principio proporcionalidad, es un concepto de procedencia germana (2010: 9). En otros términos, conforma el núcleo del examen de proporcionalidad, en donde la importancia del carácter de principio de los derechos fundamentales proviene de su conexión con tal principio (Alexy, 2010: 21).

En la acepción del profesor Robert Alexy (2010: 24-25), los derechos fundamentales tienen el carácter de principio; es decir, se concibe a los derechos fundamentales como principios y, a su vez, los principios son mandatos de optimización. Y cuando se producen conflictos entre derechos fundamentales-principios, deben resolverse en conformidad al principio de proporcionalidad. Este principio se encuentra compuesto por tres subprincipios: *el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad y la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en*

sentido estricto (Bernal, 2010: 9). Cada uno de estos subprincipios, como indica Carlos Bernal Pulido, expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir según cada uno de ellos.

Conforme al subprincipio de idoneidad, la intervención en los derechos fundamentales debe ser “adecuada” conforme a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”. Según el subprincipio de necesidad, la medida de intervención debe ser más benigna con el derecho fundamental intervenido. En tal sentido, de una comparación de la medida con los medios alternativos disponibles, debe analizarse (i) *la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo*; y, (ii) “*el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental*” (Bernal, 2010: 11). Estos dos subprincipios se refieren, entonces, “a la optimización en relación con las posibilidades fácticas” (Alexy, 2010: 459).

Y, finalmente, según el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación) los objetivos perseguidos con la intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido; es decir, la ventaja que se obtiene mediante dicha intervención debe compensar los sacrificios que ésta implica (Bernal, 2010:11). Se trata, entonces, según el autor, “de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y de la afectación del derecho fundamental” (2010: 11). En ese contexto, según Robert Alexy, “el mandato de ponderación se sigue [a diferencia del de idoneidad (adecuación) y necesidad] de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas (Alexy, 1993: 112).

En ese contexto, para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, estos subprincipios del principio de proporcionalidad deben concurrir copulativamente; caso contrario, “si una medida de intervención en los

derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional” (Bernal, 2010: 11).

1.3.2.1. CLASES DE PONDERACIÓN DESDE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA

Por otro lado, desde el análisis de la doctrina norteamericana y de las sentencias de la Corte Suprema Federal, el profesor Alexander Aleinikoff (2010: 28-29) identifica entre las clases de ponderación, la “ponderación definitoria” y la “ponderación ad hoc”, en el que señala como ejemplo de la primera el caso de *New York v. Ferver*, decisión en el que se sostuvo que la distribución pornográfica infantil no estaba protegida por la Primera Enmienda y puede ser aplicada en casos subsecuentes sin necesidad de una ponderación adicional. Y señala como ejemplo del segundo el caso de *Mathews v. Elridge*, en donde se sostuvo que el proceso exigido por la Constitución se determina contrapesando los intereses gubernamentales y particulares en juego en este caso en particular. Por tanto, evidencia que la metodología de la ponderación que determinada Corte elija puede influir en los resultados, toda vez que “algunos intereses pueden contar menos o más dependiendo de si son considerados globalmente o caso por caso” (Aleinikoff, 2010: 29).

1.4. ANÁLISIS CRÍTICO AL PLANTEAMIENTO NEOPROCESALISTA EN CUANTO LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO: CRÍTICA AL PLANTEAMIENTO DE “PROPORCIONALIDAD”, “CASO CONCRETO” Y “PONDERACIÓN” PARA LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.

Nuestra crítica al planteamiento neoprocesalista radica en lo siguiente: (1) la observación del vacío que se evidencia al demostrar indiferencia a un análisis de juicio de hecho (suficiencia probatoria) para la actuación de la prueba de oficio; (2) el falso

paralogismo de superación al publicismo; (3) la dicotomía entre determinación de la verdad en el proceso y ponderación; y (4) la inobservancia del respeto de la seguridad jurídica en el proceso.

1.4.1. LA INDIFERENCIA A UN ANÁLISIS DE JUICIO DE HECHO (SUFICIENCIA PROBATORIA) PARA LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO Y EL FALSO PARALOGISMO DE SUPERACIÓN AL PUBLICISMO.

Al igual que los planteamientos de las doctrinas tradicionales, el planteamiento del neoprocesalismo, en su sustento para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, no entra al análisis del juicio de hecho. Es decir, pese a que su planteamiento refiere que en el proceso civil se debe buscar la verdad, no profundiza en el análisis epistemológico ni tampoco localiza la relación entre valoración e/y (in)suficiencia probatoria para la actuación de la prueba de oficio. Así, deja la actuación o no de la prueba de oficio a la “ponderación de principios” por parte del juez.

En ese contexto, su planteamiento de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil se manifiesta en un determinado activismo judicial (no lejos de lo planteado por el publicismo procesal), diferenciándose de los planteamientos del publicismo procesal (en sentido fuerte y moderado) únicamente por el planteamiento de la aplicación principio de proporcionalidad. Por ello, consideramos que la abstracción de tal planteamiento, respecto a la supuesta superación del publicismo procesal, no es del todo certera.

El activismo judicial no se debe entender en el sentido de que se trata de una sola perspectiva político-ideológica, ni se encuadra exclusivamente en la doctrina tradicional del publicismo. Como advertimos *ut supra*, el activismo judicial puede

manifestarse en distintas *categorías político-ideológicas*, según la finalidad que se persiga en/con la resolución del conflicto intersubjetivo.

Como indica Eduardo José da Fonseca Costa, el activismo puede manifestarse en: 1) un activismo socialista, que trasladada al ámbito jurisdiccional el proceso civil no solo se preocupa por resolver el conflicto, sino “resolver el conflicto subyacente con justicia social”; 2) un activismo fascista, que en el ámbito jurisdiccional, la iniciativa probatoria “es promovida para simplemente reafirmar la autoridad incontestable del Estado”, esto es, “sin un objeto específico, esto es, no transformando subversivamente la realidad social a favor de los más necesitados, sino alimentando la libido dominandi del Estado” (Costa, 2013); 3) un activismo “social- liberal”; que en el ámbito jurisdiccional da lugar al llamado “gerencialismo procesal civil” donde,

[s]e desconfía del sistema adversarial paleoliberal del *common law*, pues su demora en el desenlace procesal es inaceptable para las demandas actuales de celeridad [*right delayed is right denied*]. El engaño y la astucia son vehementemente combatidos por el juez (que se basa en un sistema de represión de la litigación de mala fe construido sobre la responsabilidad objetiva del *improbis litigator*). El magistrado se convierte en un “regulador”, que no espera más soluciones legislativas milagrosas, asume la responsabilidad [*accountability*] por la buena gestión de los procesos e interviene *extra legem* (Costa, 2013).

En ese sentido, el planteamiento del neoprocesalismo en la actuación de la prueba de oficio se encuentra inserta en un tipo de activismo: el activismo del “gerencialismo procesal civil”, toda vez que el juzgador, aplicando el principio de ponderación, intervendría *extra legem* en el proceso; o sea, actuando como legislador, regularía el ejercicio de derechos fundamentales. La función del legislador de ponderar después de un estudio y debate para regular determinada manera el ejercicio de un derecho fundamental y perfilar de cierto modo sus fronteras e interrelaciones con otros

derechos fundamentales (García, 2007), a partir del planteamiento del neoprocesalismo, simplemente estarían otorgadas al juzgador.

En ese orden de ideas, el denominado “neoprocesalismo”, con la supuesta superación del publicismo procesal, propicia falsos paralogismos (esto es, falsas oposiciones). El planteamiento del publicismo en el proceso civil radica especialmente en la defensa de un activismo judicial, esto es, la defensa del otorgamiento de poderes probatorios al juzgador con el objeto de la determinación de la verdad de los hechos en proceso en aras de una decisión justa. Por su parte, el “neoprocesalismo” justifica la actuación de la prueba de oficio “por favorecer al proceso [y] a que en él se cumpla la justicia que está prometida por el Estado en la constitución, no sin antes aproximarse a la verdad” con el “ánimo de alcanzar la justicia”. Tanto el publicismo como el neoprocesalismo sustentan suposición en defensa del ejercicio del poder por parte del juez para la actuación de la prueba de oficio en el proceso basado en la determinación de “verdad” y “justicia”, aspectos morales que radicaría en la determinación discrecional del juzgador.

1.4.2. LA DICOTOMÍA ENTRE DETERMINACIÓN DE LA VERDAD EN EL PROCESO Y PONDERACIÓN

Lo que diferencia al planteamiento neoprocesalista del publicismo procesal es el sustento de que la injerencia del juzgador en el proceso civil con la actuación de la prueba de oficio debería disponerse de acuerdo al principio de proporcionalidad.

En este punto, entre los planteamientos del “neoprocesalismo”, de la aplicación del “principio de proporcionalidad” en la actuación de la prueba de oficio según “caso concreto” y la finalidad de “aproximación a la verdad”, posee una dicotomía; toda vez que si la posibilidad de la actuación de la prueba de oficio se encontraría entre “los contenidos del derecho de acción frente a los contenidos del derecho a la verdad y a

una resolución justa del conflicto” (González, 2015: 186), la decisión de su actuación sólo dependería de la esfera discrecional del juzgado según el “caso concreto”; es decir, su sustento inicial de la actuación de la prueba de oficio para la aproximación a la verdad, parece frente a la aplicación de la ponderación. Perseguir tal finalidad (aproximación a la verdad) dependería estrictamente de la ponderación del juzgador.

1.4.3. LA INOBSERVANCIA DEL RESPETO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL PROCESO.

Contra el problema de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil entre potestad judicial procesal y garantía de la jurisdicción, el planteamiento neoprocesalista ofrece la resolución con el principio de proporcionalidad como (una especie de) *estándar*¹². Según Roberto González Álvarez, se establecería la *directriz* de “hasta dónde esa potestad judicial se limita con el principio de acción” (2015: 176), pero esto no es más que la defensa de adicionar mayor discrecionalidad del juez en las decisiones probatorias. La aplicación del principio de proporcionalidad en la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, bajo el sustento de la aplicación de los subprincipios como la ponderación (o proporcionalidad propiamente dicha), no posee criterios objetivos que garantice la objetividad en la decisión de tal actuación oficiosa.

Por tanto, la aplicación de la ponderación en la actuación de la prueba de oficio según el “caso concreto” generaría una imprevisibilidad en las decisiones probatorias. Para casos similares en distritos judiciales distintos (o jueces distintos), bien se podría, en el marco de las facultades otorgadas al juzgador, actuarse la prueba de oficio en uno

¹² El término estándar y directriz es empleado, porque dentro del marco conceptual de la presente tesis se entiende, siguiendo las concepciones de los profesores Rodrigo Coloma y Marina Gascón, como aquella herramienta procesal que autoriza al juez el “margen” de error aceptable en las decisiones probatorias; y, en cuanto explícitamente el planteamiento “neoprocesalista” señala que: “[e]l principio de proporcionalidad opera *como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad de la decisión jurisdiccional*, cuando está atenta contra los derechos fundamentales en el proceso” (González, 2015:178).

de ellos, pero en el otro no; esto es, “las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad hoc”¹³, y “que tendería a magnificar la justicia del caso concreto, mientras correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho” (Bernal, 2010:16). En tal contexto, no se generaría otra cosa que arbitrariedad en las decisiones y vulneración de la seguridad jurídica en el proceso.

La seguridad jurídica, siguiendo la teoría planteada por el profesor Humberto Ávila, la entendemos como “un ideal normativo de primera magnitud” (Ávila, 2012: 565). Este ideal mayor se compone ideales parciales como la cognoscibilidad, la confiabilidad y la calculabilidad. La cognoscibilidad busca servir de instrumento de orientación; la confiabilidad se encuentra destinada a garantizar la estabilidad del derecho y de sus concreciones; y la calculabilidad favorece la continuidad del derecho (Ávila, 2012: 568). En ese sentido, está destinada a deshacer el engaño, la frustración, la sorpresa y la arbitrariedad, para así garantizar el respeto de la acción individual. El principio de la seguridad jurídica, se manifiesta como “la cara de la dignidad humana” (Ávila, 2012: 567-568).

En ese contexto, consideramos que el denominado neoprocesalismo no ofrece soluciones adecuadas para la actuación de la prueba de oficio acorde a los fundamentos de un Estado constitucional que tenga como pilar fundamental la defensa de la seguridad jurídica y el respeto de derechos fundamentales en el proceso. El derecho de acción de las partes no estaría seguro, debido a la facultad que le sería otorgada al juez de derrotar reglas (y también principios subyacentes a dichas reglas) que respalden tal derecho, apenas apelando a la ponderación. La decisión de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil, condicionada solo a la ponderación del juez, restringiría

¹³ BETHGE H., citado por (Bernal, 2010:16).

la posibilidad de una *controlabilidad jurídico-racional* como garantía de respeto de la acción del ciudadano en el proceso.

De hecho, no todos los cambios paradigmáticos son para bien: la aceptabilidad de estos puede traer consecuencias que prescindan de derechos y garantías obtenidas a lo largo de la historia, como el debido proceso, la seguridad jurídica; esto es, reglas claramente establecidas en el marco de un proceso.

1.4.4. LA INDETERMINACIÓN TEÓRICA DEL FUNDAMENTO “NEOCONSTITUCIONAL” EN LA PROPUESTA DEL DENOMINADO NEOPROCESALISMO

Finalmente, también, cabe advertir que los subprincipios basados en la estructura propuesta por Robert Alexy, tomada por González Álvarez para su planteamiento de aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil en el marco del denominado neoprocesalismo, es sustentada como una propuesta teórica neoprocesalista en tanto “obedece a un escenario neoconstitucional del derecho” –o, a lo que él mismo que denomina, el “*canon neoconstitucional*”. No obstante, tales “subprincipios” rigurosamente no están basadas en algún fundamento “neoconstitucional”. Robert Alexy en el marco de sus obras, jamás ha dicho que sus tesis respondan a alguna etiqueta “neoconstitucional”. Por tanto, la lectura neoconstitucionalista (de la doctrina e historia constitucional) aplicada al ámbito procesal, es cuestionable, toda vez que, como ya lo ha advertido Jorge Luis Fabra, se incluyen a autores sin notar las diferencias de sus propuestas teóricas (Fabra, 2015: 521-522).

En ese contexto, se debe advertir también que, el neoconstitucionalismo que conforma diferentes temas (“paquete neoconstitucionalista”), como la *validez del derecho, el control de constitucionalidad, la ponderación y el activismo judicial,*

“esconde una variedad de problemas y cuestiones teóricas”; es decir, “la comprensión neconstitucionalista sintetiza injustificadamente lo que deberían ser preguntas diferentes y peor aún *asume ciertas respuestas como correctas, sin someterlas a cuestionamiento adecuado*” (Fabra, 2015: 521). La misma injustificada comprensión neoconstitucionalista y la falta de cuestionamiento adecuado, en el planteamiento del denominado neoprocesalismo, se ve reflejado en cuanto este se atribuye la superación del debate entre publicismo y dispositivismo sin cuestionarse la defensa de un activismo judicial que el publicismo (en sentido fuerte) también defiende.

Por tanto, adhiriéndonos a la tesis Jorge Luis Fabra, esto es, que “el neoconstitucionalismo no es una *herramienta analítica óptima* para capturar y ayudar los debates teóricos del derecho constitucional [ya que] no es un producto de análisis conceptual” (Fabra, 2015: 519 ss.), concluimos que, el neoconstitucionalismo aplicado al ámbito procesal para la actuación de la prueba de oficio tampoco es una herramienta óptima para entender los debates teóricos que implica la discusión de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil, como el caso que nos preocupa: la relación entre valoración probatoria y prueba de oficio.

CAPÍTULO II: LA PRUEBA DE OFICIO Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO: HACIA UN ANÁLISIS EPISTEMOLÓGICO E IDEOLÓGICO-POLÍTICO DE LA PRUEBA DE OFICIO

2.1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.

La acepción de prueba, al igual que el de proceso, es multívoca. En el ámbito doctrinal, como se ha ya advertido, se da la existencia de una “multivocidad” en su acepción, ya que “los conceptos de medios de prueba y prueba [como resultado], poseen significados diferentes en función a las teorías de la verdad judicial y de la decisión judicial que estén en el trasfondo” (Taruffo, 2008: 35). La identificación de la concepción de la prueba en el proceso, puede darse, por tanto, desde un aspecto ideológico (filosófico-político) y epistemológico. El primero en relación a la finalidad del proceso, esto es, para la consecución de la justicia (o una decisión justa) o la sola resolución del conflicto intersubjetivo de intereses. El segundo, en relación de la función de la prueba en el proceso, esto es, la determinación de la “verdad” o el solo convencimiento del juzgador.

En esa línea, la prueba en el proceso puede entenderse desde una concepción cognocitivista o una concepción persuasiva. La primera, concibe “que el juicio de la prueba en el proceso judicial incluye un problema de racionalidad factico – procesal que debe estar apoyado en un enfoque epistemológico de la realidad” (Vargas, 2011: 138); es decir, que la verdad en el proceso está vinculada como finalidad de la prueba. La segunda, concibe a la prueba judicial como un instrumento de persuasión, en el que la averiguación de la verdad “objetiva” de los hechos no es finalidad del proceso, sino que la actividad probatoria debe perseguir la (sola) resolución del conflicto (Vargas, 2011: 140 y141).

El análisis de la finalidad de la prueba, establecida en una determinada legislación, desde un enfoque epistemológico y un análisis ideológico-político, en la relación con la adopción de una posición frente a la actuación de la prueba de oficio, es trascendente para la sustentación de la relación el sistema procesal adoptado con las disposiciones normativas procesales previstas para tal finalidad. Ello, para identificar la (in)coherencia entre la forma de Estado, el enfoque epistemológico y el sistema procesal adoptados. En tal sentido, existe relevancia en la identificación de la relación que tiene el enfoque epistemológico adoptado y el sistema procesal que rige en las disposiciones normativas sobre hechos a probar, valoración probatoria y suficiencia para las decisiones probatorias¹⁴.

En ese contexto, en la prueba de oficio, entendida como aquel “poder-deber” que posee el juzgador para incorporar medios de prueba al proceso, desde un análisis epistemológico, posee una relación intrínseca con la valoración de la prueba; toda vez que, “la actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria” (Nieva, 2010: 33-34), también las realiza antes de ordenar la actuación de la prueba de oficio. Asimismo, desde un punto de vista ideológico-político, posee relación con el sistema procesal y la regulación de los derechos de prueba en el proceso (siempre y cuando se trate de sistema procesal coherente).

2.2. DESDE EL ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO: LA IDENTIFICACIÓN DE RELACIÓN ENTRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y PRUEBA DE OFICIO

Son varias las instituciones procesales relacionadas con el tema de la valoración de la prueba, toda vez que la actividad probatoria en su conjunto (admisión, actuación, interpretación, etc.) conduce a una decisión judicial, y la prueba de oficio no es la

¹⁴ Con el propósito de una metodología explicativa y realizar un análisis crítico a la convicción como estándar para las decisiones probatorias, dichas concepciones (cognocitivist and persuasive), in relation to the purpose of the trial in the process, are developed in the third part of the present thesis.

excepción. Para una actuación de la prueba de oficio en el proceso, preexiste una situación de *insuficiencia probatoria*, por lo que para declarar insuficiente la prueba debe haberse ya valorado previamente; he ahí la significancia de que la valoración de la prueba no se da solo en la fase final de la actividad probatoria. La valoración de la prueba, siendo “la actividad de percepción por parte del juez” (Nieva, 2010: 34), “la va realizando *in itinere*, es decir, en diversos momentos desde que se inicia el periodo probatorio” (Ureña, 2014, 22). En ese contexto, con anterioridad a señalar la insuficiencia de la prueba, se debe tener como presupuesto que el juez haya estudiado el caso, es decir, haya valorado la prueba. Como señala Belén Ureña, de “ningún modo, adivinar el resultado de las pruebas” (2014: 23).

Por otro lado, en nuestra legislación tal relación aludida se puede identificar en la disposición normativa establecido el artículo 194º del CPC, en cuanto señala: “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción del juez”. Por tanto, la declaración de insuficiencia probatoria para la aplicación de la prueba de oficio en proceso civil debe ser analizada desde el punto de la valoración (claro está, sin dejar de identificar la relación de esta con el *onus probandi*).

2.3. DESDE EL ENFOQUE IDEOLÓGICO-POLÍTICO: EL ANÁLISIS DEL PODER EN LA VALORACIÓN Y LA PRUEBA DE OFICIO

2.3.1. ¿PODEMOS HALLAR EN LAS INSTITUCIONES DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL UN ANÁLISIS DE PODER?

Para responder a esta interrogante seguiremos algunos lineamientos planteados por Michel Foucault, quien, en el análisis y estudio del *cómo del poder* ha determinado los mecanismos del poder entre dos límites: “las reglas de derecho que delimitan

formalmente el poder” y “los efectos de verdad que ese poder produce” (Foucault, 2000: 33), e identificado la relación intrínseca entre poder, derecho y verdad.

El lineamiento de estudio del poder que Michel Foucault ha realizado no ha sido desde el punto de “¿Quién tiene el poder?” , “¿Qué busca el quien tiene el poder?”, “¿Por qué algunos quieren dominar?”, “¿Cuál es su estrategia de conjunto?” (2000: 37), es decir, desde el plano interno; sino, por el contrario, desde la relación directa e inmediata con su campo de acción, esto es, desde el punto de la producción de sus efectos reales, planteado desde la siguiente interrogante: “¿Cómo pasan las cosas en el momento mismo, en el nivel, en el plano del mecanismo de sometimiento o en esos procesos continuos e ininterrumpidos que so-meten los cuerpos, dirigen los gestos, rigen los comportamientos?” (2000: 37). Señala expresamente el autor citado:

en vez de preguntarse cómo aparece el soberano en lo alto, procurar saber cómo se constituyen poco a poco, progresiva, real, materialmente los súbditos (sujets) el sujeto (sujet) a partir de la multiplicidad de los cuerpos, las fuerzas, las energías, las materias, los deseos, los pensamientos, etcétera (2000:37).

En otros términos, el análisis del poder desde el punto en el que el ser humano es constituido en sujeto; es decir, el poder como objetivación del sujeto (Foucault, 1988).

En tal contexto, de tal análisis y estudio se determina que el ser humano como sujeto se encuentra en relaciones de poder, manifestándose estas en diferentes formas de sujeción que el poder estatal ejerce.

En el campo del derecho, el ejercicio de poder es manifiesto, toda vez que focaliza el poder concerniente a la población e individuo, legitimando su ejercicio. El juzgador, quien, en el marco de la resolución del litigio está facultado para el ejercicio de poder, la decisión que adopta en materia de hechos, como la actuación la prueba de

oficio y valoración de la prueba (que componen el juicio de hecho para la resolución del litigio), conforma también parte de los puntos de aplicación del poder. Mejor aún: las decisiones judiciales, en el marco de aquellas instituciones, es donde más se percibe el ejercicio del poder estatal en el proceso.

Ahora, el establecimiento en un ordenamiento jurídico de la aplicación de la prueba de oficio, desde el análisis del *campo de la ilegitimidad*, cabe advertir que el ser humano como *sujeto* solo podría integrarse al proceso bajo una cierta modalidad: la sujeción a la intervención del juzgador de la actuación de medios probatorios distintos a los postulados por él (*sujeto*), quedando la dominación justificada a través del “monopolio de justicia”. No obstante, debe advertirse que si el Derecho es entendido como un sistema de orden, ¿hasta qué punto es legítimo el ejercicio del poder estatal? En concreto: ¿hasta qué punto el poder del juzgador de intervenir con la actuación de la prueba de oficio, con relación a la valoración probatoria, es legítima?

Hasta aquí se puede dar respuesta a la pregunta del subtítulo abordado: sí puede hallarse, en las instituciones de la valoración de la prueba y la prueba de oficio en el proceso civil, un análisis de poder. Esto conlleva a un análisis desde la filosofía política; esto es, desde un análisis de la relación entre individuo y Estado.

Al respecto, siguiendo el estudio del profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo (2009: 167 ss.), cabe resaltar que es el aspecto de la validez en la valoración de la prueba la que se encuentra en relación con el análisis desde la filosofía política, toda vez que es este aspecto el que implica el análisis del tema de los derechos fundamentales; por cuanto, comprende *la legitimidad de la obtención de la prueba cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales de las personas*.

Concordando con la tesis del autor citado, en el sentido que la validez de la prueba conlleva a un estudio de la filosofía política por su relación con el debido proceso (Ruiz, 2009) y el derecho fundamental a la prueba, como legitimidad de la decisión que brinda garantías en la actividad probatoria, agregamos que la eficacia (que, principalmente, dentro del proceso, corresponde a un análisis epistemológico), corresponde, también, desde un análisis extra procesal, a un análisis filosófico-político, toda vez que la fijación de la finalidad del proceso en un determinado sistema procesal (la “medición” de eficacia), como la determinación de la verdad, es una decisión de *política procesal*, que, en el marco de un sistema coherente, debe hallar interrelación con la validez de la prueba.

En la actualidad, en el caso peruano, la actuación de la prueba de oficio (que se encuentra relacionado con la valoración de la prueba), el ejercicio de poder por parte del juzgador que invade la esfera de un sistema procesal dispositivo (en cuanto a la libertad de las partes en un debate dialéctico del ofrecimiento y actuación de los medios probatorios) se halla “justificado” o “legitimado” en cuanto el ordenamiento jurídico procesal faculta al juez el ejercicio de tal poder. No obstante, en nuestra opinión, en el marco de un Estado Constitucional, ese ejercicio de poder para la actuación de la prueba de oficio debe hallar justificación y legitimidad en la necesidad de *controlabilidad de las decisiones adoptadas respecto al juicio de hecho para su actuación*. Es decir, si se adopta legislativamente la actuación de la prueba de oficio, su legitimidad, en el proceso civil, debe hallarse entre *práctica de la libertad y la limitación de poder*, y, en razón de ello, las decisiones de juicio de hecho adoptadas deben estar debidamente justificadas para que al ser humano – *sujeto* a jurisdicción, en marco de un sistema procesal civil dispositivo– le sea permitido el ejercicio de derechos fundamentales en el proceso.

2.4. LA PRUEBA DE OFICIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La regulación de la iniciativa probatoria del juez, en nuestro país, ya se establecía como una facultad del juez en el Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852. Con ciertas modificaciones, dicha regulación continuó con el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y el Código Procesal Civil de 1993 (modificado por la Ley N° 30293).

2.4.1. LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO EN MATERIA CIVIL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 en su artículo 670, expresamente señalaba que:

los jueces *pueden ordenar* de oficio la pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la *verdad*, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia (...).

Al señalar “pueden ordenar”, la actuación de la prueba de oficio se estableció como una facultad del juez, pero, existiendo la finalidad del esclarecimiento de la verdad, queda claro que dicha “búsqueda”, en lo que corresponde a la actuación oficiosa de la prueba, era facultativa. Dicha facultad también era concordante en lo que establecía los incisos 1) y 2) del artículo 39°, del Código citado, correspondiente al Título Segundo: “ De los derechos que adquieren los jueces y de las obligaciones que están sujetos”; establecía que:

Los jueces tienen también facultad:

- 1.º Para practicar, antes de resolver las causas de que conocen, todas las diligencias que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos.
- 2.º Para enmendar ó suplir los defectos ú omisiones en que los litigantes incurran, relativamente á las formas del juicio.

En ese contexto, el juez poseía facultades genéricas que podrían ser utilizadas en materia probatoria así como facultades específicas para la aplicación de la prueba de

oficio, todo ello con el fin del “esclarecimiento de la verdad”. No obstante, cabe señalar que la valoración probatoria se encontraba basada en un sistema de valoración legal; esto es, en pruebas plenas, semiplenas y ligeras¹⁵, establecidas para cada uno de los medios probatorios el valor que le corresponden¹⁶. En tal sentido, la prueba de oficio justificada con la “finalidad del esclarecimiento de la verdad” con el sistema de valoración que regía en el proceso civil, no era coherente con una finalidad epistémica (establecimiento de la “verdad” como correspondencia); toda vez que, con el sistema de valoración legal, el enunciado fáctico probado no necesariamente era la “correspondencia” con lo acaecido en la realidad, sino eran las reglas que predeterminaban el “hecho probado”.

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

Los jueces en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias (...)
Es inapelable el auto en que el juez ordena prueba de oficio.

2.4.2. LA REGULACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Para identificar la regulación sobre prueba, prueba de oficio y valoración probatoria, en el CPC peruano, nos valdremos de las siguientes interrogantes: ¿Qué se

¹⁵ El Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, en su artículo 661° establecía:

“La prueba es plena, semiplena ó ligera:

La prueba plena persuade eficazmente y convence el ánimo del juez.

La prueba semiplena forma una presunción considerable, pero no una perfecta y cabal convicción.

La prueba ligera ó de poco aprecio no tiene otro fundamento que conjeturas o indicios”

¹⁶ Artículos 677°, 689° - 695°, 703°-709°, 720°- 723°, 732°-734°, 800°-809°.

prueba, cómo se valora la prueba? y ¿En qué circunstancias el juez aplica la prueba de oficio?

2.4.2.1. ¿QUÉ SE PRUEBA?

De conformidad a lo que establece el artículo 188° del CPC, lo que se prueba en el proceso son “los hechos expuestos por las partes”, con lo que claramente se trata de una disposición normativa de cohorte dispositivista en coherencia a lo que establece el artículo IV del Título Preliminar, en cuanto establece el “principio de iniciativa de parte”. De tal regulación, entonces, se desprende que el objeto de la prueba son los enunciados fácticos que las partes introducen al proceso.

En ese sentido, la prueba entendida como medio, señala que su finalidad es “acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.

2.4.2.2. ¿CÓMO SE VALORA LA PRUEBA?

El artículo 197° del CPC establece que: “la valoración de los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución, solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. La “apreciación razonada” que es entendida como empleo de las “reglas de la sana crítica”, tal como se advierte de la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁷. No obstante, como hemos indicado *ut supra*, la valoración para la aplicación de la prueba de oficio el CPC establece “*para formar convicción*” del juez.

¹⁷ Cas. N° 2890- Lima- El Peruano 07-07-2000. p. 5567, Cas. N° 2307-2000- Ayacucho – El Peruano, 05-11-2001. p. 7975.

2.4.2.3. ¿EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS EL JUEZ APLICA LA PRUEBA DE OFICIO?

El artículo 194° del Código Civil Peruano, antes de la modificatoria, señalaba:

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 (...).

Con la reciente (no tan reciente) modificatoria señala:

Excepcionalmente cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean *insuficientes para formar convicción* el juez de primera y de segunda instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para *formar convicción* y resolver la controversia, siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso.

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

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

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por haber ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

A pesar de la última modificatoria, el texto: “(...) *insuficientes para formar convicción*” se conserva aún, ya que el presupuesto para la aplicación de la prueba de oficio es que la prueba (medios probatorios) sean insuficientes.

2.5. LA PROBLEMÁTICA DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO

En la actualidad, en donde se percibe la constitucionalización del derecho en general y del proceso en particular; no obstante, en el ámbito procesal civil (peruano) puede aún evidenciarse que la potestad probatoria otorgada al juzgador posee incoherencias en relación a la finalidad del proceso y el respeto de derechos fundamentales a la prueba de conformidad a un Estado constitucional. Estas incoherencias se evidencian en cuanto el artículo 194° de CPC habla de “para formar convicción”¹⁸, la inimpugnabilidad de la resolución que ordena la actuación

¹⁸ Tema que en este trabajo no se podrá abordar a detalle porque requiere de un análisis pormenorizado,

probatoria, y, además, omite la limitación del estado de la causa en el que el juez puede disponer la actuación de los medios probatorios de oficio. Así, el juez tendría la facultad de ejercer dicha potestad probatoria “en cualquier estado de la causa” (Ariano, 2003: 2007), cuando, por el contrario, las partes se encuentran limitadas a ello, tal como establece el artículo 189° del CPC. En tal contexto, ¿es concebible la aplicación de prueba de oficio en un proceso civil (dispositivo)? El uso de la prueba de oficio ¿es coherente con las garantías de las partes en un proceso?

La problemática de la legislación de la prueba de oficio en el en el proceso civil peruano radica en dos aspectos, uno de orden epistémico, en cuanto al establecimiento de la verdad como aproximación a la correspondencia (entre los enunciados sobre los hechos en el proceso y los hechos acaecidos en la realidad), y otro de orden ideológico, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales. En tal sentido, se debe cuestionar si la disposición normativa establecida en el artículo 194° del CPC es o no válida (analizando no desde un positivismo que plantea una norma válida a aquella emitida por una autoridad dotada de facultades para legislar, sino si esta se encuentra acorde o no a la Constitución, esto es, desde la teoría de un Estado Constitucional).

Por tanto, la problemática de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano, en cuanto a la racionalidad (orden epistémico) y a los derechos fundamentales en el proceso (de orden ideológico-político) radica en cuanto el artículo 194° del CPC, establece “... cuando los *medios probatorios* ofrecidos por las partes sean *insuficientes para formar convicción* el juez de primera y de segunda instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para *formar convicción* y resolver la controversia...”. Cabe

en trabajo aparte propio del tema.

preguntarse, entonces: ¿La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el Código Procesal Civil peruano de 1993 responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso? Y, ¿se encuentra acorde a los derechos fundamentales a la prueba en el marco de un Estado constitucional?

2.5.1. EL PROBLEMA DE ORDEN EPISTÉMICO: LA “CONVICCIÓN” DEL JUEZ PARA LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO, PRESCRITA EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO DE 1993, ¿RESPONDE A UN ESTÁNDAR PROBATORIO RACIONAL COMO CRITERIO DE VERIFICACIÓN DE LOS HECHOS (ENUNCIADOS SOBRE LOS HECHOS) INTRODUCIDOS AL PROCESO?

Para el primer aspecto, de orden epistémico, en cuanto al análisis de lo que establece el artículo 194 del CPC sobre la convicción, cabe desarrollar las siguientes interrogantes:

2.5.1.1. ¿CUÁNDO LA PRUEBA ES SUFICIENTE O INSUFICIENTE PARA DETERMINAR QUE UN HECHO (ENUNCIADO FÁCTICO) ESTÁ PROBADO? ¿CUÁNDO LOS MEDIOS PROBATORIOS SON INSUFICIENTES PARA ORDENAR LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL?

Al formularnos estas interrogantes, indefectiblemente hacemos referencia al complejo tema de los estándares probatorios. Son ellos, de hecho, los que justifican el nivel de *suficiencia requerido para un determinado procedimiento*; son aquellas herramientas procesales *que constituyen uno de los engranajes claves del proceso judicial* (Coloma, 2009: 207). Así, los estándares

posibilitan a los jueces la elección justificada de un cierto curso de acción; ello sobre la base de que ciertas reglas de conducta que han sido reconocidas como pertenecientes al sistema jurídico respectivo habrían sido (o no habrían sido) violadas por uno o más de los habitantes de un determinado territorio (Coloma, 2009: 207).

Respecto a la primer interrogante, ¿cuándo la prueba es suficiente o insuficiente para determinar que un hecho (enunciado fáctico está probado? Se hace referencia al estándares probatorios que “determinan cuándo resulta justificado aceptar (o rechazar) una proposición fáctica en un proceso judicial” (Viale, 2014:136). Es decir, estos estándares establecen *directrices de cómo debiera distribuirse el potencial error en que pudieran incurrir los jueces* al dar por probado el enunciado fáctico favorable a las pretensiones de una las partes en el proceso (Coloma, 2009: 211). En tal sentido, el estándar probatorio actúa como herramienta procesal que le permite al juzgador saber *cuándo la ley lo autoriza para dar por establecida la “verdad”* de los enunciado fácticos (Fuentes, 2011: 174); en otros términos, una *regla que establece el nivel de suficiencia probatoria* (Lluch, 2012: 175) para dar un enunciado factico como probado.

Dicho estándar en el caso de la regulación en el proceso civil peruano se halla como una *medida subjetiva*, toda vez que el artículo 188° del CPC establece como uno de los objetivos de los medios probatorios el de “producir certeza en el juez”. Asimismo, en cuanto a la regulación de la valoración probatoria, el mismo cuerpo normativo, en su artículo 197°, señala que los medios probatorios son valorados por la “apreciación razonada” del juez, la cual ha sido interpretada en la jurisprudencia como reglas de apreciación de acuerdo a las reglas de la sana crítica (Cas. N° 2890-Lima, *El Peruano* 7 de julio de 2000, p. 5567; Cas. N° 2307-2000-Ayacucho, *El Peruano* 5 de noviembre de 2001, p. 7975), generando *una suerte de tautología insuperable: es suficiente la prueba que el juzgador crea que es suficiente* (Viale, 2014: 131- 132). En el marco de la finalidad de aproximación a la verdad (aproximación entre enunciados fácticos con los hechos acaecidos en la realidad), el problema de la imprecisión del estándar, remitida solo a un estado subjetivo (no controlable ni medible) no permite

establecer con claridad *cuál es el grado de duda tolerable* (Viale, 2014: 142). En ese contexto, “el término ‘suficiente’ revela el desconocimiento de que la función de estándar de prueba es precisamente la de determinar cuándo los elementos de prueba son suficientes” (Viale, 2014: 142).

Como señala Pablo Bonorino, haciendo referencia a la “convicción”:

Esta forma de resolver es poco satisfactoria, pues la noción que se ofrece como explicación es tan oscura e imprecisa como se trataba de elucidar con ella, lo único que se logra es trasladar el centro de la cuestión de las “reglas de la sana crítica” a las reglas del recto entendimiento humano” pero este cambio semántico deja intacto el problema de fondo. Se puede sostener que dichas reglas son tan evidentes o conocidas por todos que basta con su enunciación, pero lo cierto es que la misma formulación de la explicación entraña ciertas confusiones, una de las más graves es la de colocar a las leyes de la lógica en el mismo plano de las leyes de la psicología y la experiencia, lo que hace presuponer con acierto que la doctrina procesal se está manejando a partir de una concepción de la lógica que ya fue abandonada hace más de un siglo (Bonorino, 2009: 122).

De este modo, la suficiencia para dar por probado un enunciado factico-hipótesis en el proceso civil, tanto el CPC, en sus arts. 188 y 197, así como la jurisprudencia, remiten a términos de *creencia*, esto es, a estados mentales que “aunque puedan mencionarse a través de otros nombres apelan a la noción de creencia” (Ferrer, 2005: 82). Donde la valoración de la prueba, en el marco de ““está probado que p ”, se encuentra vinculado a la creencia en p ’ por parte del juez” (Ferrer, 2005: 80). Es decir, la prueba de un enunciado fáctico –hipótesis se encuentra al estar vinculado a la posesión de estado mental– se aparta de una concepción *racionalista*.

Esta problemática de *suficiencia* también se encuentra en lo que el CPC regula respecto a la prueba de oficio, y es aquí donde se evidencia con claridad la remisión a términos de *creencia*. El legislador no ha optado por otros términos, sino que ha señalado explícitamente el término “convicción”. Se “faculta” al juez la actuación de medios probatorios de oficio “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción” del mismo¹⁹.

¹⁹ Primer párrafo de artículo 194° del CPC (modificado por Ley N° 30293). “Excepcionalmente cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez de primera y de segunda instancia ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de la prueba haya sido citada por las partes en el proceso (...)”

2.5.2. EL PROBLEMA DE ORDEN IDEOLÓGICO (FILOSÓFICO-POLÍTICO): ¿ES CONSTITUCIONAL LA INTERVENCIÓN (ACTIVISTA) EN MATERIA PROBATORIA, CONFORME A LA CONVICCIÓN, EN UN DEBATE DIALECTICO QUE CORRESPONDE A LAS PARTES EN EL PROCESO? ¿LA VALORACIÓN PRUEBA Y LA PRUEBA DE OFICIO (EN CONFORMIDAD A LA CONVICCIÓN DEL JUEZ) COMO EJERCICIO DE PODER ENCUENTRA SUSTENTO EN LA FORMA DE ESTADO Y SISTEMA PROCESAL ADOPTADOS?

Para responder a la primera interrogante se debe responder previamente si es o no coherente la intervención del juez en materia probatoria en proceso civil con el sistema procesal adoptado, al mismo tiempo que si tal intervención es o no constitucional, como parte de la relación entre Estado y sociedad. Para ello se debe tomar en cuenta, siguiendo el estudio de Mirjan Damaška, la relación de desarrollo de los sistemas de justicia con las formas características que asume, esto es, *el fenómeno del poder*” (Damaška M. R., 2000). Toda vez que, como señala Omar Sumaria Benavente (2013: 311), “la función jurisdiccional debe ser coherente con el propósito que debe perseguir para la sociedad de acuerdo al modelo establecido y valores adoptados en el sistema político general”; *máxime* si el tema de la prueba es un subsistema dentro del sistema de tutela jurisdiccional, y este parte de un sistema político general (Sumaria, 2013: 313).

En ese contexto, tomando como presupuesto que el análisis de la validez de la prueba posee un componente ideológico-político por cuanto comprende *la legitimidad de la obtención de la prueba cuando se encuentran en juego los derechos fundamentales de las personas* (Ruiz, 2009: 167), tales como el debido proceso y el derecho a la prueba de las partes. Asimismo, tomando en cuenta que análisis (endoprosesal) de la eficacia de la prueba corresponde a uno de carácter epistemológico, y desde el análisis extraprosesal, esto es, en correlación con el sistema de tutela jurisdiccional y el sistema

político en general, al igual que el da la validez, también posee un componente ideológico-político. La legitimidad (y constitucionalidad) de la facultad atribuida al juez para la aplicación de la prueba de oficio en proceso civil establecida en el artículo 194° del CPC debe ser analizada en el marco del sistema tutela jurisdiccional en particular y sistema político en general.

Por tanto, el análisis de la iniciativa probatoria por parte del juez en el proceso civil no debe estar limitada a una discusión entre dispositivismo e inquisitivo, sino, como propone Mirjan Damaška (2000), debe ser analizada bajo la distinción del proceso como resolución de conflictos y otro concebido como implementación de políticas del Estado, en relación a la función que asuma este. En ese contexto, un sistema coherente como presupuesto básico de un Estado de derecho, el sistema de tutela jurisdiccional debe hallarse en coherencia con el sistema político. En palabras de Omar Sumaria Benavente:

La falta de coherencia entre el modelo político elegido (variable que elige el Sistema Político), y su traducción en el modelo procesal (variable que elige el Sistema de Tutela Jurisdiccional) a través del cual se desarrolla la función jurisdiccional sólo trae como consecuencia una actividad jurisdiccional inútil e ineficiente, en contradicción permanente con el Estado, además de la falta de legitimación del sistema social mismo. (Sumaria, 2013: 311)

En el caso peruano, la Constitución Política del Estado, en el marco del régimen económico, establece que *la iniciativa privada es libre*, y donde se ejerce en *una economía social de mercado*. En marco político, establece que: “La República del Perú es *democrática, social*, independiente y soberana”; asimismo, se reconoce como un *Estado democrático de derecho*. Y, en el marco jurídico, se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional.

Por otro lado, el CPC, en su artículo III del Título Preliminar, establece que: “El juez deberá atender a que la *finalidad* concreta del proceso *es resolver un conflicto de*

intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia". Establece, además, en el artículo VI del Título Preliminar, que: "El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso".

Asimismo, cabe destacar que el Tribunal Constitucional, el 11 de noviembre de 2003, en la sentencia recaída en el expediente 0008-2003-AI-TC, ha interpretado la definición de Estado peruano en la Constitución, bajo los siguientes términos: "El Estado peruano definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de Estado social y democrático de Derecho".

En tal contexto, la intervención del juez (como sujeto procesal activo) para una resolución del conflicto intersubjetivo de interés con la *finalidad abstracta de lograr la paz social en justicia* que se encuentre orientada a garantizar la tutela jurisdiccional (como política de Estado), se encuentra legitimada. En la actualidad, entonces, la facultad que se pudiera otorgar al juzgador para la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil se encontraría en un marco constitucional y se encontraría sustentada, como ejercicio de poder, a la forma de Estado y sistema procesal adoptados. No obstante, ¿es constitucional tal intervención cuando es remitida a la sola convicción del juez? ¿La prueba de oficio (en conformidad a la convicción del juez) como ejercicio de poder encuentra sustento en la forma de Estado y sistema procesal adoptados?

La convicción como criterio de decisión del juicio de la *questio facti* para ordenar la prueba de oficio, tal como es facultado a los jueces por la disposición

normativa establecida en el artículo 194° del CPC, al discurrir solo “por los cauces propios de los procesos psíquicos” (Ibañez, 2015: 254), conlleva al efecto de un algo incontrolable (Ibañez, 2015: 254). El proceso y la solución del conflicto intersubjetivo de los *sujetos* (partes en el proceso) estarían sometidas a la arbitrariedad del jugador. Por ello, predispone una incontrolabilidad de la decisión de juicio de hecho para ordenar la prueba de oficio.

Los fragmentos de la realidad que llegaron a los juzgadores a través de un procedimiento probatorio, al final para la toma de decisión, al atender solo a *la voluntad, “intelección” o intuición que conformarían su convicción*, posee una incoherencia con la obligación de motivación de resoluciones judiciales; en consecuencia, no se encuentra acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales, presupuestos básicos de un Estado Constitucional de Derecho.

La disposición de la prueba de oficio basada en la convicción es dicotómica con la exigencia de motivación. La motivación en la decisión que ordena la prueba de oficio entendida como justificación; es un instrumento de limitación del ejercicio de poder que permite entender la explicitación de insuficiencia probatoria para la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil y permite un control intersubjetivo de la decisión adoptada. No obstante, la controlabilidad de un proceso mental no es campo ni propósito del derecho. En tal contexto, es imposible la controlabilidad (el ejercicio del derecho de contradictorio de las partes) de la decisión de juicio de hecho basada en un estado mental; por tanto, vulnera el derecho una debida motivación, toda vez que la valoración realizada para su actuación y la final decisión probatoria no cuenta con *razones justificatorias* sino con tan solo un convencimiento.

Al respeto, cabe destacar también que, en el marco de un análisis desde el ámbito de la psicología (desde estudios de la disciplina denominada *Behavioral Law & Economics*, “resultante de una fusión entre Derecho, Psicología Cognitiva y Economía Comportamental” (Costa, 2016: 13) se identifican sesgos cognitivos en la toma de decisiones. En el caso de las decisiones en materia probatoria se puede identificar el sesgo de confirmación, sesgo que se caracteriza

Por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y los argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan esa posición [...]. El sesgo de confirmación también puede afectar a los jueces cuando evalúen las pruebas que les son presentados. Específicamente, los jueces pueden ser tendenciosos en favor de pruebas que confirmen sus hipótesis anteriores y pueden prescindir de una prueba que no corresponda a sus suposiciones anteriores (Costa, 2016: 114 y 116)

En ese sentido, la decisión de juicio de hecho dejada tan solo a la convicción del mismo juez, da cabida a decisiones que no estén en correspondencia entre los enunciados facticos introducidos al proceso y los hechos acaecidos en la realidad.

En ese contexto, la decisión que ordena la prueba de oficio basada a la convicción del juez que establecido en el artículo 194° al vulnerar el ejercicio del derecho de motivación (que, paradójicamente, es exigible por la misma disposición normativa) no es constitucional.

Por otro lado, la valoración de la prueba en la determinación de la insuficiencia probatoria para ordenar la prueba de oficio, basada en la convicción del juez, tampoco se encuentra en sustento en la forma de Estado y sistema procesal adoptados. La tutela jurisdiccional, entendida en el marco de un *Estado democrático de derecho*, si bien legitima la participación de un juez activo bajo el sustento de direccionarse a la finalidad de *lograr la paz social en justicia* (política de Estado), esta también presupone el respeto de la *dignidad humana* de los *sujetos* (partes en el proceso), en

cuanto las resoluciones de un conflicto de partes no puede estar sometida al arbitrio del estado subjetivo de su juzgador. Un Estado democrático protegido por la *rigidez de la Constitución* garantiza a sus *titulares* (y no destinatarios) el ejercicio de derechos fundamentales como límites al ejercicio de poder.

2.5.3. EN CONSECUENCIA, ¿LA “CONVICCIÓN” DEL JUEZ PARA LA APLICACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO SE ENCUENTRA ACORDE A UN ESTADO CONSTITUCIONAL?

En el marco de un Estado constitucional (normativista), basado en un constitucionalismo garantista, donde el garantismo es entendido como sinónimo de Estado constitucional de derecho (Ferrajoli, 2014), una decisión juicio de hechos, como ejercicio de poder por el juez, basada en un estado de subjetividad no se encuentra acorde al Estado constitucional (garantista); toda vez que este tipo de constitucionalismo *desconfía del poder* que legitima el arbitrio de los jueces (decisionismo).

Al respecto, cabe resaltar que, a diferencia del constitucionalismo principialista, que se encuentra caracterizado por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada a su ponderación legislativa o judicial. El constitucionalismo garantista o *simplemente garantismo* se caracteriza por una normatividad constitucional fuerte y de tipo regulativo (Ferrajoli, 2014: 28-29).

En ese contexto, el garantismo, desde un enfoque de la teoría del derecho (planteada por Luigi Ferrajoli) que crítica el activismo judicial (planteada para el derecho penal, pero al basarse desde la teoría general del derecho es extensible a las demás áreas del derecho) debe ser entendida bajo tres elementos que delinear tal teoría, esto es: bajo un modelo normativo de derecho, una teoría jurídica de la

“validez” y la “efectividad”, así como de la “existencia” y “vigencia”; y, finalmente, una filosofía política.

El primer elemento consiste en un modelo normativo de derecho, en el plano epistemológico, se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en el plano político, como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad; y, en el plano jurídico, como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. El segundo elemento, designa una teoría jurídica de la “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas entre sí, sino también respecto a la “existencia” y “vigencia” de las normas; en ese sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados “el ser” y el “deber ser” en el derecho. Y como tercer elemento que compone el garantismo, designa una filosofía política que impone al derecho y al Estado una carga de la justificación externa conforme a los bienes e intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos (Ferrajoli, 1995: 851-853).

CAPÍTULO III: RACIONALIDAD, VALORACIÓN RACIONAL Y PRUEBA DE OFICIO

3.1. RACIONALIDAD Y PRUEBA DE OFICIO: REFERENCIAS A “RACIONALIDAD” COMO JUSTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO.

Uno de los conceptos más empleados en las discusiones filosóficas y científicas es el concepto de *racionalidad*. Asimismo, como señala el profesor Jesús Mosterín (2008:18), este concepto se utiliza en diversos sentidos y con mayor de las vaguedades imaginables, como adjetivos (“racional” e “irracional”) para elogiar o insultar, para describir o caracterizar. Por tal razón, “no es, pues, de extrañar que la confusión y esterilidad acompañen tales discusiones con excesiva frecuencia”.

En el ámbito de las decisiones judiciales y, en específico, en la doctrina tradicional publicista para la justificación de la actuación de la prueba de oficio en el proceso, se ha utilizado el término de racionalidad como adjetivación de las decisiones judiciales correspondientes a la determinación de la de la verdad en el proceso, y el término de irracionalidad para adjetivar a aquellas tesis que difieren con tal finalidad.

Para Jairo Parra Quijano, una “demostración racional” (de los hechos) constituye la “prueba de la corrección lógica del pensamiento” y prepara el descubrimiento de la “verdad” (no explicita qué entiende por racionalidad, sino, sólo lo toma en cuenta como una adjetivación). Asimismo, sostiene que aquellas posiciones que difieren de ese razonamiento y sostengan la imposibilidad del conocimiento (de los hechos) en el proceso, serían “una forma irracionalismo motivada por el abandono de posiciones extremas en el ámbito del racionalismo”.

En ese contexto, para el autor citado, los “poderes” que permitan decretar la actuación de las pruebas de oficio hallan justificación en el descubrimiento de la

verdad en el proceso. No obstante, a pesar de que uno de sus tratados respecto a la prueba de oficio, lleva la denominación de “racionalidad e ideología de la prueba de oficio”, no se sustenta una defensa de la aplicación racional de la prueba de oficio, sino la posición adoptada por el autor, es sustentada en una ideología (descubrimiento de la verdad para una decisión justa) y dos necesidades: la necesidad psicológica del juez del descubrimiento de la verdad (“*ansiedad de descubrir la verdad*”) y necesidad lógica (basada en la necesidad cognoscitiva, que para ser saciada tal necesidad sólo se lograría con la prueba de oficio) (Parra, 2004: 15-18).

Se advierte, por tanto, que la defensa de la actuación de la prueba de oficio sustentada por Jairo Parra Quijano, quien adhiere la posición publicista (en sentido fuerte), no halla sustento bajo el análisis del tema de racionalidad, sino que adopta tal término como adjetivación a una ideología adoptada. Este aspecto ideológico no toma en cuenta las ideologías que puedan imperar determinado sistema procesal.

Por otro lado, contemporáneamente, Luis Alfaro, en el marco de la defensa de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, hace mención a la *racionalidad de la iniciativa probatoria del juez*. En referencia a la regulación de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil peruano (que prevé el deber de motivación para la aplicación de prueba de oficio), realiza un análisis sobre las razones y argumentos jurídicos que justificarían tal regulación. Indica que el análisis de la relación entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales con tal iniciativa adhiere a una *concepción epistemológica de la prueba* y de la *motivación como justificación racional de la decisión*, y considera que ello permitiría “tener argumentos suficientes para postular la idea de una *concepción racional de la iniciativa probatoria del juez*” (Alfaro, 2016: 60).

Al respecto cabe advertir, entonces, ¿cuál es la acepción de racionalidad que identifica el autor para la fundamentación de que la prueba de oficio sea racional? Según el autor citado, es “la concepción epistemológica (como instrumento de conocimiento) el modelo *más racional* [y el que] que nos conviene asumir, ya que [este modelo tomaría] como referente básico que el proceso tiene que estar encaminado hacia la búsqueda de la verdad, es decir, se conectaría con aquella segunda postura sobre la función del proceso orientada a resolver la controversia mediante decisiones justas” (Alfaro, 2016: 73). Pero cabe cuestionarse, también, lo siguiente: si el proceso está orientado de *modo exclusivo a la solución de controversias*, o que *está orientado no sólo resolver la contienda sino que lo haga mediante decisiones justas* bajo la búsqueda de la verdad de los hechos, son *posiciones ideológicas* (como denomina el autor), ¿puede calificarse de *más racional* a una posición ideológica y descartar a otra?

En cuanto al tema de la convicción, el autor es partidario de que en el proceso se debe de buscar la verdad para una decisión justa (rechazando, así, una concepción persuasiva del proceso); y, en el marco de ello, ha resaltado la importancia de la motivación de la decisión para la aplicación de la prueba de oficio. En ese contexto, si bien el autor ha advertido la incoherencia entre la valoración de la prueba conforme a la convicción del juzgador y la búsqueda de la verdad en el proceso, no obstante, en cuanto a la aplicación de la prueba de oficio inobserva la implicancia de tal facultad del juez conforme a su convicción. En otros términos, el autor realiza un análisis sobre la *racionalidad de la iniciativa probatoria del juez* en relación a la instrumentalidad de la *confirmación de las narraciones* de los hechos que el juez necesita para alcanzar la *verdad del proceso*; no obstante, respecto a la convicción del juez para la aplicación de la prueba de oficio establecida en el artículo 194° del CPC, no identifica la incoherencia entre la exigencia de una motivación basada en una justificación

(racionalidad como razonabilidad) y la facultad de la prueba de oficio conforme a la convicción del jugador. Respeto a tal regulación, el autor indica:

(...) el dilema no es propiamente que un ordenamiento jurídico considere, expresa o implícitamente, una función de la prueba vinculada al principio del libre convencimiento, sino que se asegure que el juez interprete que la discrecionalidad en la valoración de las pruebas, a iniciativa de parte o de oficio, se ejerza según criterios que aseguren su control racional. (Alfaro, 2016: 84)

Frente a ello, cabe cuestionar entonces ¿cómo las partes del proceso ejercerían un control intersubjetivo de las decisión de la actuación de la prueba de oficio, si el mismo ordenamiento faculta al juez el ejercicio de poder conforme al convencimiento del mismo?, Interrogante que pone a relieve la incoherencia entre la adopción de una posición pasiva frente a la actuación de la prueba de oficio basada a la convicción del juez y la exigencia de la motivación de la decisión de juicio de hecho que de razones justificatorias.

3.2. RACIONALIDAD

Entonces, ¿qué es racionalidad? ¿Puede justificarse a acciones y/o decisiones, con la sola adjetivación de “racional”? ¿En qué consiste la racionalidad? Estas son preguntas a las que hay *menos respuestas de las que sería de esperar*. En efecto “la comunidad filosófica que tan amplia bibliografía produce sobre todo tipo de asuntos, se muestra más bien parca a la hora de encarar directamente el tema de la racionalidad” (Mosterín, 2008: 11-13). Y en la literatura jurídica del ámbito procesal, esto es, en los estudios que plantean el tema de racionalidad en relación con la actuación de la prueba de oficio, como se ha evidenciado, tal término tampoco ha sido explicitado en qué sentido es que se entiende.

Por otro lado, el adjetivo racional ha sido entendido bajo diversos significados; sin embargo, para el análisis de la racionalidad en el marco de las decisiones judiciales

en la valoración y actuación de la prueba de oficio en el proceso civil., el adjetivo ‘racional’ se empleará desde la referencia de determinadas “*decisiones, acciones y conductas de los humanos que son racionales y de otras que no lo son*” (Mosterín, 2008:19).

En tal contexto, la racionalidad, como señala Mosterín (2008: 125 ss.), puede ser empleada al menos en cinco sentidos distintos: 1) Racionalidad como capacidad lingüística, entendida en cuanto un ser racional es un ser capaz de comunicarse mediante el lenguaje; 2) Racionalidad como ética, en el sentido de que alguien es racional en cuanto respete a los demás y los trata no como medios sino como fines; 3) Racionalidad como racionalismo, entendida como la confianza ilimitada en la razón, o la intuición o la evidencia (que, como señala Mosterín, “Descartes y el resto de ‘racionalistas’ solían adoptar esta postura”, y que “no tiene nada que ver con la racionalidad científica actual”); 4) Racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de nuestros objetivos, que presupone la capacidad lingüística y la razonabilidad, e incluye procesos de evaluación y optimización; y, 5) Racionalidad como razonabilidad, en cuanto alguien es racional si aduce razones para decir o hacer lo que dice o hace.

A efectos de realizar un análisis de la racionalidad de la decisión judicial en materia probatoria (valoración de la prueba y prueba de oficio), porque son las que se encuentran relacionadas con la toma de decisiones (que implica un marco de controlabilidad intersubjetiva), se toman los dos últimos.

Este análisis sobre la racionalidad de la actuación de la prueba de oficio (tomando en cuenta su relación con la valoración de la prueba) comprende, entonces, el sentido de racionalidad como una estrategia para optimizar la consecución de objetivos (finalidades del proceso) y racionalidad como razonabilidad (justificación de

las decisiones); ello con el objeto de un análisis de racionalidad objetiva. Racionalidad que en gran medida se encontraría caracterizada por la *predecibilidad* y *controlabilidad* de las decisiones, toda vez que “de las normas aplicables vendría a habilitar un pronóstico sobre los actos de aplicación” (Caracciolo, 1987: 145). En ese contexto, la racionalidad –en el significado que aquí entendemos– no es una *facultad*, sino un *método* (lo cual no niega que la aplicación de un método racional presupone facultades).

Se prescinde de un análisis en el marco de *racionalidad como capacidad lingüística*, el de *racionalidad como ética* y *racionalidad como racionalismo*; debido a que el primero, no implica relación en el marco de las decisiones, esto es, no es entendida como método sino como facultad del *human*; el segundo, en razón a que, en el marco del teoría del derecho, la presente tesis no comprende el análisis del bien o del mal de las conductas la esfera de costumbres; y el tercero, debido a que este se basa en un planteamiento filosófico que comprende la búsqueda de la verdad científica.

Desde otro punto, se debe tomar en cuenta, también, que, en el marco de las decisiones, se analiza la *racionalidad práctica*, la cual implica tres tipos de situaciones: 1) las situaciones en el que el agente actúa bajo condiciones de certeza (decisión bajo condiciones de certeza); 2) las situaciones en que el agente se decide bajo condiciones de riesgo; y, 3) las situaciones de incertidumbre (Mosterín, 2008: 130-132). En cuanto, a decisión para la actuación de la prueba de oficio, se encuentra enmarcada, como presupuesto, bajo el tipo de situación de incertidumbre, por lo que su aplicación bajo un modelo racional implica la disminución de tal incertidumbre.

3.2.1. RACIONALIDAD COMO ESTRATEGIA DE OPTIMIZACIÓN EN LA CONSECUCIÓN DE NUESTROS OBJETIVOS, QUE PRESUPONE LA RAZONABILIDAD Y PROCESOS DE EVALUACIÓN Y OPTIMIZACIÓN

El tema de la racionalidad *no solo se predica de la ciencia*, sino también en las acciones y decisiones de los *humanos*, por lo que en el marco de las decisiones, la teoría de la racionalidad requiere la aclaración de la noción de “decisión racional”. A este objeto cabe resaltar que, como señala Jesús Mosterín (2008: 11), “la racionalidad siempre es relativa a los fines que uno persiga en un momento dado y a la información que disponga”.

En ese contexto, para no incurrir en adjetivaciones equívocas (como de irracionales) al empleo de ciertos métodos y procedimientos en “procesos judiciales”, debe tomarse en cuenta, como señala Mirjan Damaška (1997), la *perspectiva cultural*. Las prácticas (métodos y procedimientos) que quizá pudieran “parecer impregnadas por la sinrazón o bien seriamente defectuoso en términos de las demandas de la investigación racional, si los miramos con más cuidado, colocándolos en su medio cultural nativo, suele aparecer que no son tan irracionales como sugiere una inspección superficial”²⁰. En efecto, esta *perspectiva cultural* permite no prescindir la identificación de la relación entre la percepción del conflicto intersubjetivo de intereses y su solución correspondiente: *cultura y proceso*.

La solución de conflictos en época primitiva con la intervención de la magia o de la divinidad como carácter estrictamente formal del procedimiento jurídico primitivo era con la finalidad de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses (Sumaria ,

²⁰ “These practices often seem thoroughly permeated by unreason, or else seriously defective in terms of the demands of rational inquiry. But if we look at them more carefully, placing them in their native cultural milieu, it usually emerges that they are not nearly as unreasonable as superficial inspection suggests” (Damaska M. , 1997).

2012), donde no se ofrecían medios probatorios para acreditar la verdad o falsedad de un hecho, sino reforzar el derecho que se reclama (respondía a un mecanismo cuya función era “actuar como control para evitar la “justicia natural” y someter el caso individual al juzgamiento común”); en tal sentido, la prueba refería a la correspondencia “entre la formula y el derecho” (Sumaria , 2012), constituyendo, así, la prueba de la ordalía y otros métodos que recurren a la divinidad y simbolismo, como supuesto de “prueba formal”, y no como investigación de los hechos ni valoración probatoria que pueda realizar el juez. Como señala Omar Sumaria (2012), no eran procedimientos enderezados al conocimiento de los hechos previamente prescritos como condición de una consecuencia jurídica, sino métodos encausados a la resolución del conflicto.

Al igual que la época primitiva, el sistema de la prueba judicial feudal (en la primera mitad de la edad media), la averiguación de la verdad tampoco era una finalidad; no obstante, la prueba tenía utilidad “para establecer quién es el más fuerte, y al mismo tiempo quien tiene la ‘razón’”. Su utilidad radicaba en la medición de fuerza “razón” y/o poder de los contendientes. La “prueba” era un *operador de derecho* de esa época y no un *operador apofántico*, terminaba por una victoria o un fracaso en donde *la autoridad intervenía solo como testigo de la regularidad del procedimiento* (Foucault, 2001:71-72). En ese tipo de “proceso” no era relevante la “verdad” (entendida como aproximación a la correspondencia), por lo que no se realizaba investigación alguna de los medios probatorios que permitan saber cuál de los contendientes enuncian hechos que tenga “correspondencia” con los hechos acaecidos en la realidad.

En tal contexto, no siendo uno de los objetivos (o una de las finalidades) del proceso en mencionadas épocas, la averiguación de la verdad no puede catalogarse de

irracional a las prácticas empleadas, ya que la racionalidad ha de entenderse como método de optimización para la consecución de objetivos planteados. Los métodos como la ordalía o duelos judiciales serían irracionales si el objetivo (o finalidad) sería la averiguación de la verdad, pero, si no lo es, como no lo ha sido en la etapa primitiva ni en la primera etapa de la Edad Media, estos formarían parte de métodos “racionales” para la consecución de dicho objetivo.

En cambio, si se toma como uno de los presupuestos para la decisión judicial la correspondencia de las afirmaciones de los hechos con los hechos acaecidos en la realidad, para una tutela jurisdiccional efectiva; la aplicación de métodos como los duelos, ordalías, sí puede catalogarse de irracional. En otras palabras, si la *finalidad institucional de la prueba* es la “averiguación” de la verdad, entendiendo esta como una aproximación con la verdad (confirmación de las hipótesis planteadas por las partes en el proceso con la observancia de las reglas en el contexto del proceso civil), y que estas deben darse en el marco de un Estado (constitucional) de derecho, puede adjetivarse de *irracional* métodos como la ordalía o el duelo.

Por tanto, el derecho que se establece para un sistema de orden de determinada comunidad –y en el marco de las decisiones judiciales, el poder que es otorgado al juez– por las instituciones políticas y sociales y los métodos con el que persiga los fines, *serán racionales siempre y cuando estos se vean dirigidos a la finalidad del proceso que se haya establecido*. Entonces, ¿cuáles son esos fines que se busca cuando se diseña el proceso? En el caso peruano (desarrollado *ut supra*), donde la finalidad del proceso no solo es la resolución del conflicto intersubjetivo de intereses, sino, además, la tutela jurisdiccional, el criterio de convicción del juzgador para las decisiones sobre *juicio de hecho no es racional con la persecución de su finalidad*. Por tanto, la facultad (del uso de su convicción) que los jueces poseen en ejercicio de su

poder, tal como establece el artículo 194° del CPC inobserva criterios (o estándares) de racionalidad.

3.2.2. RACIONALIDAD COMO RAZONABILIDAD (JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES)

En el marco de una valoración racional de la prueba, entendiéndose a esta como *el recurso del método de la corroboración y refutación de hipótesis* (Ferrer, 2007: 64) la declaración de insuficiencia de medios probatorios para ordenar la prueba de oficio, desde un análisis de racionalidad como razonabilidad debe hallar justificación en la determinación de qué alegación de hecho no posee corroboración, para lo cual debe justificarse *porque es importante que sí lo esté para el caso concreto* (Cavani, 2015). Es así que, en razón a la justificación de razones adoptadas para la decisión se da la exigencia de la motivación de la decisión que ordena la prueba de oficio.

3.2.2.1 MOTIVACIÓN DE LA DECISIONES: DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN GENERAL Y DE LA PRUEBA DE OFICIO EN PARTICULAR, COMO ARGUMENTO DE RAZONES.

La motivación, a diferencia de la valoración probatoria, corresponde al contexto de la justificación, contexto en el que debe darse cuenta de las razones de la decisión dada por el órgano jurisdiccional como *correcta o aceptable* (Gascón, 2004: 189 ss.). En ese contexto, la motivación de decisiones en materia probatoria, cumple un papel importante como *limitación del ejercicio de poder* (como el que se manifiesta en la valoración de la prueba y la aplicación de la prueba de oficio); ello en coherencia al respecto del derecho a la prueba de las partes en el proceso civil.

La motivación como *instrumento para evitar la arbitrariedad del poder*, como señala Marina Gascón:

adquiere una particular importancia merced de a la evolución que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución condiciona también la legitimidad (interna) de los actos de poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político- jurídica garantista, de tutela de derechos. (Gascón, 2004: 192)

En ese contexto, la motivación, cumple dos funciones: una de orden *político* y otra de orden *jurídico*. En determinado sistema jurídico basado un Estado de derecho (constitucionalista), las decisiones jurisdiccionales (sobre juicio de hecho-valoración de la prueba) tienen la obligación de ser motivadas. Esta exigencia implica que, en relación a la *valoración racional de la prueba*, la justificación sobre los hechos probados no se basa en la producción de convicción del juzgador sino en el método de corroboración de hipótesis.

En el caso peruano, tal obligación como función jurisdiccional se encuentra consagrada en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado. Asimismo, es exigido también para la resolución que ordena la prueba de oficio en el proceso civil. No obstante, como presupuesto de su aplicación, la insuficiencia de medios probatorios para su aplicación es remitida a un estado subjetivo del juez (artículo 194° del CPC), además de ello, se faculta el empleo de una valoración de prueba conjunta u *holística*, (artículo 197° del CPC). Lo que implica una restricción de una motivación como justificación, es decir, imposibilita la explicitación de las razones de la decisión de juicio de hecho para la actuación de la prueba de oficio; en tanto que impide la explicitación de: 1) la valoración a de cada uno de los medios probatorios actuados, 2) el resultado de la valoración, y 3) la hipótesis aceptada como verdadera (probada), en conformidad al valor probatorio atribuida a tal hipótesis.

Por tanto, en el marco de la *racionalidad como razonabilidad (justificación de las decisiones)*, la aplicación de la prueba de oficio en relación a la valoración probatoria regulada en Código Procesal Civil peruano tampoco se encuentra acorde a un criterio racional.

Finalmente, se debe notar que, la racionalidad de la actuación de la prueba de oficio en relación con la valoración de la prueba, debe ser entendida a partir de su *eficacia y validez*. La *eficacia*, en cuanto utilidad para la aproximación a la correspondencia entre alegación de hecho (hipótesis) y el hecho suscitado en la realidad, se vincula con la racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos. La *validez*, en el respeto de los derechos fundamentales en el marco de un Estado democrático, se vincula, a su vez, con la racionalidad como razonabilidad. Estos aspectos, en el marco de un *sistema de tutela jurisdiccional*, en coherencia con el sistema político (económico y social), deben estar interactuados como presupuesto de racionalidad en su aplicación.

3.3. ESTÁNDAR DE PRUEBA COMO CRITERIO RACIONAL PARA LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA DE OFICIO EN EL PROCESO CIVIL.

Como se ha advertido *ut supra*, el problema epistemológico de la valoración de la prueba para la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil recae en la ausencia de un *estándar probatorio* que justifique racionalmente su aplicación. Se debe, entonces, sustentar en qué consiste un estándar racional, y, para responder ello debe responderse previamente, en qué consiste la valoración racional de la prueba.

La valoración racional de la prueba consiste en “evaluar el apoyo empírico que un conjunto de elementos de juicio aportan a una determinada hipótesis” (Ferrer, 2007: 46); es decir, en “evaluar si el grado de probabilidad alcanzado por la hipótesis que lo

describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarlas como verdaderas” (Gascón, 2009). Y los estándares de prueba, como señala Marina Gascón (2009), son “criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe”. En términos diferentes, un estándar probatorio como instrumento procesal permite justificar “cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada); [en ese sentido], se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores –el peligro de que el juez se equivoque [en la decisión de juicio de hecho] – en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre” (Larroucau , 2012: 783-784).

En ese contexto, un estándar probatorio será entendido como criterio racional, en cuanto cumpla dos funciones: heurística y justificadora (Gascón, 2009). La primera (desde la eficacia de la prueba como optimización de estrategias), en cuanto actúa como directriz conforme el cual deberá el juez la valoración del juicio de hecho. La segunda (desde la validez, como razonabilidad), en cuanto funciona como criterio para la justificación de la decisión probatoria. No obstante, respecto al establecimiento del estándar probatorio en determinado sistema procesal (que supone cuestiones de *policy*), como grado de probabilidad aceptable de un juicio de hecho y como legitimación de distribución de error, será racional, si este se encuentra en concordancia con la finalidad sostenida por el *sistema de tutela jurisdiccional*, toda vez que *el problema de la racionalidad no solo es epistémica*.

En el caso peruano, la valoración de la prueba en el proceso civil desde el aspecto epistemológico (eficacia de la prueba), como garantía mínima en coherencia a un *Estado Democrático*, la elección o establecimiento del estándar probatorio racional , caracterizado por un (1) *grado de probabilidad aceptable* y (2) *criterio objetivo que indique cuándo se alcanza ese grado de probabilidad exigido*), debe estar basada en

un estándar de probabilidad prevalente ($P > 0,5$)²¹ (contraria a un “estándar subjetivo” que en la actualidad establece el CPC). Esta probabilidad, como estándar racional de juicio de hecho en el proceso civil implica “una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado” (Larroucau , 2012: 789).

En consecuencia, la prueba de oficio para responder al equilibrio entre garantías y eficacia, la determinación insuficiencia de medios probatorios para su aplicación, como grado mínimo, debe también haberse valorado los medios probatorios según el estándar de probabilidad prevalente. Ello implica, desde el aspecto epistemológico (eficacia de la prueba) una previa valoración de modo analítico para una posterior valoración conjunta; asimismo, como presupuesto de validez de la prueba, una motivación que dé cuenta de la hipótesis por confirmar (e hipótesis confirmadas).

²¹ Cabe resaltar que el estándar propuesto (de probabilidad prevalente) para la valoración de la prueba en el proceso civil es como probabilidad mínima. la exigencia de mayor probabilidad en conformidad a la al derecho sustancial que se pretenda tutelar es una cuestión *político- valorativa*.

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: La “convicción” del juez para la aplicación de la prueba de oficio, prescrita en el artículo 194 del Código Procesal Civil peruano de 1993, prescinde de la consideración del sistema de tutela jurisdiccional (en relación al sistema político en general), es decir, descarta la acepción de racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos. Asimismo, en el marco de la acepción de racionalidad como razonabilidad (y en relación a la primera acepción: racionalidad como estrategia de optimización) no responde a un estándar probatorio racional como criterio de verificación de los hechos introducidos al proceso; toda vez que, mencionada disposición normativa, deja la actuación de la prueba de oficio a un estado psicológico del juez. En ese contexto, no se encuentra acorde con los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación, ya que no garantiza la controlabilidad intersubjetiva de la decisión judicial en materia de hechos, ello, en cuanto a la determinación de insuficiencia de medios probatorios para la actuación de la prueba de oficio. La actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, en conformidad a la convicción del juzgador, legitima el ejercicio de un poder arbitrario.

SEGUNDA: Los sustentos del publicismo, en sentido fuerte, para la actuación de la prueba de oficio, solo se basan en una decisión subjetiva –unilateral– que no encuentra sustento en el respeto del derecho a la prueba y del contradictorio. Asimismo, si bien los planteamientos de la forma moderada del “publicismo”, respecto de la actuación de la prueba de oficio en el proceso civil, posee mayor sustento en defensa del derecho a la prueba de las partes (tal es el caso del respeto al *principio* del contradictorio); no obstante, al igual que el publicismo en sentido fuerte, tampoco advierte que la determinación de insuficiencia probatoria para la posterior actuación de la prueba de oficio implica la valoración de la prueba. Por lo tanto, tanto los

planteamientos del publicismo en sentido fuerte como en el del publicismo moderado no poseen fundamentos sólidos que delimiten los poderes del juez; es decir, que objete la “convicción” del juez en la aplicación de la prueba de oficio.

TERCERA: Los planteamientos de la doctrina tradicional del garantismo procesal han prescindido prestar total atención al poder que el juez ejerce en valoración de la prueba; circunscribiendo su discusión con el publicismo, a supuestas ideologías adoptadas por cada uno de ellos. Asimismo, esta posición doctrinaria posee aporías, en cuanto, por un lado, sustenta la defensa de la imparcialidad del juzgador, por lo cual denuncia cualquier regulación de leyes procesales autoritarias; no obstante, por otro, deja a la misma normatividad, la valoración de la prueba. Es decir, defiende un proceso democrático y republicano, pero, a la misma vez, respaldan un estado subjetivo del juzgador como modelo de valoración de la prueba y condicionando, a fin de cuentas, la finalidad del proceso a un estado subjetivo.

CUARTA: El planteamiento del denominado neoprocesalismo, al igual que los planteamientos de la doctrina tradicional (publicismo y dispositivismo procesal) es indiferente a un análisis de juicio de hecho (suficiencia probatoria) para la actuación de la prueba de oficio; no profundiza en el análisis epistemológico ni tampoco localiza la relación entre valoración e/y (in)suficiencia probatoria para la actuación de la prueba de oficio. Por tanto, el neoconstitucionalismo aplicado al ámbito procesal para la actuación de la prueba de oficio, tampoco, es una herramienta óptima para entender los debates teóricos que implica la discusión de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso civil; tal es el caso, del tema de la relación entre valoración probatoria y prueba de oficio

Por lo tanto, la doctrina tradicional procesal (publicismo y dispositivismo (“garantismo”) procesales) y el denominado neoprocesalismo, no han tomado en

cuenta la necesidad de superar el modelo de la libre convicción (convencimiento) como modelo de valoración de la prueba.

QUINTA: El análisis de la actuación de la prueba oficio para la aplicación en un determinado sistema procesal, no sólo debe estar basado en la discusión de sustentos de doctrinas tradicionales (publicismo y “garantismo” procesales), ni sólo en la aceptabilidad de cambios paradigmáticos que prescinden de derechos y garantías obtenidas a lo largo de la historia; porque no se trata solo de legitimar la adopción de posiciones sin tomar en cuenta que la prueba de oficio, desde el ámbito epistemológico, implica una previa valoración probatoria, y desde el ámbito filosófico político, implica el análisis de la legitimidad de la decisión que brinda garantías en la actividad probatoria.

SEXTA.- La racionalidad de la actuación de la prueba de oficio en relación con la valoración de la prueba, debe ser entendida a partir de su *eficacia* y *validez*. La *eficacia* en cuanto utilidad para la aproximación a la correspondencia entre alegación de hecho (hipótesis) y hecho suscitado en la realidad - Racionalidad como estrategia de optimización en la consecución de objetivos. La *validez*, en el respeto de los derechos fundamentales en el marco de un Estado democrático - Racionalidad como razonabilidad. Aspectos que, en el marco de un *sistema de tutela jurisdiccional*, en coherencia con el Sistema político (económico y social), deben estar interactuados como presupuesto de racionalidad en su aplicación.

VI. RECOMENDACIONES

El presente trabajo propone una reforma legislativa ofreciendo un modelo de *lege ferenda* sustentado en que, para la regulación de la aplicación de la prueba de oficio en el proceso (civil) debe tomarse en cuenta la relación que tiene dicha institución con la valoración probatoria, en tal sentido, el modelo de valoración debe hallar coherencia con la optimización de la consecución del objetivo para el cual ha sido determinado el proceso y la razonabilidad de las decisiones de juicio de hecho.

En el marco de un Estado constitucional que delimita el ejercicio de poder del Estado, la justificación de la decisión de juicio de hecho para la actuación de la prueba de oficio debe implicar una justificación racional donde debe identificarse y darse razones de los enunciados fácticos (introducidos al proceso) que no poseen suficiencia probatoria, y que, por tanto, requiere la actuación de una prueba de oficio.

En tal contexto, el estándar probatorio para declarar la insuficiencia probatoria para la aplicación de la prueba de oficio debe cumplir una *función heurística y justificadora*; por tanto, la aplicación de la prueba de oficio debe responder al equilibrio entre garantías y eficacia, promoviendo la racionalidad, con la finalidad de garantizar a los justiciables el respeto del derecho a la prueba y motivación de las decisiones de juicio de hecho.

El modelo de la valoración de la prueba acorde a la finalidad de tutela jurisdiccional (equilibrio entre garantías y eficacia), es aquel que responde a un método de corroboración de hipótesis (aproximación a la correspondencia entre los enunciados fácticos introducidos al proceso y los hechos acaecidos en la realidad). Este debe estar sustentado bajo un estándar racional que evalúe la suficiencia para dar por probado un hecho; así como, para declarar la insuficiencia probatoria que justifique la actuación

de la prueba de oficio en el proceso civil. Este estándar probatorio que como legitimación de distribución de error debe hallar concordancia con la finalidad sostenida por el *sistema de tutela jurisdiccional*. Por lo tanto, como grado de probabilidad (mínima) aceptable, en relación a la aproximación de la correspondencia entre los hechos acaecidos en l realidad y los enunciados facticos introducidos al proceso (por la finalidad de tutela jurisdiccional) debe estar basada en un estándar de probabilidad prevalente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Aleinikoff, T. (2010). *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como la teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Lima: Palestra.
- Alfaro, L. (2016). La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez en Revista de la Maestría en Derecho Procesal. *Revista de la Maestría de Derecho Procesal- PUCP*, 58-92.
- Alvarado Velloso, A. (1994). El debido proceso. En *Justicia y sociedad* (547-561). Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico.
- Alvarado Velloso, A. (2006). La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. En *Proceso civil e ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (217-247). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Alvarado Velloso, A. (2014). Proceso y verdad. En *Derecho procesal: Dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (117 - 132). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Alvarado, A. (2009). *Sistema Procesal, Garantía de la libertad* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Rubisnal Culzoni.
- Álvarez Gardiol, A. (2007). La prueba de los hechos y las teorías de la argumentación. *Revista de derecho procesal contemporaneo*, 21-33.
- Ariano, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista editores.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho.

- Ávila, H. (2005). *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (4ª. ed.). São Paulo: Malheiros editores.
- Ávila, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*. (L. Criado Sánchez, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Barbosa, J. C. (2006). El neoprivatismo en el proceso civil. En *Proceso civil e ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (198-215). Valencia: Tirant to blanch.
- Benabentos, O. A. (2001). *Teoría General de unitaria del derecho procesal*. Rosario, Argentina: Juris.
- Bernal, C. (2010). La ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados unidos y de Hispanoamerica. En T. Aleinikoff, *El derecho constitucional en la era de la ponderación* (págs. 7-18). Lima: Palestra.
- Bentham, J. (2001). *Tratado de las pruebas judiciales* (Vol. 1). Mexico: Jurídica Universitaria.
- Bonorino Ramírez , P. (2010). ¿Puede la epistemología ser árbitro en las disputas. *Anuario de filosofía*, 289-304.
- Bonorino, P. R. (2009). Argumentos probatorios. En *Proceso, prueba y estándar* (págs. 118 - 141). Lima: Ara editores.
- Caracciolo, R. A. (1987). Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 145-151.
- Cavani, R. (2015). Prueba de oficio: siete criterios para su uso. *La Ley – El ángulo legal de la noticia*(9), 71.
- Chiovenda, G. (1977). *Principios del Derecho Procesal Civil*. (J. C. Santaló, Trad.) Madrid.
- Coloma, R. (2009). Estándares de prueba y juicios por violaciones. *Revista de Derecho*, XXII(2), 2005-229.
- Costa, E. (2013). Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, facista y gerencial. *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*(82), 205-2016.

- Costa, E. (2016). *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual economia e psicologia*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - São Paulo.
- Damaska, M. (1997). *Rational and Irrational Proof Revisited*. *Cardozo Journal of International & Comparative Law*.
- Damaska, M. R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Analisis comparado del proceso legal*. (A. M. Vidal, Trad.) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Devis, H. (1981). *Teoría general de la prueba* (Vol. I). (V. d. Zavalia, Ed.) Buenos Aires: Victor de Zavalia.
- Fabra Zamora, J. L. (2015). Una nota sobre el neoconstitucionalismo. En *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* (517- 524). Mexico : Universidad Nacional Autónoma de Mexico - Instituto de investigaciones jurídicas.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*. (A. R. Perfeto Andres Ibañez, Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos – El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. (P. A. Ibañez, Trad.) Madrid: Trotta.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2009). El contexto de los hechos probados en el derecho. En *Proceso, prueba y estandar* (págs. 53-84). Lima: Ara Editores.
- Foucault, M. (1988). El sujeto y el poder. *Revista mexicana de sociología*, 3-20.
- Foucault, M. (2000). Defender la sociedad: curso en el Collège de France (1975-1976)/Il faut defendre la societ . Cours au College de France. Buenos Aires: Fondo de cultura económica.
- Foucault, M. (2001). *Verdad y formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.

- Fuentes, C. (2011). Consideraciones entorno a la idea del estándar de convicción en el proceso civil. *Selects Works de la Universidad Diego Portales*, 173-205.
- García, J. A. (2007). Derechos y pretextos, elementos de crítica del constitucionalidad. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neconstitucionalismo* (237-264). Madrid: Trotta/ Instituto de Investigacione Jurídicas - UNAM.
- Gascón, M. (2004). La Prueba judicial: Valoración racional y motivación. *Jueces y Derecho. Problemas contemporaneos*, 301-323.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el derecho*. Madrid: Marcial pons.
- Gascón, M. (2009). Sobre la posibilidad de formular estandares de prueba objetivos. En S. Gomero (Ed.), *Proceso prueba y Estandar* (17-30). Lima: Ara editores.
- González , R. (2015). Prueba de oficio (proporcional) en el proceso civil del Estado constitucional de derecho, superando la confusión de un debate entre corrientes procesales sobredimensionadas. *Prueba y proceso judicial*.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I. *Jueces para la democracia*, 17-26.
- González, D. (2004). *Apuntes sobre prueba y argumentación jurídica. La Argumentación en Materia de Hechos*.
- González, D. (2005). *Questio Facti – ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima: Palestra.
- González, R. (2013). *Neoprocesalismo, Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: Ara.
- Ibañez, P. A. (2015). *Tercero en discordia, jurisdicción y juez del Estado constitucional* . Trotta: Madrid.
- Larroucau , J. (2012). Hacia un estandar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 783 - 808.
- Laudan, L. (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Doxa*(28), 95-113.
- Lluch, X. A. (2012). La dosis de prueba: entre el common law y el civil law. *Doxa. Cuadernos de filosofía*(35), 173-200.

- Monteleone, G. (2006). El actual debate sobre las ‘orientaciones publicísticas’ del proceso civil. En *Proceso civil e ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (173 - 197). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2004). La prueba de oficio (libertad y garantía frente a la autorización y publicización en el proceso civil). *Memorias del I Congreso Panameño de Derecho Procesal* (267- 291). Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal. Obtenido de www.academiadederecho.org/index.cgi
- Montero Aroca, J. (2006). El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En *Proceso civil e ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (130-165). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Montero Aroca, J. (2010). Prueba y verdad en el proceso civil. Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. En V. AA, *Estudios de Derecho Procesal Civil. Bases para un nuevo Código Procesal Civil*. Santiago: Librotecnia.
- Montero, J. (2001). *Derecho jurisdiccional* (Vol. II). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Morello, A. M. (1991). *La prueba*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mosterín, J. (2008). *Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana*. Madrid: Alianza Editorial.
- Muñoz, L. (2009). *Curso de probática judicial*. Madrid: La Ley.
- Nieva, J. (2010). *Valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Parra Quijano, J. (2004). *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Bogotá: Temis S. A.
- Parra Quijano, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio* (Décimo quinta ed.). Bogotá: Librería ediciones del profesional Ltda.
- Parra, J. (2004). *Racionalidad de la prueba de oficio*. Bogotá: Temis S.A.
- Peyrano, J. W. (2009). Sobre el activismo judicial. En V. AA, *Activismo y garantismo procesal*. Córdoba: Academia Nacional de derecho y ciencias sociales de Córdoba.

- Picó i Junoy, J. (2006). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado. En *Proceso civil e ideología, un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (108-127). Valencia: Tirant to blanch.
- Picó, J. (2007). *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo "iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam" y su repercusión actual*. JM Bosch Editor.
- Picó, J. (2015). El juez civil y la prueba: una historia mal contada. *Prueba y proceso judicial*, 99-150.
- Prieto, S. L. (2013). *Sobre los principios y normas, problemas del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra.
- Rivas, A. A. (1996). Jurisdicción y cosa juzgada anticipatoria. *Revista de Derecho de la Universidad Valparaiso*, 17.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2014). La verdad y la prueba judicial: La epistemología jurídica y las prácticas judiciales. En *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (85 - 116). Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ruiz, L. B. (2009). Valoración de la validez y de la eficacia de la prueba. *Estudios de Derecho*, 66(146), 165-197.
- Serra, M. (1969). Contribución al estudio de la prueba. En *Estudios de Derecho Procesal* (págs. 355-366). Barcelona: Ariel.
- Sucar, G. (2008). *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Sumaria, O. (2012). La carga y valoración de la prueba (introducción a la prueba como estructura matricial). *Dialogo con la jurisprudencia*.
- Sumaria, O. (2013). *Introducción al sistema de tutela jurisdiccional*. Lima: Ara editores.
- Taruffo, M. (2003). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. *Discusiones*(3), 15-41.
- Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa*, 249-271.

- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. (L. M. Ferrer, Trad.) Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2009). *La Prueba de los hechos* (tercera ed.). (J. Ferrer Beltran, Trad.) Madrid: Trotta.
- Taruffo, M. (2012). *Uma simples verdade. O Juiz o a construção dos fatos*. (V. d. Ramos, Trad.) São Paulo: Marcial Pons.
- Ureña, B. (2014). La prueba de oficio en el proceso civil español. (El " deber judicial de completitud de la prueba" del artículo 429.1 LEC). *Revista internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*(3).
- Vargas, R. (2011). Concepciones de la prueba judicial. *Prolegómenos. Derecho y valores*, XIV(28), 135-148.
- Viale, P. (2014). ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Pensar en derecho*(4), 131-160.