

# Aspectos Relevantes sobre la Iniciativa Probatoria del Juez Civil

Martín Fajardo Mori\*\*

*En el presente artículo se plantea la relevancia de la facultad probatoria de oficio del juez a través de un estudio de la institución probatoria. Ponderando la facultad probatoria de las partes con la del juez y su rol como aquella persona que debe ser capaz de descubrir la verdad, no solo a través de las pruebas presentadas por las partes, sino por aquellas que puedan resultar pertinentes a su criterio. Asimismo, se delinean los límites y requisitos de la iniciativa probatoria del juez civil, los cuales deben estar presentes en un Estado de Derecho.*

## I. Presupuesto: el derecho a probar como derecho fundamental

Sin duda uno de las cuestiones más polémicas en el derecho procesal es el rol activo que debe adoptar el juez dentro de una contienda sometida a él por las partes. Hasta se podría decir que las posiciones en uno u otro sentido son irreconciliables. Quienes están a favor señalan que el juez debe, respetando las garantías procesales de las partes, conocer la verdad para lograr una resolución justa del conflicto. En cambio, quienes se oponen establecen que con ello el juez vulnera diversos valores constitucionales, como por ejemplo, su condición de tercero imparcial.

Para analizar el sustento de la iniciativa probatoria de los jueces y sus límites nos parece necesario dedicarle unas palabras previas al derecho a probar, pues, como su nombre lo indica, la iniciativa probatoria del juez tiene relación directa con este derecho fundamental.

Cuando se hace referencia a la prueba desde el punto de vista de las partes cala inmediatamente el concepto de carga procesal esbozado por el profesor Goldschmidt, cual "imperativo del propio interés".<sup>1</sup> Así,

se suele señalar que sobre las partes pesa la carga de la prueba, esto es, la carga de probar sus alegaciones fácticas.

De este modo, como señalan los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, si las partes no logran librarse de esta carga, no obtendrán la tutela jurisdiccional pretendida. Ello, no implica que los brocados *onus probando incumbit actore* (la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión) y *actore non probante reus absolvitur* (si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada) sean absolutos, puesto que una de las partes puede válidamente beneficiarse de la prueba aportada por su contraparte o, lo que será materia de análisis, de la prueba aportada por el juez, ya que una vez admitida ésta "pertenece" al proceso.

Pero esto no es todo, si partimos de la premisa que corresponde a las partes probar sus afirmaciones, la consecuencia lógica es que se les permita librarse efectivamente de esta carga aportando no sólo los hechos, sino también todos aquellos medios que puedan servir para demostrar ante el juez la veracidad de éstas. Después de todo, el juez debe pronunciarse sobre un grado de certeza de los hechos. De ahí que,

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal Laboral por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Benites, Forno & Ugaz Abogados.

\*\* Especial agradecimiento al Dr. Giovanni Piori por su amistad y consejos para la elaboración del presente trabajo.

1 "(...) Pero para el enfoque procesal, la carga, el imperativo del propio interés, es la única forma en que se manifiesta un imperativo bajo amenaza de un perjuicio. La causa jurídica consiste en que la lucha de las partes integra la esencia del pleito, y en que impone a las partes la necesidad de actuar, es decir, de emplear los medios de ataque y defensa. Y la consecuencia del descuido de la partes es el empeoramiento de su situación procesal, es decir, el inicio o el aumento de la perspectiva de una sentencia desfavorable.

Ahora bien, a los litigantes como tales no les incumbe en el proceso en general ningún deber, ninguna obligación. Hay una carga, no un deber de fundamentar la demanda, de probar, de comparecer, de contestar. (...)

Como la carga procesal es un imperativo del propio interés, no hay frente a ella un derecho del adversario o del Estado. Al contrario, el adversario no desea otra cosa sino que la parte no se desembarace de su carga de fundamentar, de probar, de comparecer, etc. Se encuentra aquí el fenómeno paralelo al de los derechos procesales, frente a los cuales no hay obligación. En cambio, si existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida". GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Madrid, 1936, pp. 82-100.

como bien señala la profesora Eugenia Ariano, “el probar no sólo debe ser visto como una carga, sino, también y principalmente, como un derecho, pues existe un derecho a la prueba”.<sup>2</sup>

Así pues, llegamos a la conclusión que el derecho a probar está íntimamente ligado al derecho de defensa<sup>3</sup> y, por ende, integra el complejo derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual tiene como máxima asegurar que todo el proceso, desde su inicio hasta su culminación, cuente con las mínimas garantías necesarias para que las decisiones que se emitan sean justas.<sup>4</sup>

A diferencia de otros ordenamientos<sup>5</sup>, nuestra Constitución Política no reconoce expresamente el derecho a probar, sin embargo, su existencia se desprende de los incisos 3 y 14 del artículo 139 de la Carta Magna, normas que consagran como principio y derechos de la función jurisdiccional la observación del debido proceso y la tutela judicial, y la de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; respectivamente.<sup>6</sup>

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia”.

Pero el derecho a la prueba no se limita al derecho de poder contradecir la prueba de la contra parte, sino que además abarca el derecho de defenderse de la prueba dispuesta por el juez y de participar activamente en la producción probatoria, en virtud del principio del contradictorio, el cual debe estar presente en todo el devenir del proceso. Como bien señala el profesor Michele Taruffo, “en ningún caso el tribunal debiera interferir con el derecho de las partes a contradecir a la otra, y no debiera basar su decisión sobre argumentos que las partes no han estado en

posición de discutir, ni podría basarse en argumentos legales sin que las partes hayan sido previamente invitadas a presentar sus argumentos”.<sup>7</sup>

Debe observarse que por tratarse el derecho a probar de un derecho fundamental, éste goza de todos los atributos y características propios de los derechos de esta categoría, lo cual incluye el derecho a la efectividad.<sup>8</sup> Sin embargo, el derecho a la prueba no es absoluto, por lo cual, para lograr su máximo grado de satisfacción en caso de colisión, será necesario aplicar la técnica de ponderación o proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales.

En lo que respecta a su ejercicio en el plano legal, el profesor Joan Picó I Junoy señala que el derecho a la prueba debe acomodarse a las siguientes exigencias y condiciones impuestas por la normativa procesal: 1) la pertinencia o relevancia de la prueba (relación con el objeto del proceso y con lo que constituye *thema decidendi*); 2) la licitud de la prueba (obtención y actuación de la prueba sin infracción de derechos fundamentales) y; 3) la oportunidad y formalidad para su ejercicio.<sup>9</sup> Los dos primeros son límites intrínsecos o inherentes; mientras que el último es un límite extrínseco.

De esta manera, entrando ya de lleno al tema que nos convoca, para lograr un equilibrio entre la iniciativa probatoria del juez y al derecho fundamental de las partes de defenderse probando, debe tutelarse que los litigantes puedan: 1) oponerse a la relevancia y la admisibilidad de la prueba de oficio; 2) participar en su producción; 3) aportar pruebas en contrario y; 4) cuestionar antes de la decisión la eficacia de las pruebas de oficio.<sup>10</sup>

## II. El rol activo o inquisidor del juez civil

En la actualidad se entiende el proceso como un instrumento al servicio de los particulares para evitar efectivamente la lesión o insatisfacción de sus intereses de manera justa, armonizando los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales.<sup>11</sup>

2 ARIANO DEHO, Eugenia. “El Derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. En: *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores, Lima, primera edición, 2003, pp. 169.

3 El derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona a: i) intervenir en todos los procesos en que se ventilan cuestiones concernientes a sus intereses; ii) tomar conocimiento de la existencia de procesos en los pueden verse afectados por sus resultados; iii) formular alegaciones; iv) probar sus alegaciones; v) contradecir y; vi) que sus alegaciones y pruebas sean valoradas en la sentencia. Esta síntesis de las garantías que supone la defensa se obtiene de CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

4 Véase: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. Ara Editores, Lima, primera edición, 2001.

5 “El derecho a la prueba aparece recogido por primera vez en el constitucionalismo español en la actual Carta Magna de 1.978. Los Textos Fundamentales históricos contienen referencias a otros derechos de naturaleza procesal, como el derecho al debido proceso, al juez natural o legal o a la defensa, omitiendo toda alusión al derecho objeto de análisis. Lo mismo sucede con los textos constitucionales de nuestro entorno jurídico-cultural, como la Constitución Italiana de 1947, la Ley Federal de Bonn de 1949, o las recientes constituciones portuguesas de 1976, y andorra de 1993”. PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1996, pp. 13.

6 Sobre este derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139º, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”. STC 010-2002-AI. TARUFFO, Michele. “Investigación Judicial y Producción de Prueba por las Partes”. En: *Revista de Derecho* (Valdivia). Vol. XV – Dic. 2003, pp. 212.

7 Por ello es contundente la frase del profesor Francisco Chamorro: “tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela”. CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona, 1994, pp. 276.

9 PICÓ I JUNOY, Joan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 146–149.

10 “De un modo parecido, un poder amplio de investigación por parte del tribunal podría ser contrapesado (no limitado) por la plena oportunidad de las partes para presentar toda su prueba, para discutir y contrargumentar acerca de la relevancia, admisibilidad y valor probatorio de la prueba reunida por el tribunal por propia iniciativa, y para presentar prueba contraria enfocada a destruir los hechos que pudieran ser probados por la prueba reunida por el tribunal. De esta manera, la investigación llevada a cabo de oficio por el tribunal podría ser adecuadamente combinada con una posibilidad plena para las partes de desarrollar sus propias defensas acerca de los hechos del caso, a la vista del propósito global de conseguir la más completa y fidedigna reconstrucción de los hechos”. TARUFFO, Michele. *Ob. Cit.* pp. 213.

11 “La situación antes descrita ha comenzado a sufrir un cambio radical, pues la doctrina procesal de fines del siglo XX comenzó a buscar una reconciliación entre el desarrollo de los institutos procesales y la tutela de las situaciones jurídicas materiales a través de la noción de “tutela jurisdiccional efectiva”, sin abandonar, claro está, uno de los más grandes logros de la disciplina procesal: la concepción del derecho de acción como derecho autónomo y, si no perdemos la real dimensión de las cosas, como abstracto”. PRIORI POSADA, Giovanni F. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et Veritas* N° 26, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 277–278.

Así pues, partiendo de la premisa que el fin del proceso es garantizar la justicia y la paz social, se forja la concepción que el juez no debe ser un simple “espectador” de las partes sino que debe ser su “director”, y como tal debe tener un papel más que activo en la actividad de instrucción para descubrir la “verdad”<sup>12</sup>.

**“(...) el juez no debe conformarse con la “verdad” aportada por las partes y la que se desprende de sus actividades (o inactividades), sino que además, disponiendo de pruebas de oficio, debe buscar la verdad real o material.”**

En este punto conviene realizar una salvedad, el otorgamiento de iniciativas materiales a los jueces en los códigos procesales no tiene necesariamente relación con el carácter autoritario o fascista imperante del gobierno de turno.<sup>13</sup> La validez de una norma depende de su propio contenido y alcance, no de la época en la cual fue elaborada, redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplica en los hechos. De ahí que puedan coexistir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia del carácter más o menos liberal o social del régimen político en que fueron armados.<sup>14</sup>

Siendo pues que en el proceso contemporáneo ya no sólo se encuentran en juego intereses privados de las partes –llamada privatista–, sino que aquel las trasciende con el objetivo de obtener un fallo ajustado a Derecho que también garantice la paz social –llamada “publicista”–, debería aumentarse los poderes de iniciativa probatoria del juez para buscar la verdad. Después de todo, una vez iniciada la

controversia por las partes –principio dispositivo– el desarrollo del proceso le pertenece al Estado, el cual es el único titular de la función jurisdiccional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función.<sup>15</sup>

Sin duda, si el juez tiene que descubrir la verdad tiene que estar facultado para ello, lo cual implica inevitablemente su injerencia, en mayor o menor medida, en el proceso. Esto en buena cuenta es, pese a la negativa de algunos autores<sup>16</sup>, asignarle al juez poderes inquisitivos para “garantizar” que triunfe la verdad y la justicia –interés general–, en vez de la habilidad y el poder económico de una de las partes –interés particular–.<sup>17</sup>

Sobre esta tendencia “moderna”<sup>18</sup>, el profesor Hernando Devis Echandi señala que “no existe duda alguna respecto del carácter mixto inquisitorio y acusatorio de ambos procesos en los tiempos modernos y contemporáneos”<sup>19</sup> y, por lo que respecta al proceso civil “existe en la actualidad la tendencia a otorgarle al juez facultades para decretar y practicar pruebas oficiosamente”.<sup>20</sup>

En resumen, la atribución al juez para ordenar medios probatorios se sustentaría principalmente en dos razones. La primera, la búsqueda de la verdad a la que todo proceso debe pretender para que los pronunciamientos sean justos y garanticen la paz social (“publicización” del proceso). La segunda, obtener una efectiva igualdad jurídica entre las partes (“socialización” del proceso).

Así, el juez no debe conformarse con la “verdad” aportada por las partes y la que se desprende de sus actividades (o inactividades), sino que además, disponiendo de pruebas de oficio, debe buscar la verdad real o material. Con esta lógica, únicamente después de todo ello el juez podrá aplicar las consecuencias inherentes de la denominada carga de la prueba.

12 Sobre este punto conviene realizar una precisión. La verdad es un concepto tan buscado como esquivo y subjetivo, siendo por ello que no es la finalidad de la función jurisdiccional. Lo que el juez debe extraer sobre las pruebas es certeza (sobre la verdad), no la verdad en absoluto, y sobre ella (porque probada) emitir un pronunciamiento sobre los derechos subjetivos deducidos en el proceso. Esto de ninguna manera significa predicar la indiferencia hacia la justicia, sino busca evitar importar discusiones filosóficas no admitidas unánimemente al proceso judicial porque éste no tiene y nunca ha tenido por objetivo obtener la verdad llamada material. No obstante, a efectos de continuar con el presente trabajo continuaremos usando esta denominación.

13 TARUFFO, Michele. “Poderes Probatorios de las Partes y del Juez en Europa”. En: *Advocatus* N° 15. Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, 2006, pp. 15–33.

14 “Conviene poner en evidencia el equívoco fundamental de la suposición de que gobiernos autoritarios acostumbren inclinarse al fortalecimiento de los jueces. Los poderes que ellos se empeñan en fortalecer son, generalmente, los del Ejecutivo, no los del Judicial”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “El neoprivatismo en el proceso civil”. En: *Proceso Civil e Ideología*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 203.

15 “La ideología social emergente en el presente siglo lleva consigo en Europa el fenómeno de la <<sociabilización>> del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.

Una de las consecuencias más relevantes de la <<publicización>> o sociabilización del proceso civil se concreta en el hecho de que, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función”. PICÓ I JUNOY, Joan. *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*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 102–103.

16 Véase: TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos*. Editorial Trotta, Madrid, 2002.

17 “También el uso del término “inquisitorio” para indicar el sistema de adquisición probatoria encomendado al impulso del juez ha sido criticado, observando que aquél tiene una fuerza sugestiva de signo negativo y por tanto carácter desorientador. En honor a la verdad el término expresa con precisión y fidelidad el dato al que se refiere: el juez dotado de poder probatorio conduce *sua sponte* una indagación sobre los hechos deducidos en juicio, como si fuera un agente de policía, por lo que la solución “inquisitorio” o “inquisición” es perfectamente adecuada al caso”. MONTELEONE, Girolamo. “Límites a la Prueba de Oficio en el Proceso Civil (Referencias de Derecho Comparado y sobre el Derecho Comparado)”. En: *Revista Crítica de Derecho Privado*. Publicación del Taller de Derecho Civil “José León Barandiarán” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009, pp. 265.

18 En realidad la prueba de oficio no es algo moderno. La historia nos enseña que ésta institución ya estaba presente en la época de La Curia Filipica de Hevia Bolaños, puesto que se reconocía la iniciativa probatorio del juez en cualquier estado de la causa “aunque sea después de concluida, y hasta antes de la sentencia, para averiguar la verdad (...)”.

19 DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Biblioteca Jurídica Dike*, Medellín, Primera Edición Colombiana, Tomo I, 1987, pp. 75.

20 DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Ob Cit.* pp. 76.

### III. La prueba de oficio en el proceso civil

Determinado que “modernamente” la verdad es el pilar del proceso en lo que respecta al derecho a la prueba<sup>21</sup>, resulta evidente que estas tendencias “publicística”<sup>22</sup> y “sociabilizadora”<sup>23</sup> están presentes en el ordenamiento procesal peruano.

Al ser el Código Procesal Civil la norma supletoria por excelencia, corresponde centrar nuestro análisis sobre su regulación de la prueba de oficio, esto es, de la prueba no ofrecida por las partes sino ordenada por el juez. Pues bien, sobre el particular resulta pertinente el artículo 194, el cual establece que “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”.

De esta cita se pueden apreciar seis hechos relevantes. El primero, la iniciativa probatoria del juez es complementaria al de las partes, no supletoria. Es decir, la prueba dispuesta de oficio sólo entra a tallar “cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción”.

Después de todo, el juez es un tercero al cual deben convencer las partes probando sus alegaciones, no un tercero que debe auto convencerse sobre la verdad de las alegaciones expuestas por una de las partes. Caso contrario, el juez perdería su rol de árbitro imparcial, inclinando los platos de la balanza de la justicia en una determinada dirección.

En segundo lugar, la oportunidad del juez para ordenar pruebas debe ser tras los resultados probatorios, esto es, luego de la valoración de los medios probatorios ofrecidos, admitidos y, de ser el caso, actuados. Sólo al momento de la decisión el juez podrá apreciar si existe algún hecho trascendente sobre el cual debe tener certeza antes de pronunciarse y si dicha insuficiencia probatoria amerita el no empleo de la regla de la carga de la prueba.

En tercer lugar, la decisión del juez por la cual dispone la actuación de medios probatorios debe estar debidamente fundamentada, lo cual implica que su decisión exprese de manera clara y concreta los fundamentos por los cuales dispone la aportación al proceso de pruebas de oficio, así como la pertinencia o relevancia y, la finalidad de estos medios probatorios.

Con ello se cumple con: i) permitir el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública (publicidad); ii) se hace patente el

sometimiento del juez al imperio de la ley; iii) se logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial y; iv) se compensa – de alguna manera- la limitación de no poder discutir la eficacia de la decisión del juez de utilizar su iniciativa probatoria. Por ello, no basta que los jueces señalen la base legal para disponer una prueba de oficio, deben motivar, y motivar debidamente, de lo contrario se cae en una arbitrariedad.

En cuarto lugar, la decisión por la cual el juez ordena la aportación de medios probatorios de oficio es inapelable. Ciertamente, dicha exclusión debe ser interpretada restrictivamente al ser el derecho a la prueba un derecho fundamental y porque una vez que ésta es incorporada pertenece al proceso, no al juez ni a alguna de las partes. Por ello, lo único que no podrían realizar las partes según nuestro Código Procesal Civil es oponerse a la decisión del juez –que cumple por cierto con todos los requisitos de validez– que ordena la prueba.

En rigor, las partes pueden actuar en la producción de las pruebas de oficio, de ser el necesario, y éstas deben ser puestas a su conocimiento antes de su admisión para el contradictorio. Sólo con ello se garantiza que los litigantes puedan ejercer su derecho de defensa mediante las denominadas “cuestiones probatorias”, habilitando así además la posibilidad que puedan deducir pruebas en contrario.

En quinto lugar, el juez de hoy puede ordenar la aportación de cualquier medio probatorio directamente relacionado con el objeto de prueba y *thema decidendi* para cumplir con su papel de director, vale decir, puede ordenar desde pericias o inspecciones judiciales hasta ordenar testimoniales. Ciertamente, esto también demuestra los amplios poderes de iniciativa probatoria del juez.

Finalmente, como bien señala la profesora Eugenia Ariano, la prueba ordenada por el juez es “sin lugar una facultad discrecional. La utilización del verbo poder (<<el juez puede...>>) no deja duda alguna al respecto. No se trata, obviamente de un deber, sino una mera facultad, que siendo tal el juez puede ejercer o no”.<sup>24</sup>

Al ser una facultad discrecional el juez la no utilización de éste poder no acarrea la nulidad de la sentencia expedida, en la medida que ésta sea producto de un debido proceso, en el cual se garantizó efectivamente el derecho a la prueba y a la defensa de las partes.<sup>25</sup>

Pero esto no es todo. Algo que también puso sobre el tapete la profesora Eugenia Ariano<sup>26</sup> es lo pernicioso que resulta el sistema de preclusiones de nuestro

21 “Tomamos partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa. Ello supone tener un juez interventor en el proceso, con poderes que le permitan decretar pruebas de oficio”. PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e Ideología en las Pruebas de Oficio*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004, pp. 9.

22 “Conviene recordar que esta publicidad no estuvo siempre presente en el proceso civil. Al contrario, se trata de una conquista política respecto del proceso secreto e impositivo que estuvo vigente en la legislación europea de hace algunos siglos. Ciertamente es también que a la fecha su reconocimiento es casi unánime. (...) El fundamento del principio de publicidad es que el servicio de justicia es un servicio social. Esto significa que lo que ocurre en los tribunales no es de interés exclusivo de los litigantes, sino de la sociedad (...). MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Tomo I, 1996, pp. 84.

23 El principio de sociabilización se encuentra recogido en el Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano.

24 ARIANO DEHO, Eugenia. “Prueba de Oficio y Preclusión”. En: *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores, Lima, primera edición, 2003, pp. 205–206.

25 Esta posición ya se encuentra recogida en el último párrafo del artículo 22 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el cual dispone que “la omisión de esta facultad no acarrea la nulidad de la sentencia”.

26 ARIANO DEHO, Eugenia. “Prueba de Oficio y Preclusión”. En: *Problemas del Proceso Civil*. Jurista Editores, Lima, primera edición, 2003, pp. 209.

sistema cuando este poder sí es utilizado por el juez, el cual habría sido elaborado partiendo de la mala fe de las partes y sus abogados.<sup>27</sup> Las partes éstas están amarradas a plazos rígidos, cortos y perentorios, de tal forma que una vez definido el *tema probandum* las partes ya no pueden desplegar ninguna actividad probatoria. En cambio, el juez sí puede disponer las pruebas que estime convenientes para auto convencerse sobre las afirmaciones de una de las partes, sin que los interesados puedan hacer nada al respecto. Debería replantearse el sistema de preclusiones para que asegure el derecho de las partes de defenderse probando, conforme ordena la Constitución y, con ello, realmente nos encontremos ante un proceso moderno.

#### IV. Reflexiones críticas sobre los argumentos contrarios a la atribución de iniciativa probatoria del juez civil

Como señalamos al iniciar el presente trabajo el estudio de la iniciativa probatorio del juez es tan amplio como complejo, razón por la cual no pretendemos (ni podríamos hacerlo) abarcarlo por completo. Pese a ello, a continuación señalaremos sólo dos objeciones que siempre calan en esta investigación y que deben tenerse en consideración.

Algunos autores señalan que el otorgamiento de iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional destruye la institución de la carga de la prueba. Bajo su modo de enfocar el tema, ante la insuficiencia probatoria el juez debe sentenciar aplicando a las reglas de la carga de la prueba.<sup>28</sup>

Este razonamiento no excluye per se la iniciativa probatoria de los jueces, puesto que ésta es una facultad, no un deber, con que cuentan para tener certeza sobre los hechos que serán objeto de su pronunciamiento. Las reglas de la carga probatoria siguen teniendo vigencia en aquellos supuestos en los cuales a pesar de la actividad probatoria llevada a cabo en el proceso, ya sea a instancia de parte o de oficio, determinados hechos persisten siendo inciertos. En todo caso, debería cuestionarse no la institución de la prueba de oficio, sino su uso –y abuso– por parte de los órganos jurisdiccionales.

De otro lado, se objeta también el principio publicista porque vulnera la imparcialidad del juez.<sup>29</sup> Esta posición es la más incisiva y denuncia que la iniciativa probatoria del juez significa un prejuicio de la decisión final al actuar como suplente de una de las partes.

Sobre el particular, consideramos que el juez no pierde la imparcialidad en la medida que su decisión sea neutra, es decir, que su iniciativa probatoria no tenga por móvil favorecer o perjudicar a una de las partes. Ciertamente, su única razón de ser debe ser la búsqueda de la verdad para formarse convicción judicial.

No debe perderse de vista que esta es una facultad extraordinaria, con lo cual el juez no debe caer en actos abusivos. Además, la prueba de oficio tiene el mismo valor probatorio que las pruebas ofrecidas por las partes, por lo cual debe ser evaluada de manera individual y conjunta (ponderando los resultados individuales), en base a la sana crítica.

#### V. Límites constitucionales a la iniciativa probatorio del juez

Establecido ya que el derecho a probar es un derecho fundamental y que la prueba ordenada por el juez está sujeta a requisitos de validez para que no vulnere, entre otros, su imparcialidad y la regla de la carga de la prueba, analizaremos los límites que debería tener en todo sistema constitucional.

La iniciativa del juez de ordenar pruebas no es absoluta, puede colisionar con derechos o valores constitucionales que deben ser garantizados. Por ello, siguiendo lo dispuesto por el profesor Joan Picó I Junoy<sup>30</sup>, ésta tiene tres límites.

El primero, los hechos controvertidos por las partes. El proceso sigue rigiéndose por los principios dispositivo y de aportación de parte, siendo por ello que la prueba de oficio debe restringirse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes.

De este modo, son las partes quienes, cumpliendo con su carga probatoria, deben aportar las pruebas de sus alegaciones, no pudiendo el órgano jurisdiccional realizar ninguna investigación o aportación de hechos que modifique el objeto del proceso o el *thema decidendi* fijados por las partes, bajo sanción de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.

El segundo, las fuentes probatorias existentes en el proceso. Para garantizar la debida imparcialidad del juez deben constar en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales posteriormente tendrá lugar su actividad probatoria. Dicho con otras palabras, con el objetivo de evitar que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos su actuación debe restringirse únicamente a las fuentes probatorias

27 “Usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen rigor –queremos decir perentoriedad– al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que –al no estar previstas como tales en la norma procesal– la costumbre o práctica comúnmente generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de “habilidades” o “estrategias.”

(...)

El principio de preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil peruano. Esto se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haber asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento en que se postula”. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Ob. Cit.* pp. 107-108.

28 Véase: ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Debido Proceso Versus Pruebas de Oficio*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2004.

29 Véase: MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. Thomson, Civitas, Navarra, quinta edición, 2007.

30 PICÓ I JUNOY, Joan. *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*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 117-118.

que ya constan en autos, nunca debe investigar fuentes nuevas. Caso contrario, se compromete su imparcialidad porque sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de las pruebas que utilizará para resolver la controversia sometida por las partes.

Finalmente, se debe garantizar el derecho fundamental a la defensa de las partes. Ello, respetando en todo momento el principio del contradictorio que forma parte del patrimonio de los litigantes en el desarrollo de la prueba. De esta manera, debe permitirse a las partes proponer nuevas pruebas y, evidentemente,

participar en la práctica de toda la actividad probatoria. Sólo así se respetará efectivamente el derecho a la prueba y a la defensa reconocidos en los artículos 2 y 139 de nuestra Constitución Política.

En conclusión, con estos tres límites se regula la iniciativa probatoria de los jueces: con el primero, se encauza a los hechos discutidos en el propio proceso; con el segundo, se vela por la debida imparcialidad del juez y; con el tercero, se respeta el derecho fundamental –y constitucional– de defenderse probando de las partes 