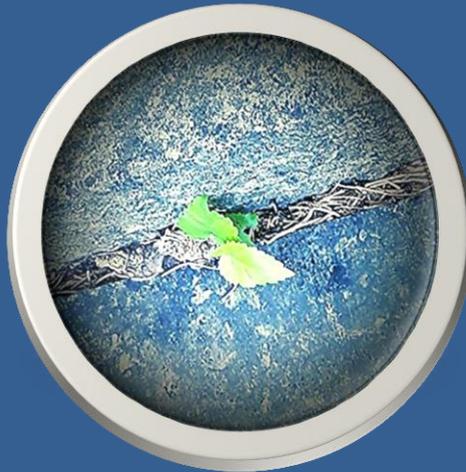


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 6, Nº 1
Enero-julio 2016
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez

[*The motivation and the evidence ex officio: rationality of
the evidentiary initiative of judge*]

Luis Alfaro Valverde

Máster en Derecho Público, especialidad Derecho Procesal por la Universidad Complutense de Madrid. Miembro e Investigador externo del Instituto Vasco de Derecho Procesal (España). Profesor de Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y Universidad Nacional del Santa. Contacto: alfavalu@hotmail.com.

Resumen

El trabajo analiza los nexos entre el deber de motivación de las resoluciones judiciales con la iniciativa probatoria del juez. Adhiriendo a la concepción epistemológica de la prueba y el de la motivación como justificación racional de la decisión, el Autor pone en evidencia la necesidad de que la resolución con la que se disponen pruebas de oficio, esté racionalmente justificada, proponiendo los correspondientes criterios.

Palabras clave: prueba de oficio; decisión justa; función de la prueba; justificación racional de las decisiones.

Abstract

The work analyzes the connections between the duty to motivation of the judgments with the evidentiary initiative of judge. Adhering to the epistemological conception of the proof and motivation as a rational justification of the decision, the author shows the need for the resolution that orders evidence *ex officio*, it must be rationally justified, proposing the pertinent criteria.

Key words: evidence *ex officio*; fair decision; function of the proof; rational justification of decisions.

Recibido: 13 abril 2016/ Aceptado: 31 de mayo 2016



La motivación y la prueba de oficio: racionalidad de la iniciativa probatoria del juez

Luis Alfaro Valverde

No harás injusticia en el juicio, ni favoreciendo al pobre ni complaciendo al grande; con justicia juzgarás a tu prójimo

Levítico 19:15

1. Introducción

Como sabemos, luego de la segunda guerra mundial los Estados occidentales consagraron en sus Constituciones, algunas de las instituciones y categorías procesales más relevantes, situación que progresivamente ha incidido en su redefinición estructural y funcional.

Una de estas vitales instituciones es, sin duda, la obligación de motivación, prevista, de modo expreso¹ o implícito, prácticamente en la mayoría de las Constituciones. Por su importancia y magnitud ha sido explorado por la doctrina nacional y comparada bajo diferentes puntos de vista y desde diferentes áreas del Derecho.

En este breve estudio intentaremos analizar las diversas cuestiones que se presentan al relacionar la obligación de motivación con la “prueba de oficio” (identificado en este estudio como

¹ Por ejemplo en la Constitución Española se encuentra regulada en el art. 120.3, con la siguiente fórmula: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Lo mismo en la Constitución de Italia, en el art. 111, se regula lo siguiente: “Todas las resoluciones jurisdiccionales deben estar motivadas”.

iniciativa probatoria o poder probatorio del juez²). Se trata de una relación trascendental que no puede darse por sentada o aceptada sin una mayor reflexión, pues esta apatía o descuido por la doctrina, se ve reflejado en el plano de la práctica jurisdiccional en donde se observa graves problemas y deficiencias en torno a una adecuada comprensión de la motivación como justificación.

El interés por este tema se origina a partir de la observación de la siguiente situación: cada vez que en la legislación procesal ordinaria se reconoce dicha iniciativa se agrega seguidamente la obligación de motivación. En el caso peruano, por ejemplo, esta situación se aprecia no solo en el proceso civil, específicamente en el art. 194 del Código Procesal Civil (CPC), sino también en la mayoría de los textos procesales. Sin embargo, creemos que este estado de cosas por el que el legislador suele unir “motivación y prueba de oficio”, no puede ser entendido como una mera vinculación formal, sino que es necesario bogar mar adentro y analizar cuáles son esas razones que determinan y sobre todo cuáles son los argumentos jurídicos fuertes que justifican tal regulación.

Se intentará demostrar, con el apoyo de la literatura procesal contemporánea, que no se trata de una cuestión de mera técnica procesal o de preferencia legislativa neutra, sino que en ella subyacen opciones o elecciones de orden eminentemente ideológicas. En síntesis, lo que haremos es comprender tal poder probatorio bajo los cánones de la concepción epistemológica sobre la prueba y el sentido justificativo de la motivación. Pensamos que todo esto permitirá tener argumentos suficientes para postular la idea de una concepción racional de la iniciativa probatoria del juez. Esto exigirá que sometamos a la legislación procesal ordinaria a una suerte de examen de racionalidad de aquella prueba aportada al proceso por dicha iniciativa. También, expondremos

² Algunas observaciones a la expresión “pruebas de oficio” puede verse en ALFARO VALVERDE (2008; 2015).

brevemente algunas reflexiones críticas al binomio “motivar e impugnar”, como una injustificada e indebida regulación normativa.

2. Estado de cosas: motivación por doquier

2.1. En la legislación procesal civil

Si revisamos las reglas legales previstas para el proceso civil podemos apreciar que el CPC instituye expresamente que tal iniciativa probatoria debe ejercerse mediante una decisión motivada (art. 194 CPC), requerimiento que se ha mantenido invariable en la última reforma (Ley N° 30293³), estableciendo que la resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar “debidamente motivada”⁴. Esta previsión legal significa que el juez civil (o quie-

³ Luego de Ley N° 30293, publicada el 28 diciembre 2014, vigente a los treinta días hábiles de su publicación, el art. 194^o quedó de la siguiente manera:

Artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

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

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

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial.

⁴ Es criticable este afán por calificar a la motivación anteponiendo el adverbio modal: “debidamente”, pretendiendo darle una fuerza persuasiva suficiente para transmitir la idea de que toda decisión deba ser completa, suficiente o

nes administren justicia civil) tienen la obligación de justificar la decisión judicial sobre los hechos del proceso vinculados con la específica insuficiencia probatoria y proponer –previo diálogo con las partes– un nuevo medio de prueba, que permita alcanzar la verdad del proceso.

Pero veamos si esta exigencia es sólo del CPC vigente o si tiene ciertos antecedentes normativos. En el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (1852) se reconocía una serie de “facultades” al juez para el esclarecimiento de los hechos⁵ y con este fin se le atribuía también el poder de actuar pruebas⁶, conocidas en la

acabada; empero, desde nuestro modesto parecer, una resolución, en un Estado Constitucional, debe ser en todo los casos motivada o meramente no lo es; no le suma absolutamente nada el agregar dicha frase. En realidad, cuando se utiliza tal añadido, se está subestimado la capacidad de los justiciables para comprender que la motivación es un deber constitucional del juez y por tanto, se debe construir una resolución mediante argumentos sólidos que justifiquen en su integridad su decisión. Al parecer, se trata de una técnica generalizada de anteponer o posponer adjetivos a los enunciados legales (también en la jurisprudencia y doctrina) que representan un derecho fundamental, como cuando se habla de tutela jurisdiccional se suele agregar la frase “efectiva”, cuando en realidad la tutela jurisdiccional o es efectiva o no lo es. Sobre esta última observación puede verse: PROTO PISANI (2014: 79).

⁵ “Art. 39. Tienen también facultad: 1º Para practicar, antes de resolver las causas de que conocen todas las diligencias que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos”.

⁶ “Art. 670. Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia; fijando un término breve y perentorio, si se decreta después de vencido el ordinario. Exceptúese la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio”.

A pesar que en un extremo de este artículo figuraba la expresión “decretar”, no se refería al decreto como un tipo de resolución, sino se usaba como equivalente a “disponer” u “ordenar”; esta afirmación queda esclarecida con el artículo siguiente: “Art. 671. Es inapelable el auto en que el juez manda llevar adelante la prueba decretada de oficio”.

práctica jurisprudencial como “*providencias para mejor proveer*”⁷, que eran dispuestas mediante autos⁸, específicamente por un *auto interlocutorio* con fuerza de definitivo, resolución reservada para resolver incidentes o artículos que tenía incidencia sobre lo principal de la causa⁹. Pese a esto, no se establecía expresamente si se exigía motivación. Sin embargo, creemos que sí era necesario, porque en el contenido de las resoluciones (art. 1627) no hacía diferencia alguna si era aplicable únicamente para sentencias o en general para autos, hecho que también se desprendía del mandato constitucional (Constitución de 1839¹⁰) que establecía la obligación de motivar las sentencias¹¹ y por extensión a los autos, más si mediante ellos se resolvían cuestiones o incidentes relevantes para el desarrollo y culminación del proceso.

⁷ APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ (1935: 175).

⁸ Conforme a las reglas de aquel Código, se reconocía al menos cuatro tipos de resoluciones: sentencia, decretos, providencias y autos (arts. 1616-1629); pero es curioso que a pesar de ser disposiciones legales tan generales (que en la actualidad se suele regular en la parte inicial de los Códigos) el legislador haya optado por fijarlas en la parte casi final de la Ley de Enjuiciamiento en Materia Civil, concretamente en el Título Primero: De las sentencias, de la Sección Séptima: De las sentencias y de lo que es relativo, del Libro Segundo: De las primeras instancias de los juicios civiles.

⁹ “Art. 1620. Cuando el Juez decide alguna cuestión, ó incidente, ó excepción dilatoria, ó perentoria, ó algún artículo que tiene influencia sobre lo principal de la causa, el auto es interlocutoria con fuerza de definitivo”.

¹⁰ Como se recordará el Congreso General constituido en la ciudad de Huancayo (Junín) dictó una nueva Constitución, después del fracaso que significó la llamada Confederación Perú Boliviana. Este texto constitucional fue aprobado el 10 de noviembre de 1839 y promulgado el mismo día por el mariscal Agustín Gamarra.

¹¹ “Art. 125. La publicidad es esencial en los juicios: los Tribunales pueden discutir en secreto los negocios, pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta y las sentencias deben ser motivadas, expresando la ley, y en su defecto los fundamentos en que se apoyan”.

Situación parecida sucedía en el Código de Procedimientos Civiles (1912), en donde se regulaba la potestad de los jueces de actuar pruebas a su iniciativa¹², conocida por la jurisprudencia¹³ como “*diligencias para mejor resolver*”, siguiendo el estilo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (1881)¹⁴. Sobre el particular, si bien no se establecía explícitamente la motivación como requisito para la referida resolución, empero, al igual que en la legislación procesal derogada, se regulaba que tal potestad probatoria se debía ejercer mediante un auto. Resolución que ciertamente, al igual que la sentencia, requería necesariamente de una motivación. Razonamiento que resulta acorde con lo establecido en la Constitución de 1867 que establecía que las sentencias debían de ser

¹² “Art. 340. Los Jueces en cualquier estado de la causa, pueden ordenar de oficio, las pruebas que juzguen necesarias, excepto la de testigos y el juramento decisorio.

Es inapelable el auto en que el Juez ordena prueba de oficio”.

¹³ “Los jueces sólo pueden ordenar una prueba de oficio, en concepto de para mejor resolver y no para salvar la omisión del interesado. En los juicios sobre rescisión de venta, por causa de lesión, corresponde a la parte demandante probar ese hecho” (Sentencia de la Corte Suprema del 30 de octubre de 1929, en APARICIO Y GÓMEZ SÁNCHEZ (1935: 202).

¹⁴ El artículo 340 de la ley de 1881 disponía las diligencias para mejor proveer de la siguiente manera: “Después de la vista o de la citación para sentencia, y antes de pronunciar su fallo, podrán los Jueces y Tribunales acordar para mejor proveer: 1º. Traer a la vista cualquier documento que crean conveniente para esclarecer el derecho de los litigantes [...]”. Si este fue el modelo que sirvió para regular dicha potestad probatoria, no me explico por qué no se consideró también al contradictorio en su sustanciación, pues este mismo artículo establecía en la parte final: “En la práctica de estas diligencias se dará intervención a las partes”. Quizá de haber pasado ello, se hubiese considerado en la versión inicial del art. 194 del CPC vigente, y no haber tenido que esperar muchos años para su previsión legal. Sobre la incidencia del modelo español en el Código de Procedimiento Civil de 1912, puede verse: MONROY GÁLVEZ (2008: 293-306, nota 1). *Cfr.*, también, PARODI REMÓN (1989: 136).

motivadas¹⁵, lo cual también se podría extender a resoluciones de tanta relevancia como los autos.

Por tanto, se puede colegir preliminarmente que si bien en los códigos procesales antecedentes al CPC del '93 no se estipulaba de manera taxativa que cada vez que el juez emitiese un auto (sea de *providencias para mejor proveer* o, a su turno, *diligencias para mejor resolver*) para actuar un medio desde su iniciativa, éste debía ser motivado. Sin embargo, tal exigencia se podía desprender interpretando de manera sistemática otras reglas del mismo cuerpo legal y si ello no era suficiente, el juez lo debía de hacer, en todo caso, como consecuencia de estar vinculado a un mandato constitucional expreso, que si bien lo era respecto de las sentencias, sin embargo, por la relevancia de la decisión, semejante exigencia bien podía extenderse también a los autos.

2.2 En otros ordenamientos procesales

En este escenario, conviene que nos detengamos un momento para revisar lo que sucede en los demás textos procesales. Así, en relación al proceso administrativo (mal llamado contencioso administrativo¹⁶) el legislador del TUO Ley N° 27584 (PCA) le ha atribuido al Juez igual potestad probatoria que en el proceso

¹⁵ “Art. 125º. La publicidad es esencial en los juicios; los Tribunales pueden discutir en secreto, pero las votaciones serán públicas.

Las sentencias serán motivadas, expresándose en ellas la ley y los fundamentos en que se apoyan”.

¹⁶ Conviene puntualizar que actualmente no es muy preciso hablar de proceso “contencioso administrativo”, no solamente por su evolución de tal disciplina jurídica, sino porque sería una innecesaria redundancia de términos, pues el proceso (judicial se entiende), al menos desde cierta posición jurídica, tiene como propósito resolver una controversia; es decir, presupone la existencia (o potencial existencia) de una contienda. Por esta razón, corresponde identificarlo mejor como proceso administrativo, como lo hace la doctrina procesal contemporánea.

civil, requiriendo entre otros requisitos, que dicha decisión deba ser motivada¹⁷. Supuesto que se mantuvo inalterable en comparación con su versión original en la Ley N° 27584¹⁸. En tal sentido, en este caso la motivación viene determinada no tanto por el tipo de resolución con que se ejerce tal poder sino propiamente por un mandato explícito de la ley.

Situación diferente sucede con la llamada “Nueva”¹⁹ Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497 (NLPT) en la que si bien el legislador ha establecido la referida iniciativa probatoria del juez²⁰, parece haberse olvidado de la motivación. No obstante,

¹⁷ “Art. 32. Pruebas de oficio. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”.

¹⁸ “Art. 29. Pruebas de oficio. Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”.

¹⁹ Es cuestionable la “técnica” legislativa por la que se adiciona el adjetivo “Nueva” a la Ley Procesal del trabajo que está en vigor, como el denominado “Nuevo” Código Procesal Penal. Entiendo que la idea es diferenciarlo con el cuerpo normativo que ha sido derogado (que asumiría la calidad de “viejo”); empero, lo que en realidad pasa es propiamente la entrada en vigencia de otra ley que deroga de modo total a la anterior, al que no veo la necesidad llamarla nueva. Si reflexionamos con cuidado, por la vocación de permanencia que tiene toda ley, difícilmente nos atreveríamos a usar tal calificativo luego de que ésta haya estado vigente por varios años, porque ¿por cuánto tiempo una ley sigue siendo nueva? ¿Al año? ¿A los dos años? No vaya ser que nos suceda como en la experiencia francesa en donde el legislador calificó también como “Nuevo” al Código Procesal Civil (*Nouveau Code de procédure civile*) establecida mediante Decreto N° 75-1123 de 5 de diciembre de 1975, en el entendido que la palabra: *nouveau* era para distinguirse con la norma derogada (*Code de procédure civile*, creada por la Ley de 14 de abril de 1806); sin embargo, luego de varios años al entrar en razón de su error, tuvieron que derogar tal frase por la Ley N° 2007-1787, de 20 de diciembre de 2007, quedando simplemente como “*Code de procédure civile*”, que es precisamente como se le identifica actualmente.

²⁰ “Art. 22. Prueba de oficio

teniendo en cuenta que la determinación de un nuevo elemento de prueba puede ser determinante para el sentido del pronunciamiento final, se entiende que éste se realizará mediante un auto, el cual requiere de motivación, en aplicación supletoria del CPC (art. 121). Máxime, si nos remontamos al texto procesal del trabajo derogado (Ley 26636) se puede comprobar que sí establecía de modo expreso que dicha decisión debería de cumplir con el punto en cuestión²¹.

Luego, en lo que respecta el texto procesal (y sustancial) que regula el proceso de niños y adolescentes, Código de los Niños y Adolescentes, Ley N^o 27337 (CNyA), se estipula que la resolución por la que se actúan las “pruebas de oficio” deba ser debidamente “fundamentada”²², frase que, por cierto también se utilizaba al regular la misma potestad en el derogado Decreto Ley N^o 26102²³. No obstante, a pesar que dicha expresión es un tanto

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

Esta facultad no puede ser invocada encontrándose el proceso en casa-ción. La omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia”.

Para un estudio sobre la iniciativa probatoria del juez en el proceso laboral, puede verse: TOYAMA MIYAGUSUKU Y VINATEA RECOBA (2010: 130 y ss).

²¹ “Art. 28. Pruebas de oficio. El Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción”.

²² “Art. 174. Actuación de pruebas de oficio. El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada”.

confusa, es pacífico entender que en algunos ordenamientos se utiliza como sinónimo de motivación²⁴.

A su turno, en el Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 (CPConst.), si bien reconoce la potestad que el juez constitucional puede realizar “las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensable” (art. 9²⁵), esto es, básicamente el reconocimiento de la iniciativa probatoria en el contexto del proceso constitucional, empero, no se precisa si la resolución deba ser motivada o no. Situación que bien podría ser suplida, interpretándola sistemáticamente con las reglas que establece las pruebas de oficio en el proceso civil (art. IX)²⁶.

Finalmente, en relación al “Nuevo” Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 (NCPD), es quizá la ley procesal que mejor ha regulado la iniciativa probatoria del juez (art. 385²⁷)

²³ “Art. 198. Actuación de pruebas de oficio. El juez en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, podrá ordenar de oficio, la actuación de pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada”.

²⁴ IGARTUA SALAVERÍA (2009: 19).

²⁵ “Artículo 9. Ausencia de etapa probatoria. En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa”.

²⁶ “Artículo IX. Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”.

²⁷ “Artículo 385 Otros medios de prueba y prueba de oficio.-

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se haya realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de

estableciendo criterio de aplicación precisos para su utilización (como la excepcionalidad, el contradictorio, utilidad) y la búsqueda de la verdad como su finalidad, pero respecto de la motivación no hay mención alguna. Lo cual no sería del todo grave, dado que conforme a las reglas de este código (art. 394), existe la llamada obligación de motivar el razonamiento probatorio²⁸. Por tanto, ella se constituye en la manera racional para justificar el uso de dicha potestad probatoria del juez, lo que permite alcanzar la verdad en el proceso penal, que es precisamente la función de la prueba.

De esta breve revisión se puede concluir que la mayoría de Leyes o Códigos procesales del país establecen –entre otros requisitos–, sea manera explícita o implícita, que la resolución por la que se ejerce la iniciativa probatoria del juez, deba estar motivada o “debidamente motivada”. Dicho de otra manera, en nuestro ordenamiento jurídico –indistintamente del tipo de proceso que se trate– no es posible que un juez puede disponer una “prueba de oficio” de modo inmotivado, sino mediante una resolución en la que se expresen cada una de las razones que justifiquen de tal decisión. Es por este hecho, que las leyes procesales reclaman que se realice mediante un auto, que a diferencia de los decretos, si requiere de una motivación en todos sus términos.

una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.

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

3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible”.

²⁸ TALAVERA ELGUERA (2009: 30).

3. Proceso y prueba de oficio

El estado de cosas que hasta aquí hemos descrito nos muestra que existe legalmente una relación entre la llamada prueba de oficio y la obligación de motivar la resolución con la que ejerce dicho poder. Sin embargo, pensamos que no es suficiente esta vinculación formal, sino que es necesario adentrarnos en aspectos más sustanciales y comprobar si realmente tenemos un modelo de iniciativa probatoria del juez que responda a los cánones de racionalidad que exige el paradigma de un Estado Constitucional. Para ello, es fundamental preguntarnos ¿cuáles son las concepciones de prueba –en general– que nos ofrece la doctrina procesal? Y, sobre todo, ¿cuál es el modelo más racional que debería asumir nuestro sistema jurídico? Pensamos que esclarecer estas cuestiones nos dará elementos suficientes para comprobar cuál es la concepción y función que debe asumir la prueba aportada, por iniciativa del juez, en nuestro sistema jurídico, esto es, en la búsqueda del sentido racional de la específica decisión judicial.

3.1. El proceso como medio para obtener decisiones justas

Para resolver la primera interrogante, es necesario partir de siguiente premisa expuesta por la doctrina: la concepción de la prueba está ligada condicionalmente a la adhesión –voluntaria o implícita– de alguna opción ideológica sobre la función del proceso en un determinado contexto histórico y cultural. Lo que significa que la ordenación legal de las pruebas dependerá, entre otras cosas, de la elección valorativa que se haga sobre la orientación del proceso. Lo que implica una inteligible superación de la idea de que todo lo concerniente al proceso y por ende al fenómeno probatorio, sea una cuestión de mera técnica procesal o que se trate de una opción legislativa sin ninguna vinculación ideológica, sino todo lo contrario, se postula que existe una estrecha relación

de dependencia entre la opción ideológica del proceso y la función de la prueba de los hechos.

Expuesta dicha premisa, revisemos rápidamente cuáles son esas posiciones ideológicas o concepciones que nos ofrece la literatura procesal comparada.

La primera, sostiene que el proceso está encaminado de modo exclusivo a la solución de controversias²⁹. No se estima importante las propiedades o cualidades de las decisiones judiciales, su relevancia se encuentra en que sea lo suficientemente eficiente para concluir la controversia intersubjetiva³⁰. De modo que el valor de la verdad simplemente se considera como algo infecundo o no funcional³¹.

La segunda, postula que el proceso está orientado no sólo resolver la contienda sino que lo haga mediante decisiones justas³². No limitada únicamente a que la decisión judicial sea el resultado de una buena interpretación y aplicación de la premisa de derecho sino además de la búsqueda de la verdad de los hechos, es decir, se procuraría alcanzar también la confirmación veraz de la premisa fáctica. Con al menos tres precisiones sobre la verdad: i) *relativa* (no de manera absoluta o metafísica), porque se construye desde las pruebas obtenidas en el proceso, concretamente por el grado de confirmación que éstas son capaces de atribuir a las proposiciones relativas a los hechos, se habla entonces de grados diversos de verdad; ii) *aproximativa* en relación a la recons-

²⁹ Cfr. MONTERO AROCA (2007: 44).

³⁰ Se sostiene que esta concepción está relacionado con la teoría del *adversary system*: TARUFFO (1990: 429 y ss).

³¹ TARUFFO (2002: 38) afirma que bajo dicha concepción “funcional” del proceso, afirmando que “será funcional un proceso que persiga eficazmente esa finalidad, si es posible, de forma simple y en poco tiempo”.

³² TARUFFO (2013a: 98).

trucción procesal de los hechos a su realidad histórica³³ y iii) *objetiva*, porque no se determina por criterios subjetivos de convencimiento al interior del juez, sino propiamente de elementos objetivos que sigan procedimientos racionalmente contruidos. Como se observa en este modelo, la característica de justicia de las decisiones se encuentra básicamente en la confirmación probatoria de la verdad de los hechos³⁴.

3.2. La prueba como instrumento de conocimiento

Dicho esto, veamos cómo estas opciones ideológicas se enlazan con la manera de comprender a la prueba. Para esto, es necesario explicar de manera resumida los dos tipos de funciones que la doctrina procesal viene planteando.

Desde una primera posición se afirma que la prueba es un medio o instrumento básicamente de persuasión³⁵, dejando de lado la racionalidad de los argumentos que respaldan la creencia de un sujeto y se ubica en el plano de los hechos psicológicos, con el propósito de formar estados mentales o convicciones (función retórica³⁶).

³³ TARUFFO (2013b: 246) ha comentado que: “La relatividad y la naturaleza aproximativa de la verdad que puede ser determinada en el contexto del proceso explican como así se hable comúnmente, a este propósito, de la probabilidad de las proposiciones relativas a los hechos de la causa”.

³⁴ TARUFFO (2002: 167 y ss).

³⁵ Desde esa perspectiva se sostiene que la finalidad de la prueba es “convencer al juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad” (CORTÉS DOMÍNGUEZ, GIMENO SENDRA Y MORENO CATENA 2000: 231).

³⁶ Sobre este punto se TARUFFO (2013a: 82) ha dicho que: “En esta perspectiva, parece evidente que la función de la prueba es ritual y entonces retóricamente persuasiva hacia el público: sirve para mostrar y hacer creer que la decisión final sobre los hechos no es arbitraria, no se toma arrojando los dados o aventando al aire la moneda, sino, precisamente, al final de un rito legitimador”.

La segunda plantea la idea de que la prueba sería un instrumento de conocimiento (función epistémica), que sirve a los jueces para poder alcanzar la verdad sobre las narraciones de los hechos del proceso³⁷. Para ser precisos se habla de una mejor aproximación posible a la realidad de los hechos. Sobre el particular, desde la posición del abogado, la prueba es vista como un medio para persuadir al juez a fin de obtener una decisión judicial más conveniente para su patrocinado (uso retórico). Sin embargo, no se puede desconocer que el punto de vista más relevante es el del juez, dado que tiene el deber de expresar decisiones justas fundadas en una reconstrucción veraz de los hechos de la causa y no tanto de intentar convencer a las partes³⁸.

De esta rápida explicación recién podemos resolver la segunda cuestión, relativa a la concepción más racional e ideal sobre la prueba. En efecto, desde nuestra perspectiva creemos que la concepción epistemológica (como instrumento de conocimiento) es el modelo más racional que nos conviene asumir, ya que toma como referente básico que el proceso tiene que estar encaminado hacia la búsqueda de la verdad, es decir, se conectaría con aquella segunda postura sobre la función del proceso orientada a resolver la controversia mediante decisiones justas³⁹, en virtud de la cual la verdad sería el corolario de un procedimiento cognoscitivo articulado y controlable intersubjetivamente, y no alguna forma de acti-

³⁷ Para un mayor estudio sobre la vinculación funcional entre prueba y verdad, puede verse FERRER BELTRÁN (2002: 61 y ss).

³⁸ TARUFFO (2013a: 100).

³⁹ Dicho en otros términos la justicia de la decisión presupone la búsqueda de la verdad, pues como sostiene Taruffo: “La justicia de la decisión no presupone solamente su legalidad, es decir, que se derive de una correcta interpretación y aplicación de las normas, sino también su veracidad, es decir, la determinación de la verdad de los hechos relevantes: la razón fundamental de esto es que ninguna decisión puede considerarse justa si se basa en una determinación falsa o errada de los hechos de la causa” (2010: 413).

vidad ubicada al interior del juez, semejante a una misteriosa intuición individual.

3.3. Sentido racional de la “prueba de oficio”

Relacionar la función epistemológica de la prueba (como opción más racional que nos ofrece la doctrina) con la llamada “prueba de oficio”, nos permite reafirmar que dicha potestad es propiamente una iniciativa probatoria del juez –como lo sostenemos en reiteradas oportunidades– y no una prueba que le pertenezca al juez o que su función sea distinta a las pruebas aportadas por las partes desde su iniciativa. Su propósito no puede ser otro que ser también un instrumento epistemológico o de conocimiento del que se vale el Juez para lograr precisamente la verdad de los hechos en el proceso y con ello obtener no sólo la solución de la controversia en el caso concreto sino que se plasme una decisión lo más justa posible.

Como vemos se trata de una herramienta que el ordenamiento jurídico reconoce al juez –previo ejercicio del contradictorio–, que permite proveerle la información que necesita para la confirmación de las narraciones sobre los hechos (fuentes de prueba) para superar una insuficiencia probatoria, con el ulterior propósito de alcanzar la verdad del proceso. Comprender este sentido funcional nos permite dar el primer paso para hablar seriamente de la racionalidad de la iniciativa probatorio del juez. Por ende, no es muy racional el sistema jurídico que reconozca dicho poder y le asigne el propósito de lograr la mera convicción del juez, como erradamente se piensa, sino para lograr la confirmación de las alegaciones de las partes desde un procedimiento cognoscitivo y objetivo que nos permita reconstruir verazmente los hechos, especialmente frente a una insuficiencia probatoria, que es uno de los presupuestos que justifica dicho accionar del juez.

4. La motivación como justificación

Por otro lado, corresponde también que nos detengamos brevemente en analizar la obligación de motivación, especialmente aquellos tópicos vinculados con el tema en análisis. Para empezar, debemos indicar que la mayoría de las Constituciones modernas establecen, de modo expreso o implícito, la obligación de motivar las decisiones judiciales⁴⁰. El caso peruano no es la excepción, pues la Constitución establece que es un principio de la función jurisdiccional la motivación de todas las resoluciones judiciales (excepto el decreto) y en todas las instancias (art 139 inc. 5⁴¹). Lo que significa que el mandato constitucional de motivación no se limita a las sentencias si no que se proyecta a las resoluciones en general, lo que comprendería a los autos, que es la resolución con la que se pone en práctica la iniciativa en estudio. Justamente, debido al efecto vertical en el plano legislativo de esta disposición constitucional es que la mayoría de las leyes procesales nacionales lo han previsto de modo expreso, cuando hacen referencia a los requisitos de las sentencias, aunque también a los autos. Sin embargo, no se puede desconocer que existen ordenamientos en los cuales la motivación no es una obligación, como acontece en la experiencia norteamericana en donde las sentencias de primera instancia, de ordinario no se encuentran motivadas.

Además, conviene precisar que su principal función consiste en hacer posible un posterior control sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión, sean sobre los aspectos de las premisa de derecho o sobre la fáctica. Desde esta particular visión es posible apreciarla como forma de una justificación racional elaborada *ex post* respecto de la decisión, cuyo

⁴⁰ *Cfr.* COLOMER HERNÁNDEZ (2002: 72 y ss).

⁴¹ “Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

principal objetivo es permitir el control sobre la racionalidad de la propia decisión⁴².

Ahora bien, intentando esclarecer en qué consiste la motivación, debemos indicar que existen en la doctrina al menos dos concepciones.

Así, desde una perspectiva calificada como *psicologista*⁴³, algunos entienden que se trata de la mera exteriorización del camino o tránsito mental en virtud del cual el juez llega a formular una decisión⁴⁴. Este sentido es cuestionado, entre otras razones, porque ninguno de los destinatarios de las decisiones se encuentran en condiciones de determinar si el juez ha exteriorizado en la resolución todo o parte del *iter* mental que le ha conducido a la decisión⁴⁵. Por tanto, resultaría realmente imposible su control intersubjetivo. Desde otra concepción, denominada *lógica*, se sostiene que se trata propiamente de una labor de justificación mediante argumentos jurídicos y racionalmente válidos. Se habla entonces de la motivación como un discurso justificatorio, lo que supone un optimismo racionalista⁴⁶.

En este punto, es evidente que la segunda concepción de la motivación es la que ofrece las mayores ventajas de objetividad y

⁴² TARUFFO (2002: 435).

⁴³ IGARTUA SALAVERRÍA (2009: 19).

⁴⁴ FERRER BELTRÁN (2011: 89) explica que la concepción psicologista “identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión”.

⁴⁵ El Tribunal Constitucional peruano se ha mostrado crítico con la concepción psicologista, manifestando que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los jueces, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso” (STC N° 0728-2008-PHC/TC).

⁴⁶ IGARTUA SALAVERRÍA (2009: 23).

racionalidad frente al mandato constitucional, sobre todo porque permite ejercer adecuadamente el control intersubjetivo por parte de los destinatarios de la decisión judicial. Dicho en otros términos: una justificación racional de la decisión judicial⁴⁷.

Por tanto, el sentido de la motivación que la Constitución exige para las resoluciones judiciales es de carácter justificativo⁴⁸, requerimiento que en principio es vinculante para las sentencias, pero también por extensión a los autos, como bien lo viene entendiendo la doctrina y jurisprudencia de manera uniforme, porque precisamente mediante este tipo de resolución se ejercita la iniciativa probatoria del juez.

5. Racionalidad de la motivación sobre las “pruebas de oficio”

No obstante, la vinculación de la motivación con la iniciativa probatoria del juez, no se ubica específicamente en la motivación de la decisión sobre el derecho o de la premisa jurídica (*quaestio iuris*), sino propiamente esta motivación se ubica en el plano de la decisión sobre los hechos o la premisa fáctica (*quaestio facti*)⁴⁹.

⁴⁷ En este sentido, TARUFFO (2002: 435) sostiene que: “Es también habitualmente aceptada la tesis de que la motivación no puede considerarse como una explicación del procedimiento lógico o psicológico con el que el juez ha llegado a la decisión; es, más bien, la muestra que la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable”.

⁴⁸ Concepción que parece haber sido asumido por el TC en su jurisprudencia, precisando que “el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.” (STC N° 1480-2006- PA/TC).

⁴⁹ Siendo del mismo criterio el TC, cuando refiere que “tiene reiterado que la motivación debida de las decisiones –sean estas o no de carácter jurisdiccional– comporta que el órgano decisor y, en su caso, los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar

Siendo así, no habría ningún inconveniente en hacer extensivas las cuestiones conceptuales antes descritas, especialmente con la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho⁵⁰. En estos términos, la motivación sobre los hechos es tan igual de importante como lo es la motivación sobre el derecho aplicado⁵¹, pues se trata en definitiva de una garantía de racionalidad y control de la valoración de las pruebas⁵².

En este contexto, motivar los hechos consiste en exponer o explicar, con la forma de una argumentación justificativa, el razonamiento que permite otorgar una eficacia determinada a cada medio de prueba y que sobre esta base, fundamenta la elección a favor de la hipótesis sobre el hecho de que, con las pruebas disponibles, tiene un grado de confirmación lógica más elevado. Esto supone al menos dos cuestiones: i) que debe precisar los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias

una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o concisa. Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino, y sobre todo, de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada. Así pues, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional” (STC N^o 1293-2011: fundamento 8).

⁵⁰ NIEVA FENOLL (2014: 156) sostiene que “la razonabilidad es fundamental en la motivación. Exige del tribunal que exponga los motivos por los que se inclina a favor de acoger o no una petición. Para realizar esos razonamientos, el tribunal está obligado a ceñirse a las pruebas practicadas en el proceso, porque son las que han podido ser objeto de contradicción por parte de los litigantes”.

⁵¹ Estos principios generales son válidos también en referencia a la valoración de las pruebas y al juicio sobre el hecho. No cabe duda, en realidad de que también la motivación sobre los hechos es necesaria como la motivación, como la motivación sobre el derecho aplicado, precisamente como garantía de racionalidad y de controlabilidad de la valoración de las pruebas (TARUFFO 2002: 435).

⁵² TARUFFO (2002: 435).

que se han formulado y de los criterios utilizados para extraer sus conclusiones probatorias; y ii) que debe dar cuenta de los criterios con que se justifica la valoración conjunta de los distintos elementos de prueba, así como de las razones que fundamentan la elección final para que la hipótesis sobre el hecho esté justificada⁵³.

Estos criterios son aplicables para de motivación de la decisión sobre la “prueba de oficio”, pues el juez al momento de identificar la insuficiencia probatoria, presupuesto para su actuación, tiene la obligación de exteriorizar las inferencias probatorias que le han servido al juez para llegar a la conclusión que era completamente necesario utilizar dicha potestad, tomando en cuenta las narraciones fácticas formuladas por las partes y una real valoración individual y conjunta de los elementos de prueba.

De esta manera, podemos observar que el ordenamiento nacional (y también comparado) se orienta hacia una concepción racional de la decisión judicial no sólo sobre las sentencias, sino también sobre los autos que disponen la prueba de oficio, puesto que imponen a los jueces con mayor intensidad la obligación de motivar estas decisiones. Esto se ve de manifiesto, tanto en las leyes infraconstitucionales como en las normas constitucionales. Dicho en otras palabras: todo juez está enteramente obligado a ofrecer y exponer una justificación racional del auto por el que ejerce la iniciativa probatoria.

6. Filtro de racionalidad de la legislación y la práctica jurisdiccional

Lo explicado nos permite tener mayores elementos de análisis en la búsqueda de la racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. Por esta razón, ahora intentaremos someter las diversas disposiciones normativas –antes descritas– sobre las “pruebas de oficio” a una suerte de filtro de racionalidad de la decisión judicial.

⁵³ TARUFFO (2002: 436).

Lo que buscamos verificar es si las legislaciones procesales que, en efecto, reconocen formalmente la vinculación entre pruebas de oficio y motivación, se ajustan o no a los criterios que requiere una concepción racional del tema estudiado. A la par, intentaremos examinar si en la práctica jurisdiccional de la motivación sobre los hechos, relativos a la potestad probatoria estudiada, se ajusta o no a los criterios de racionalidad explicadas. La idea general es verificar si se viene considerando dichos indicadores de racionalidad en los textos normativos y en la jurisprudencia.

6.1. De la prueba legal y la pertinencia

En primer lugar, debemos ser firmes en sostener que un ordenamiento que regule un sistema de prueba legal o prueba tasada para la iniciativa probatoria del juez no es un indicador que haya asumido una concepción racional, puesto que su análisis no estaría cimentado sobre la base de procedimientos cognoscitivos articulados y controlables, que permitan determinar la existencia de una insuficiencia probatoria, sino que se fundaría en una determinación general y abstracta ejecutada por el legislador, una suerte de certeza puramente formal que no tiene nada que ver con la verdad⁵⁴.

Esto en el caso del ordenamiento jurídico peruano no parece ocurrir, ya que si revisamos, por ejemplo, la regulación de las “pruebas de oficio” en el proceso civil veremos que se consideran los criterios de pertinencia y necesidad (art. 194 CPC, conforme a la modificatoria de la Ley N° 30293), los cuales están correctamente vinculados con los hechos controvertidos establecidos en el proceso. Siendo así, no hay elementos que nos indiquen que el legislador haya pretendido la incorporación de algún sistema de prueba legal que fuerce al juez *ex ante*, a utilizar un medio de prueba específico para un determinado hecho. Criterio que, por la

⁵⁴ TARUFFO (2013a: 94).

vocación de supletoriedad del proceso civil, pueden ser utilizados en los procesos constitucional, laboral, administrativo y de menores, en donde no hay una regla clara al respecto. Tampoco, se observa alguna limitación en el proceso penal, en donde se toma como referencia que sea indispensable o manifiestamente útil para esclarecer la verdad (art. 385.2 NCPP), criterios que, efectivamente, son buenos indicadores de racionalidad de la decisión judicial sobre la prueba de oficio.

6.2. Sobre las reglas de exclusión probatoria

Al mismo tiempo, se sostiene que una concepción racional de la decisión sería incompatible con aquel ordenamiento que contenga numerosas y significativas reglas que excluyan medios de prueba relevantes, porque cierra el paso al ingreso en el proceso a pruebas que serían útiles para una corroboración racional de la verdad de los hechos⁵⁵.

Este criterio es completamente acorde con lo establecido en las disposiciones normativas relativas a las “pruebas de oficio” en todas los textos procesales nacionales, al menos en el derecho vigente⁵⁶, ya que no se encuentran previstos de modo expreso supuestos de exclusión o prohibición de una determinada prueba, abriendo la posibilidad de que el juez puede utilizar cualquier medio típico o atípico sin discriminación alguna o que en el ejercicio de dicha potestad pueda actuar más de un medio de prueba. Simplemente no hay limitación o prohibición alguna sobre el particular, aunque siempre en el marco de los criterios antes mencionados. Este criterio es importante porque, como se ha sostenido, la utilización de todos los medios de prueba relevantes maximiza

⁵⁵ TARUFFO (2013a: 94).

⁵⁶ Un dato histórico relacionado con este punto, lo constituye el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, en el que se establecía la excepción de utilizar dicha potestad de oficio sobre la prueba de testigos (art. 670).

la posibilidad de que se logre una reconstrucción veraz de los hechos⁵⁷, en particular en cuanto a las narraciones fácticas relativas a la insuficiencia probatoria. Sin embargo, en la práctica jurisdiccional esta libertad en la valoración de la iniciativa probatoria, viene causando algunos problemas⁵⁸.

6.3. De la función epistémica de la prueba

También, es un indicador de racionalidad de la motivación sobre los hechos, cuando el ordenamiento establece el llamado libre convencimiento, en virtud del cual el juez es libre de utilizar su propia razón en la evaluación de las pruebas en la búsqueda de la verdad de los hechos. Pero el problema es cuando se interpreta, conforme a la versión más radicalmente subjetivista del concepto de la *intime conviction* (de la tradición francesa), resultado de una persuasión interior⁵⁹. En este sentido, atribuirle este sentido a la iniciativa probatoria del juez podría ser altamente riesgoso para la pretendida racionalidad, pues la consideración de una prueba adicional –tomando en cuenta la insuficiencia probatoria– estaría basada en lograr única y finalmente la convicción del juez y no propiamente la reconstrucción veraz de los hechos.

⁵⁷ TARUFFO (2013a: 94).

⁵⁸ En la Sentencia de Casación N° 1248-2000-LORETO, se observa una distorsión del uso de la potestad probatoria de oficio para incorporar pruebas extemporáneas: “Que, esta regulación no limita la facultad que tiene el Juzgador de mérito de ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, la que comprende admitir la prueba extemporánea ofrecida por alguna de las partes, como bien pudo haber hecho la Sala de Revisiones, para lo cual debió expedir resolución motivada que se notifica a las partes, cumpliendo así con los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción que rigen la actuación probatoria, de tal manera que el contrario pueda tener la posibilidad de controlar la actuación de la prueba adversa”

⁵⁹ TARUFFO (2013a: 95).

Ahora bien, si revisamos este criterio en el ordenamiento procesal peruano, podemos notar que tanto en el proceso constitucional (art. 9 CPConst.) como en el de menores (art. 174 CNyA) no existe mención alguna sobre el propósito que persiguen los medios de prueba en general, ni menos de los que se incorporan al proceso como resultado del poder probatorio del juez. Pero no ocurre lo mismo en el proceso civil (art. 194 CPC) y el contencioso administrativo (art. 132 PCA), en donde se regula de manera expresa que los medios probatorios (aportados a iniciativa de parte y de oficio) tienen el propósito la “formación de convicción”. Luego, desde una visión casi opuesta a la mencionada, se encuentra las reglas previstas para el proceso penal (art. 385 CPP), en la que se menciona de manera apropiada que la actuación de estos nuevos medios probatorios tiene como propósito esclarecer la verdad en el proceso. Finalmente, se encuentra el caso del proceso laboral (art. 28 NLPT), que bien podríamos catalogar como mixto, pues se establece que la función de los medios de prueba será tanto de producirle certeza como la convicción al juez.

Como observamos existe una tendencia en el proceso civil, de menores y laboral de considerar que la necesidad de suplir la deficiencia probatoria –presupuesto para el ejercicio de la iniciativa probatoria– tendría como destino alcanzar la convicción del juez, lo cual en principio podría ser muy riesgoso, pues da pie a pensarse que la prueba sería meramente un instrumento de persuasión (función retórica) y no propiamente tendría una función epistémica que tienda alcanzar la verdad de los hechos del proceso, que es precisamente el sentido que encajaría dentro de una concepción racional⁶⁰. Luego, es muy coherente fijar como funcio-

⁶⁰ En este sentido el TC ha considerado lo siguiente: “[...] que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales ampara al justiciable frente a la arbitrariedad judicial y que garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso” (Cfr. STC N° 03943-2006-PA/TC, f.j. 4º).

nes de las pruebas tanto el convencimiento como alcanzar la certeza (entendida como verdad), como se establece en el proceso laboral, ya que la primera responde a una concepción epistémica o de conocimiento mientras que la segunda a una función retórica, es decir, responden a dos concepciones y funciones de la prueba totalmente distintas.

En este sentido, 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 racional⁶¹. Lamentablemente, en la práctica jurisdiccional guiados por el texto normativo, se sigue considerando a la convicción como propósito de dicho poder probatorio⁶².

6.4. Del contradictorio en sentido fuerte

Otro de los criterios básicos que nos permite aproximarnos a la racionalidad de las pruebas de oficio, es el reconocimiento del principio del contradictorio o audiencia en sentido previo o *ex ante* (o en sentido fuerte). En efecto, el respeto al derecho funda-

⁶¹ TARUFFO (2013a: 95).

⁶² Por ejemplo, en la Sentencia de Casación N° 3929-2013 Lambayeque, f.j. 11º, se establece lo siguiente: “Que, siendo así, se advierte que la sentencia impugnada ha incurrido en infracción del deber de motivación a que se refiere el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, toda vez que lo resuelto no se sujeta al mérito de lo actuado, ni expresa las razones donde se funda la decisión adoptada. En todo caso, si los Jueces estiman que es necesario recurrir al auxilio de profesionales especializados a fin de determinar si el bien de propiedad de la demandante corresponde en efecto a una fracción del inmueble inscrito a nombre de los demandados, pueden hacer uso de la facultad prevista en el artículo 194 del Código Procesal Civil e incorporar de oficio la actuación de la prueba pericial respectiva, a fin de formar convicción sobre el derecho discutido en autos”.

mental al contradictorio es un elemento esencial en la proposición y práctica de la iniciativa probatoria del juez y un fuerte indicador de su democratización, quedando con esto superada la idea de un poder ejercido de manera unilateral y excluyente por el juez, sin participación de las partes. Su incorporación como presupuesto de dicho poder le da un sentido democrático y participativo (democratización de la prueba de oficio). Tanto es así que nos atreveríamos a sostener que si bien su regulación legal (y adhesión doctrinal) a lo largo de la historia procesal ha encontrado diversas justificaciones –no exentas de cuestionamientos–, sin embargo, su reconocimiento actual alcanza su justificación en el Estado Constitucional, precisamente, porque su ejercicio presupone un estricto respeto al contradictorio de manera previa. Bajo estos términos, esta iniciativa queda también legitimada en el marco un modelo constitucional del proceso.

En cuanto al proceso civil, se aprecia que este criterio ha sido incorporado mediante la última modificatoria (Ley N° 30293) bajo la indicación que se “deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba” (art. 194 CPC). Se trata del establecimiento del contradictorio previo, nunca antes considerado –al menos no de modo expreso– en los textos procesales civiles antecedentes al vigente. Por lo que, a partir de tal fijación legal, el juez civil de primera y segunda instancia (y en general quienes impartan justicia civil) no podrá más utilizar dicha iniciativa si es que antes no se permite la oportunidad real de que participen las partes de manera previa⁶³. Este criterio también se observa en la regulación del proceso penal vigente, aunque no modo expreso. Empero, de la fórmula empleada por el art. 385.1 NCPP (“previo debate de los intervinientes”) es posible inferir la consideración al contradictorio en sentido fuerte, que implica el compromiso del juez por

⁶³ Para un mayor detalle sobre las propuestas para articular el contradictorio en las “pruebas de oficio”, puede revisarse ALFARO VALVERDE (2015: 266-269).

promocionar y fomentar el debate previo entre las partes, como paso previo a la utilización de tal poder. Sin embargo, respecto al proceso administrativo, de menores y laboral, no aparece ninguna indicación expresa – o menos que se pueda interpretar– al derecho fundamental del contradictorio. No obstante, consideramos que (por la naturaleza de dichos procesos no penales) su articulación y práctica en estos procesos bien puede ser considerado, aplicando supletoriamente las reglas previstas para el proceso civil (1º Disposición Final del CPC⁶⁴). Contrariamente a esta tendencia, el proceso constitucional prevé que las actuaciones probatorias incorporados al proceso por iniciativa del juez “no se requerirá notificación previa” (art. 9 CPConst.), situación que es paradójica, pues no se concibe como así en el diseño procesal de los procesos constitucionales, que están enderezados a tutelar los derechos constitucionales, vulnera el derecho fundamental al contradictorio.

De lo revisado vemos pues que existe una generalización en la incorporación del contradictorio previo, lo cual es un avance importante en la búsqueda de la racionalidad de dicha potestad probatoria, situación que parece estar incidiendo de manera determinante en la práctica jurisdiccional⁶⁵. Empero, creemos que no se logrará a plenitud si sólo se la concibe como un simple acto

⁶⁴ “Primera. Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

⁶⁵ Esto se ve reflejado en la Sentencia de Casación N° 2864-2014 Lambayeque, f.j. 6º, en el que sostiene: “En este escenario subyace y adquiere relevancia el derecho a la defensa de las partes que como garantía de orden constitucional se pone de manifiesto en el derecho al contradictorio, pues éste debe quedar garantizado cuando se haga uso de la facultad oficiosa excepcional en comento, a fin de que las partes puedan proponer la defensa que estimen conveniente en aras de cautelar sus intereses o derechos, en atención a los efectos jurídicos que la prueba incorporada de oficio pudiera generar en la decisión que en definitiva se adopte en un proceso particular”.

de notificación (contradictorio débil), sino mediante la participación libre de las partes y cuando la decisión judicial en cuestión sea el resultado del debate previo dirigido por el juez (contradictorio fuerte). Ciertamente, esta forma de comprender y respetar el contradictorio en el contexto analizado constituye un desafío que exigiría un cambio de mentalidad y sobre todo de cultura jurídica de los jueces.

7. El binomio: motivar e impugnar

Mención aparte merece la estrecha vinculación entre la motivación de la iniciativa probatoria y la impugnación, identificada en este estudio por el binomio: “motivar e impugnar”.

Dado que entre los destinatarios de la motivación están las partes –a los efectos de que puedan conocer las específicas razones que conllevaron a determinada decisión y de no estar conforme tengan la posibilidad de impugnarla, mediante el recurso respectivo– se habla así de una función *endoprocesal* de la motivación⁶⁶, con la precisión de que los medios de control pueden comprender a otros sujetos (control difuso).

En estos términos, la motivación como justificación permite que las partes puedan ejercer un control intersubjetivo sobre los criterios utilizados por el juez para emitir la decisión⁶⁷, de modo que una defectuosa o nula motivación impediría la posibilidad de control real por las partes de la decisión del juez. Existe pues un

⁶⁶ IGARTUA SALAVERRÍA (2009: 15).

⁶⁷ Sobre la motivación como objeto de control, Taruffo sostiene que “expresa la exigencia general y constante de controlabilidad sobre la manera en la que órganos estatales ejercen el poder que el ordenamiento les confiere, y desde esta perspectiva, la obligatoriedad de la motivación de la sentencia es la manifestación específica de una ‘principio de controlabilidad’ más general, que resulta esencial para la noción moderna de estado de derecho, y que produce consecuencias análogas también en campos distintos al de la jurisdicción” (TARUFFO 2006: 354)

vínculo inescindible entre motivación e impugnación (control institucional), por lo que no es justificable un ordenamiento que prevea el deber de motivación de alguna específica decisión judicial sin que inmediatamente establezca la posibilidad de impugnarla o al menos que no lo prohíba expresamente.

Este razonamiento que parece natural y comúnmente compartido, lamentablemente no sucede para el caso de la iniciativa probatoria del juez, puesto que si revisamos con detenimiento el ordenamiento procesal del país, nos daremos cuenta que –a excepción del proceso constitucional (art. 9 CPConst.)– el proceso civil (en general todos los procesales no penales analizados) y el proceso penal se establece la prohibición de la impugnación. Para expresar esta prohibición, algunas veces se utiliza categorías más amplias, calificando la resolución como “inimpugnable”, como ocurre en el proceso civil (art. 194 CPC), proceso administrativo (art. 32 PCA) y proceso laboral (art. 28 NLPT); otras veces se prevé de manera específica, sea precisándose que la resolución “no es recurrible”, como ocurre en el proceso penal (art. 385.3 NCPP) o calificando como decisión “inapelable”, como ocurre en el proceso de menores (art. 174 CNyA).

Se trata de una regulación bastante criticable y opuesta a todo sentido mínimo acerca de la función que asume la motivación de la decisión judicial, especialmente a la posibilidad de que las partes puedan controlar una decisión específica del juez que tiene incidencia en la decisión final. Pese a esto en la práctica jurisdiccional existen algunas sentencias en donde parece dejarse abierta la posibilidad de cuestionar la resolución⁶⁸. Sin embargo, esta disociación de formantes jurídico entre la interpretación mayoritaria (doctrina) y esta particular proscripción normativa (ley),

⁶⁸ Por ejemplo, en la Resolución de Vista N° 2471-98, f.j. 1º: “Que, no obstante que la facultad discrecional del Juez para ordenar pruebas de oficio, es inimpugnable, ello no quiere significar que dicha prerrogativa no sea pasible de remedios procesales, cuando no existe razonabilidad en la decisión adoptada”.

no alcanza ninguna justificación racional. Por el contrario lo único que genera es una grave afectación a las posibilidades de control de las decisiones judiciales reconocida en la Constitución.

8. Reflexiones finales

Se ha constatado que en la legislación procesal infraconstitucional frecuentemente se estila articular la obligación de motivación con la iniciativa probatoria del juez. Pero hemos visto que no es una cuestión formal de mera “técnica procesal” u “opción legislativa neutra”, sino que la razón fuerte de tal vinculación, depende primordialmente de la adhesión valorativa –expresa o implícita– sobre determinado enfoque ideológico del proceso y sobre la función de la prueba de los hechos.

La conexión de la concepción epistemológica de la prueba y del sentido de la motivación como justificación (sobre los hechos) nos ofrece criterios o elementos para aproximarnos a una verdadera racionalidad de la iniciativa probatoria del juez. Desde esta perspectiva el juez no podrá “motivar” el auto por la que ejerce este poder probatorio, sustentándolo en cuestiones subjetivas, menos podrá alegar superficialmente la búsqueda de su convicción interna, sino por el contrario, se le deberá exigir en sus decisiones al menos los siguiente criterios: i) que no se haya excluido ninguna prueba relevante; ii) que se proceda a individualizar cada medio probatorio; iii) que las inferencias se fijen a partir de generalizaciones fundadas en conocimientos científicos o empíricos, iv) que la hipótesis se encuentren confirmada por los medios de prueba y no haya sido objeto de refutación; y v) que la evidencia sea suficiente, para superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso⁶⁹.

⁶⁹ Estos criterios han sido fijados a partir de la propuesta de racionalidad expuesta en el ensayo de ZAVALTA RODRÍGUEZ (s/f: 3).

Pese a ello en la práctica jurisdiccional se observa que dicha motivación adolece de justificaciones apropiadas, ya que se limitan a simples enunciaciones genéricas; asumiendo posiciones escépticas sobre la posibilidad de racionalizar y controlar dicha resolución. Hecho que viene generando muchos problemas que linda incluso con la arbitrariedad. Esperamos que esta investigación ofrezca algunos elementos argumentativos que permita llenar un vacío la academia, pero sobre todo que ofrezca criterios aplicativos que permitan mejorar y perfeccionar la labor jurisdiccional sobre la motivación de las decisiones relativas a dicha iniciativa probatoria.

Referencias

ALFARO VALVERDE, Luis

2008 “Reflexiones sobre la iniciativa probatoria del Juez en el Derecho Civil peruano”. *Revista Jurídica del Perú*, pp. 352-360.

2015 “Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las “pruebas de oficio”. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, pp. 258-259.

APARICIO Y GOMEZ SANCHEZ, Germán

1935 *Código de Procedimientos Civiles. Concordancias, Suplemento*. Lima: Talleres gráficos de las penitenciaría.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio

2002 *La Motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y Víctor MORENO CATENA

2000 *Derecho procesal civil. Parte general*. Tercera edición. Madrid: Colex.

FERRER BELTRAN, Jordi

2002 *Prueba y verdad en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, Madrid.

2011 “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, Nº 34.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan

2009 *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

MONROY GALVEZ, Juan

2008 “Relación sobre la prueba entre la oralidad y la escritura en el proceso civil peruano”. *Revista peruana de derecho procesal*, pp. 293-306.

MONTERO AROCA, Juan

2007 *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson-Civitas.

NIEVA FENOLL, Jordi

2014 *Derecho Procesal. I. Introducción*. Madrid: Marcial Pons.

PARODI REMON, Carlos. “Bases para la reforma del procedimiento civil peruano”, en: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Vol. 8, N° 8, Librería del Profesional Ltda., Bogotá, 1989, p. 136.

PROTO PISANI, Andrea

2014 *La tutela jurisdiccional*. Lima: Palestra.

TALAVERA ELGUERA, Pablo

2009 *La prueba en el nuevo proceso penal. Manual del derecho probatorio y de la valoración de las pruebas en el proceso penal común*. Lima: AMAG.

TARUFFO, Michele

1990 “Modelli di prova e di procedimento probatorio”. *Rivista di diritto processuale*.

2002 *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta.

2006 *La motivación de la sentencia civil*. Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

2010 *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons.

2013a *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

2013b “La verdad en el proceso”. *Derecho y Sociedad*. N° 40.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y VINATEA RECOBA, Luis

2010 *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Lima: Gaceta Jurídica.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger

s/f “La justificación racional de los hechos”. Recuperado de:
https://www.academia.edu/6337276/LA_JUSTIFICACION_RACIONAL_DE_LOS_HECHOS

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**