

LA PRUEBA DE OFICIO A PARTIR DE LA MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 194° DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL

MARTÍN ALEJANDRO HURTADO REYES*

Resumen

Con el presente artículo el autor examina la prueba de oficio a partir de la modificatoria introducida por la Ley N° 30293. Para ello, analiza los elementos que la integran: a) excepcionalidad de la prueba de oficio; b) insuficiencia de prueba; c) fuente de prueba citada por las partes; d) prohibición de suplir a las partes en la carga de la prueba; e) aseguramiento de la contradicción; f) impugnabilidad de la decisión; g) prueba de oficio en segundo grado; y, h) prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio; en virtud de lo cual concluye que se ha perfilado el uso condicionado de la prueba de oficio, quedando de la lado la posibilidad de su uso indiscriminado y arbitrario por parte del juez, pudiendo ser impugnable su decisión si no cumple con los elementos antes expuestos, en aras de mantener su deber de imparcialidad.

Palabras clave: Prueba de oficio, carga de la prueba.

Abstract

With the presente article , the autor examines the trade test from the law amending N. 30293. In this way, it analyzes the elements that comprise it: a) exceptionality trade test ; b) test failure; c) source of evidence cited by legal parties; d) prohibition of supplying the parties of the burden of proof., e) contradiction assurance: f) contestability of the decision; g) trade test in second grade: and h) prohibition of nullity sentence for lack of proof., under which concludes the conditional use of the shaping trade, leaving aside the possibility of its arbitrary and indiscriminate use by the judge which decision may be challenged if doesn't accomplish with the above in order to maintain its duty of impartiality

Keywords: Trade test, burden of proof.

* Doctor en Derecho y magíster en Derecho Civil y Derecho Procesal, profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad San Martín de Porres y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor principal de la Academia de la Magistratura y juez superior de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sumario

1.- Introducción. 2.- Planteamiento del problema. 3.- El artículo 194° del Código Procesal Civil. 4.- Elementos a considerar para ordenar la prueba de oficio. 4.1.- Excepcionalidad de la prueba de oficio. 4.2.- Funciona cuando hay insuficiencia de prueba. 4.3.- La fuente de prueba debe ser citada por las partes. 4.3.1.- Fuente de prueba y medio de prueba. 4.3.2.- Sentido en el que se debe entender la disposición. 5.- El juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar. 6.- Debe asegurarse la contradicción. 7.- Impugnabilidad de la decisión. 8.- Prueba de oficio en segundo grado. 9.- Prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio. 10.- Conclusiones.

1. Introducción

La prueba de oficio en el proceso civil es un tema harto polémico, pese a ello, parece difícil encontrar a un juez en nuestro país que no haya hecho uso de ella en los procesos a su cargo, siendo más bien –me parece– un mecanismo procesal de uso cotidiano.

En ese sentido, la prueba de oficio es de uso cotidiano en los tribunales de justicia (por jueces de primer grado y por jueces de apelación), pese a que existen posiciones discrepantes en la doctrina sobre este particular (rechazada por aquellos teóricos que defienden la tesis garantista y apoyada con determinados límites por los que defienden la posición eficientista).

Sin embargo, el uso cotidiano y probablemente un uso sin la menor reflexión sobre su problemática de la prueba de oficio es la que –posiblemente– la pudo haber convertido en un arma muy peligrosa que podría afectar la imparcialidad del juez y convertir al juez en “abogado” de una de las partes, lo cual, sería en el fondo una afectación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal de los sujetos del proceso.

Esta problemática que presenta la prueba de oficio en los tribunales de justicia toma mayor trascendencia a partir de la modificatoria del artículo 194 del Código Procesal Civil (en adelante CPC), por lo que nos involucramos en la tarea de ver que panorama se presenta ahora con el cambio legislativo.

2. Planteamiento del problema

Pretendemos analizar la prueba de oficio a partir de la modificatoria producida con la Ley N° 30293, concretando nuestro análisis en todos los elementos que aparecen incorporados en el nuevo texto.

Por un lado, se busca establecer a qué se refiere el artículo 194° del CPC cuando indica que la prueba de oficio es excepcional, cuál es el alcance de la frase referida a que la fuente de prueba haya sido mencionada por las partes, obviamente partiendo de la diferencia entre fuente y medio de prueba.

De otro lado, buscamos establecer en qué consiste actualmente la impugnación de la decisión judicial que ordena la prueba de oficio; pretendemos identificar si es realmente inimpugnable o se trata de una impugnación condicionada, entre otras situaciones contenidas en el artículo en comento, dentro de las cuales analizaremos la prueba de oficio ante el juez de la apelación.

Haremos un análisis de cada uno de los elementos que se han incorporado con la modificatoria del artículo 194 buscando perfilar lo que se ha pretendido con la modificatoria, intentando establecer si el cambio brinda una mejora en su aplicación.

3. El artículo 194° del Código Procesal Civil

El texto originario del artículo 194° del CPC era muy lacónico, pero al parecer precisaba que en relación a la prueba de oficio se requería por un lado de la insuficiencia probatoria desde la óptica del juez, también el deber del juez de motivar la decisión (justificarla) con la que se ordenaba la prueba de oficio y finalmente para decir sin la mayor precisión que la decisión era inimpugnable.

El texto originario de la prueba de oficio se regulaba en el artículo 194° del CPC con el siguiente texto: *“Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes”*.

Con la modificatoria el artículo 2° de la Ley N° 30293 presenta un nuevo perfil de la prueba de oficio, estableciéndose en el artículo 194° del CPC el siguiente texto:

“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” (resaltado nuestro).*

Por lo cual, la tarea en que nos embarcamos en este breve trabajo buscará desarrollar cada uno de los elementos que integran la prueba de oficio, los cuales según nuestra opinión se focalizan en lo siguiente: i) excepcionalidad de la prueba de oficio; ii) funciona cuando hay insuficiencia de prueba; iii) la fuente de prueba debe ser citada por las partes; iv) el juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar; v) debe asegurarse la contradicción, vi) impugnabilidad de la decisión; vi) prueba de oficio en segundo grado; y, vii) prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio.

4. Elementos a considerar para ordenar la prueba de oficio

Como ya dijimos la posibilidad de prueba de oficio en la práctica judicial ha presentado un sin número de problemas y por su propia naturaleza tiene muchos reparos en la doctrina, sobre todo por aquellos teóricos que defienden la tesis garantista en el derecho procesal, siendo admisible la prueba de oficio –con algunos límites- por aquellos que defienden la tesis de eficientista. Veremos con el contenido de la modificatoria del CPC qué perfil presenta ahora el CPC al desarrollar los elementos y límites a la prueba de oficio.

Aunque debemos advertir que la incorporación de la prueba de oficio en un CPC no debería implementar en determinado ordenamiento procesal la posibilidad de un juez defensor de la partes, pues siempre hay límites en realizar esta actividad, no se trata de una actividad arbitraria ni de discrecionalidad absoluta, sino sujeta a límites que no permiten afectar los derechos fundamentales de naturaleza procesal, sobre todo el debido proceso en relación a la indefensión.

Pasó mucha agua bajo el puente desde que entró en vigencia el CPC en el año 1992 con respecto de la aplicación de la prueba de oficio en los procesos civiles, estas experiencias –en mi opinión- propiciaron la modificatoria del Código, estableciendo límites y precisiones para hacer uso de la prueba de oficio en el proceso civil.

En ese sentido, tenemos como premisa central en la modificatoria al CPC que se han establecido determinados límites para que el juez haga uso en los procesos civiles de la prueba de oficio, éstos límites perfilan un juez civil menos comprometido con la carga probatoria en el proceso o por lo menos un juez que no busca reemplazar a las parte en esta carga, teniendo como límite inicial que la prueba de oficio es excepcional.

4.1 Excepcionalidad de la prueba de oficio

Este límite en la prueba de oficio a partir de la modificatoria deja claro que esta actividad en el proceso no es de uso corriente en el proceso, que solo debe hacerse en situaciones especiales.

Ello significa que el juez no puede considerarse comprometido con el aporte de material probatorio para resolver el caso, sino por el contrario, esta situación debe ser una especie de última ratio en el proceso.

Este límite no fue impuesto expresamente por la disposición procesal originaria, se ha implementado con la modificatoria del CPC y debe ser tomado en cuenta por los jueces al momento de decidir si hace uso de la prueba de oficio.

Pero, conviene señalar cuáles serían las situaciones de excepcionalidad que se deben considerar para ordenar la prueba de oficio. En mi opinión esta situación de excepcionalidad se relaciona directamente con la insuficiencia de prueba, vinculada a una situación de incertidumbre por ausencia de pruebas, lo que llama PARRA QUIJANO deficiencia probatoria por vacío cognoscitivo.

Para evaluar el uso de la prueba de oficio, en el proceso se debe presentar determinado problema de prueba, básicamente que el juez se encuentre en una situación que lo lleve a considerar que no es suficiente los medios de prueba incorporados por las partes para resolver el conflicto, es incierto el resultado del conflicto con lo aportado por las partes, básicamente aquí nos encontraríamos en un supuesto de ausencia de determinados medios de prueba.

Aunque como se podrá advertir que la situación no es tan sencilla ya que presenta mayores complejidades, sobre todo cuando el juez encuentra enfrentados dos elementos de suma importancia en la prueba de los hechos: la carga probatoria (a quien le correspondía probar) y la posibilidad de actuar prueba oficiosa (actividad probatoria oficiosa).

Esta complejidad la resalta RAFFO VELÁSQUEZ quien analiza si la potestad de prueba de oficio es excepcional, alternativa o subordinada, precisando como supuestos: i) la relación entre carga de la prueba y la “prueba de oficio” es de alternatividad, es decir, que queda a discreción del juez decidir qué instituto aplicar; ii) la relación es de subordinación, donde ante la indecisión, debe agotarse la prueba de oficio y solo de mantenerse la incertidumbre, aplicar la carga de la prueba; iii) una relación de subordinación inversa, donde la regla sea aplicar la carga de la prueba y solo en forma rarísima o, excepcional, aplicar la prueba de oficio¹.

En cualquiera de estas situaciones corresponderá al juez decidir su uso o no la prueba de oficio, cautelando siempre los derechos de las partes involucradas, sin dejar de lado la tesis de la disposición que refiere a una actividad de última ratio.

Por su parte ALFARO señala que la expresión “*excepcional*”, quiere decir que el juez no siempre lo utiliza sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto; específicamente si del estudio de los hechos afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego, no necesariamente acontecerá en todos los casos².

4.2 Funciona cuando hay insuficiencia de prueba

Conviene ahora establecer a partir de lo señalado en el acápite anterior cuándo se presenta la insuficiencia probatoria en un proceso, ya que solo estableciéndose esta situación se dará cumplimiento a lo que se refiere el artículo 194° del CPC, dando paso –en teoría– a la utilización de la prueba de oficio, en otras palabras habilitaría al juez a utilizar la prueba de oficio de forma excepcional.

En el proceso civil solo las partes son las llamadas a aportar los hechos relevantes de la controversia y también a ofrecer los medios de prueba que

¹ Raffo Velásquez señala que el segundo párrafo del artículo 194° del CPC exige que la actuación de pruebas de oficio se haga sin alterar la carga de la prueba, eso significa que el legislador pretende evitar el modelo de acercamiento a la verdad y/o quiebre la relación de simetría que debe existir entre las partes. Es decir la prueba de oficio debe estar en un punto tal que no beneficie a uno y perjudique al otro. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). *Líneas generales de las “pruebas de oficio” ¿Por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas?*. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 22/abril 2015, pp. 249-271.

² ALFARO VALVERDE, Luis. (2015). *Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las “prueba de oficio*. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tomo 23/mayo 2015, pp. 255-274.

acreditan esos hechos; por el contrario, el juez no está en posibilidad de aportar hechos (ni inventar hechos no aportados por las partes) ni omitir hechos esenciales aportados por las partes (incongruencias fáctica), entre tanto, también estaría inhabilitado para ofrecer medios de prueba para probar los hechos aportados por las partes, pues se corre el riesgo de convertir al juez en un abogado de las partes.

Eh aquí la situación problemática que se presente en la cuestión, porque si en principio el juez está impedido de aportar hechos, debería estar impedido también de ofrecer medios de prueba para probar los hechos aportados por las partes.

Sin embargo, se admite que de manera excepcional y cuando la defensa técnica de las partes tenga deficiencias en el aporte del material probatorio para acreditar los hechos central de la controversia que el juez incorpore medios de prueba que le ayuden a solucionar la litis.

No siempre la defensa técnica de las partes (léase los abogados que las defienden) es la correcta y muchas veces se cometen errores garrafales de defensa que no le permiten al juez darle la razón a una de las partes, esto se propicia por la poca diligencia o muchas veces pericia del abogado de la parte en ofrecer todos los medios de prueba que fueran necesarios para acreditar las afirmaciones de los hechos.

Esta podría ser entendida como una situación (deficiente defensa técnica del abogado) en la que se propicie como factor generador de que en el proceso se presente el supuesto de insuficiencia de prueba.

Si no se presentan situaciones en el proceso que acrediten una deficiencia probatoria por las partes, el juez se encontraría limitado (impedido) para ordenar prueba de oficio, pues de lo contrario se estaría convirtiendo en abogado de una de las partes, perdiendo la condición de sujeto imparcial en el proceso, quebrantando en consecuencia el derecho al debido proceso y tutela judicial efectiva de las partes. El juez, entiendo, no debe comprometerse en la actividad probatoria de las partes, salvo que la deficiencia probatoria sea manifiesta y que no sea posible solucionar el caso con la prueba aportada por las partes.

4.3 La fuente de prueba debe ser citada por las partes

Al inicio del presente artículo referíamos que la modificatoria del artículo 194° del CPC impone límites al juez para el uso de la prueba de oficio, señalando que no se trata de una actividad arbitraria ni de discreción

absoluta, dentro de los límites que se deben tomar en cuenta por el juez considerábamos a la excepcionalidad, insuficiencia probatoria, no reemplazar a las partes, contradicción, entre otros.

Ahora bien, consideramos que el elemento que ahora analizamos está vinculado a una especie de presupuesto que debe darse para que el juez haga uso de la prueba de oficio, es decir, que se debe dar necesariamente para ordenar la prueba de oficio.

La situación especial que se debe presentar –entre las otras que ya se han numerado- para ordenar la prueba de oficio es que la “la fuente de prueba debe ser citada por las partes”, pero, corresponde referirnos previamente - antes de ingresar a la interpretación de esta frase en el artículo 194° del CPC- al aporte doctrinario respecto a la denominada fuente de prueba, vinculando a lo que aporta la teoría sobre el medio de prueba, ello nos ayudará sobremanera para atender a que se refiere en realidad la modificatoria.

4.3.1 Fuente de prueba y medio de prueba

Evidentemente, las partes en el proceso parten de la afirmación de hechos vinculados a su pretensión o su defensa, estos hechos deben estar estrechamente relacionados a lo que se discute en el proceso; sin embargo, toda la información para la verificación, contrastación, comprobación de la existencia o inexistencia de estos hechos (verdad de los hechos afirmados), se ubica fuera del proceso, existe antes que él, es por ello que se requiere de mecanismos idóneos, útiles, lícitos, pertinentes para llevar la información fuera del proceso a su interior.

La información relevante para el proceso se encuentra en las “*fuentes de prueba*” y los mecanismos de los que se valen las partes y el juez - en su momento - para incorporar dicha información al proceso se denominan “*medios de prueba*”.

La fuente de prueba contiene información sobre hechos vinculados al proceso y que resultan relevantes para el propósito de las partes, en la tarea de convencer al juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones, no obstante esta información se encuentra fuera del proceso, por lo que, se dice que la fuente es pre procesal, porque existe antes del proceso y además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso. Aunque la doctrina ha puesto objeción a la afirmación de que la fuente es anterior al proceso y que se ubica fuera de él, poniendo como ejemplo a la pericia, la cual no es posible ubicarla antes del proceso. Aunque para que cuadre en el

criterio esbozado, se señala que se debe ubicar un hecho que realmente sea exterior al proceso, que deba ser examinado por el perito e informar sobre el particular al juez.

Es SENTÍS MELENDO quien expresa magistralmente la idea de fuente de prueba y medio de prueba³: “Todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba, la fuente es el documento, el medio es su aportación a los autos, la fuentes es el conocimiento que tiene el testigo, el medio es la declaración que preste, la fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio de este examen juntamente con el dictamen pericial⁴.

EFRAÍN QUEVEDO⁵ precisa que el debate acerca de las fuentes y los medios de prueba se ha visto perturbado más de una vez por diferencias terminológicas, dificultándose, por esa vía, el intercambio de ideas; es por ello necesario hacer un esfuerzo para describir, primero, la realidad del proceso, someterla a una cuidadosa interpretación científica y por último, proponer rótulos para su designación. Esta última tarea conviene ajustarse, en todo lo posible, a los usos tribunalicios y la tradición legislativa, para que la construcción final resulte inteligible para los prácticos y no ofrezca resistencias su utilización; en este punto, quizás, haya que repensar las ideas Canneluttianas para adaptarlas a nuestro tiempo y realidad. Cuando los prácticos y las legislaciones emplean el término “medio” de prueba (no es usual el vocablo “fuente”) no entienden referirse a la actividad perceptiva y deductiva del juez (elemento subjetivo) sino a la realidad externa que con aquella se aprehende para llegar al conocimiento de los hechos o en todo caso, al procedimiento regulado por la ley para que esa realidad quede a disposición del juzgador.

Es posible que la información que contienen las fuentes de prueba nunca llegue al proceso o es posible que sí. Estas fuentes contienen datos fácticos de

³ “ (...) Ello debido a que a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), es posible determinar que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mismo, mas no así de las fuentes de prueba (Cfr. STC Exp. N° 00003-2005-AI/TC, fundamentos 128, 129; Exp. N° 00010-2002-AI/TC, fundamento 160)”. STC No. 05822-2007-PHC/TC.

⁴ Citado por FALCÓN, Enrique M. (2005). *La recolección probatoria en el proceso civil*. En: *Revista de Derecho Procesal*, 2005-I: Prueba, Tomo I, Dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe, pp.113 a 130.

⁵ QUEVEDO MENDOZA, Efraín I. (2006). *Medios y fuentes de prueba*. En: “La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago Sentís Melendo”, p. 127.

lo que en alguna oportunidad y lugar ocurrió en la realidad, hechos reales, acontecimientos. Ahora bien, si las partes requieren llevar al conocimiento del juez la existencia de estos hechos de la realidad porque son relevantes para sustentar su pretensión o su defensa, entonces, deben hacer uso de aquellos instrumentos procesales que posibiliten el ingreso de toda aquella información de la fuente de prueba al proceso, para lo cual harán uso de los medios de prueba.

Entonces, podemos decir que la fuente y medio de prueba son dos conceptos vinculados estrechamente, el primero es necesariamente pre procesal en tanto que el segundo solo se presenta en el proceso. Los medios de prueba sirven para que el juez pueda tomar conocimiento de los hechos extraprocesales vinculados al proceso. La fuente tiene existencia aun sin que se genere el proceso, pre existe al proceso⁶, el conocimiento que tiene de determinados hechos, se introducirán al proceso a través de los medios de prueba. Por ello, los medios de prueba solo tienen utilidad y se desarrollan dentro del proceso, es su hábitat natural, fuera de él no tienen ningún tipo de relevancia⁷. Medios de prueba son los instrumentos que permiten al juez la apreciación sensible del objeto de la prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que se valen las partes para hacer posibles la apreciación judicial de dicho objeto⁸.

Así, el sujeto que presenció un accidente de tránsito, en el que una persona con su vehículo atropella a otra y la deja gravemente herida y apoya al herido para su conducción a centro médico, constituye evidentemente fuente de prueba, pues a partir de este acontecimiento, tiene en su poder información relevante sobre lo ocurrido, de primera mano, por lo que se

⁶ La noción de fuente de prueba se haya constituida por el dato obtenido merced a los medios previstos o autorizados por la ley adjetiva (el testimonio, el documentos, la confesión, etc.) y existe, a diferencia de lo que ocurre con éstos, con prescindencia del proceso. DE SANTO, Víctor (1992). *La prueba judicial, teoría y práctica*. p. 31.

⁷ Sobre la discusión *numerus clausus* o *apertus* de los medios de prueba el procesalista español Montero Aroca ha señalado que si la fuente es algo extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que la leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas, porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventando o descubriendo nuevas fuentes. Estas, por tanto, deben quedar indeterminadas. Lo que las leyes deben regular son los medios de prueba, entendidos como actividad que es preciso realizar para incorporar la fuente al proceso, y estos medios, después de la regulación legal, serán siempre *numerus clausus* porque las únicas actividades procesales posibles son las legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad. MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Alberto MONTÓN y Silvia BARONA (2000). *El nuevo proceso civil*. Editorial Tirant le Blach.

⁸ GIMENOSENDRA, Vicente (2005). *Derecho procesal civil*. Tomo I, Editorial Colex, p. 200.

podría decirse que es fuente primaria. Es posible que si el sujeto que sufrió el accidente nunca se entere que hay alguien que observó el evento, por tanto esa fuente de prueba nunca brindará información al proceso, pero si lo sabe por alguna circunstancia hará uso de la prueba testimonial (medio de prueba), para que toda la información que tiene esta fuente con su declaración testimonial llegue al proceso y sea de conocimiento del juez. En este caso como vemos la calidad de fuente recae sobre un sujeto, quien tiene conocimiento sobre determinados hechos del pasado⁹. Lo mismo ocurriría si la fuente de prueba fuera una o ambas partes del proceso y se les solicita la declaración de parte.

Las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción son documentos públicos que contienen información sobre un evento ocurrido en lugar y fecha determinada, dan cuenta de hechos sucedidos en el pasado con respecto a personas, nacimiento, nupcias y fallecimiento, respectivamente. Sin embargo, esta información es extra procesal, formará parte del proceso, si las partes o el juez las incorporan a través de los medios de prueba, en este caso concreto a través de la prueba documental (medio de prueba), solo así, el juez podrá en su momento tomar conocimiento de estos hechos ocurridos antes del proceso. En este caso la fuente de prueba no corresponderá a una persona, sino a un documento que contiene información sobre hechos del pasado, relevantes para el proceso. Igualmente tendrán la condición de fuente de prueba los contratos privados, las minutas, las escrituras públicas, los títulos valores y cualquier otro documento privado en el cual se hayan insertado hechos o acontecimientos, que sean producto de una declaración de voluntad válida o inválida.

Determinado lugar en el que se llevó a cabo un hecho (que no es documento ni persona) puede ser fuente de prueba en un proceso judicial, por ejemplo el lugar donde se produjo el accidente de tránsito al que hemos hechos referencia anteriormente, si las partes pretenden que el juez tome conocimiento de la señalización, de que se trata de una vía rápida, que hay

⁹ Cabañas García sobre el particular tiene un punto de vista interesante, señala que si la fuente es el hecho mismo sometido a captación, que solo tiene una coordenada espacio-temporal, su realidad es finita, pretérita e instantánea, porque se trata del suceso histórico en si. La fuente entonces, siendo en si la circunstancia histórica, nace y muere como tal en el mismo momento de consumarse, y no es posible preservarla, hecha la salvedad de aquellas de tipo permanente. Esto convertiría en la mayor parte de las ocasiones a la fuente de prueba en un objeto ideal e incognoscible. De hecho la fuente no sería tal por falta de control sobre su materialidad. CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos (1992). *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Madrid, p. 24.

un puente peatonal, que es una zona de alto tráfico, de las condiciones climatológicas del lugar, la visibilidad, etc. por ejemplo para afirmar que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima, entonces utilizarán la prueba de inspección judicial¹⁰. Aquí la fuente de prueba no es un sujeto ni un documento, la información o el conocimiento de determinados hechos no está contenida en esta fuente, esta más bien es distinta, se trata de que el juez a través del medio probatorio (de parte o ex officio) tome conocimiento de hechos que son gravitantes para el proceso y que fueron propuestos por las partes al sustentar su pretensión o en su defensa. Durante la labor de observación (inspección) realizada por el juez, este podrá constatar hechos vinculados a lo afirmado por las partes en el proceso, luego procesará esta información (utilizado el método inductivo y deductivo) para llegar a la conclusión de si el hecho afirmado por los sujetos del proceso corresponden a la realidad o no. Esta misma operación la realiza el juez cuando actúa una inspección judicial en los procesos judiciales en los que se pretende determinar el área ocupada, cuando hay discrepancia sobre la misma, en tema de linderos y áreas, en los interdictos, pretensiones de reivindicación para definir el área del predio a restituir, medianería, etc.

Ahora bien, conviene precisar que no siempre la fuente de prueba aporta información al juez para proporcionarle elementos que lo ayuden a decidir, pues es importante precisar que de toda la información recibida a través de este mecanismos, el juez deberá previamente procesar todos los datos recibidos respecto de los hechos ocurridos en la realidad y aceptar como verdaderas solo las premisas que según su entender se encuentran corroboradas con los hechos que aportan las fuentes de prueba. Es el típico ejemplo de los testigos (prueba muy venida a menos y con poca ascendencia sobre el juez) no todo lo que diga el testigo respecto de lo que le consta de los hechos del proceso convencerán al juez, pues estas testimoniales deben siempre aparecer corroboradas con otro medio de prueba o con un indicio, por si solas muchas veces no sirven para establecer la veracidad de los hechos ante el juez, respecto de que un hecho se produjo de tal o cual forma en la realidad. Corresponderá exclusivamente al juez efectuar un procesamiento adecuado de la información proporcionada por esta fuente, a esto suele llamarse interpretación de la prueba.

¹⁰ La prueba directa por percepción. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrían que demostrarse en juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. COUTURE, Eduardo J. (2005). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Editorial IB de F, p. 216.

Es importante la distinción efectuada por ARAZI quien busca la utilidad de la diferencia, reserva al término medio de prueba a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso o independientes de él, que tiene conocimiento o representan el hecho a probar. Cuando el conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho a probar sino a otros de la que puede deducirse la existencia de aquél, las personas o las cosas son fuentes de presunciones o indicios¹¹.

Fuentes de prueba - sostiene ORTELLS - son los elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuente de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal, ni prácticamente. Medio de prueba es, en cambio, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados¹².

Los medios de prueba -afirma TRIONFETTI- son los que nos permiten extraer el conocimiento de las fuentes para el proceso. Los medios de prueba son, entonces, una serie de instrumentos y actividades destinadas a hurgar en las fuentes probatorias a través de diversos métodos, para extraer de ellas el conocimiento de los hechos que hacen al proceso. Esta extracción podrá ser mayor o menor, mejor o peor, según el medio utilizado, el avance científico, las posibilidades económicas, la completividad de la fuente, etc.¹³.

Finalmente, conviene citar a SENTÍS MELENDO quien aclara el panorama sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba, así fuente es, como hemos señalado, un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque

¹¹ ARAZI, Roland (2001). *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Roca, p.124.

¹² ORTELLS RAMOS, Manuel (2001). *Derecho procesal civil*. Editorial Aranzadi Thomson Company, pp. 377 a 378.

¹³ FALCÓN, Enrique M. (2005), "La recolección probatoria en el proceso civil". En: *Revista de Derecho Procesal*. 2005-I: Prueba. Tomo I. Dirigido por Rolando Arazi. Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 113 a 130.

mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas. El medio nacerá y se formará en el proceso¹⁴.

Entonces, tenemos que existe una clara relación entre fuente de prueba (una persona, un documento, una circunstancia comprobable, etc.), entendida como aquella persona u objeto que contiene información que puede ser relevante para un proceso en particular y el medio de prueba (testimonial, declaración de parte, inspección judicial, etc.), la que se puede definir como el instrumento que permite llevar al proceso la información que se encuentra contenida en la fuente de prueba.

Sin el medio de prueba, no sería posible que las partes lleven al proceso la información que se encuentra fuera del mismo, por ello, es que se dice que el concepto de fuente de prueba es extraprocesal, porque preexisten al proceso, pueden existir fuentes de prueba cuya información no llegue nunca al proceso, hasta pueden existir fuentes de prueba que no los conozcan las partes. Por ello, el medio de prueba es un concepto procesal.

Para hacer uso del medio de prueba en el proceso se debe tener claro qué tipo de información contiene la fuente de prueba y que debe ser relevante para el proceso. El medio de prueba sirve para llevar al proceso la información que se encuentra contenida en la fuente de prueba.

Juan vio a Pedro atropellar con su auto a María. En este básico ejemplo, Pedro es fuente de prueba, porque tiene información relevante para un posible proceso de indemnización por responsabilidad civil extracontractual entre María y Pedro. Pero, la información que tiene Juan puede que nunca llegue al proceso, ello ocurriría si María no tiene el dato que Juan vio el accidente de tráfico o si Juan muere. La información que tiene Juan sobre este hecho, se debe llevar por María al proceso que entable contra Pedro a través de la declaración testimonial (medio de prueba), con este medio de prueba se volcará al proceso todo lo que Juan sabe de primera mano respecto al accidente de tránsito ocurrido. Este simple ejemplo sirve para vincular a la fuente de prueba con el medio de prueba.

4.3.2 Sentido en el que se debe entender la disposición

Teniendo las ideas claras sobre la fuente de prueba, ingresaremos ahora a establecer lo que significa en el contenido del artículo 194° del CPC lo referido a la fuente de prueba, concretamente a qué se refiere la disposición

¹⁴ SENTIS MELENDO, Santiago (1979). *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, p.151.

cuando indica que *“la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso”*.

Si la fuente de prueba implica la existencia de un sujeto, un objeto o un lugar o situación que contiene información que resulta relevante para un proceso judicial, entonces, debe entenderse que el presupuesto necesario que debe darse para que el juez tenga la posibilidad de incorporar prueba de oficio en el proceso, es que las partes en el desarrollo del proceso sea a través de la demanda, con la contestación de demanda, en un alegato, en un informe oral o en determinado escrito hayan dejado expresado de forma taxativa o de forma implícita, que existe información fuera del proceso que es relevante para resolver el caso y que no fue incorporado por las partes con determinado medio de prueba.

Sobre la base de la información proporcionada por las partes durante el desarrollo del proceso, que se encuentra contenida en determinada fuente de prueba (información que obviamente no se introdujo con ningún medio de prueba) y que fue mencionada por las partes, se abre la posibilidad para el juez de ordenar prueba de oficio.

Si el artículo 194° del CPC exige que la fuente de prueba sea mencionada por las partes para ordenar prueba de oficio (esta sería la disposición, objeto de interpretación), ello significa que las partes necesariamente deben haber mencionado expresamente o de forma implícita (directa o indirectamente) que existe fuera del proceso información relevante que no se introdujo en el proceso, respecto de la cual, no se ofreció ningún medio de prueba para introducirla (esta sería la norma, resultado interpretativo de la disposición, el sentido de la disposición). Por lo cual, si las partes no mencionaron ni de forma expresa ni de forma implícita la existencia de esa información, entonces, el juez no podrá ordenar prueba de oficio.

En tal sentido, el juez tiene como presupuesto para ordenar la prueba de oficio una actividad previa de las partes, esto es, la referencia (expresa o implícita, directa o indirectamente) de información relevante para resolver la controversia que se encuentra fuera del proceso, ya que el juez no puede ordenar prueba de oficio por información relevante que se le ocurra que existe fuera del proceso, ya que en ese momento se estaría convirtiendo en un defensor de una de las partes.

Por lo que, el juez antes de ordenar prueba de oficio debe evaluar si la información que pretende incorporar con medio de prueba de oficio, fue proporcionada directa o indirectamente por las partes en el desarrollo del

proceso. Este será según mi punto de vista un gran escollo para el juez para disponer oficiosamente la prueba de oficio en los expedientes judiciales¹⁵.

Me parece que con esta modificatoria el código da un giro importante, ya que no con ella nos deja un mensaje importante, no se trata de resolver el proceso a como dé lugar, no se debe llegar a la verdad de las afirmaciones expresadas por las partes como sea, más bien se trata de llegar correctamente a la verdad, siempre debe ser con el apoyo de las partes, ya que las partes son las que aportan los hechos y ellas los medios probatorios correspondientes, el juez solo debe realizar actividad oficiosa en la prueba cuando se presente la situación descrita en el mismo CPC.

Estoy de acuerdo con la tesis de que la finalidad de la prueba es determinar la verdad de los hechos afirmados por las partes y considero que esta tesis es compatible con la prueba de oficio, siempre que esta sea una actividad excepcional, que la fuente de prueba haya sido mencionada por las partes de forma directa o indirecta, expresa o tácita, que el juez no reemplace a las partes en la carga de probar y que respete el derecho de contradicción. Es decir, que la actividad del juez a realizar prueba de oficio no es arbitraria ni discrecional, tiene límites.

PARRA QUIJANO quien abogando por la carga probatoria oficiosa con el fin de averiguar la verdad de los hechos sostiene que difícilmente se puede concebir un proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un vacío cognoscitivo. Agrega que el juez educado para investigar, cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un "vacío cognoscitivo", sufre una molestia similar al dolor físico. Frente a esa situación, la necesidad básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción. No decretar pruebas de oficio cuando hay vacíos cognoscitivos es detener el curso

¹⁵ Sobre este particular Rolando Martel sostiene que la fuente de prueba está constituido por las personas y cosas relacionadas con los hechos materia del proceso, que se encuentran en una etapa procesal. La fuente de prueba, una vez que se inicia el proceso, podría ser ofrecida por las partes para probar sus afirmaciones, para cuyo propósito se recurre a los medios de prueba, que son los instrumentos para demostrar lo alegado. Son las partes quienes deben remitirse a la fuente de prueba para ofrecer sus medios probatorios. Si la fuente de prueba ha sido citada en el proceso por lo menos por una de las partes, sin haberla ofrecido como medio de prueba, el juez sí está autorizado a ordenar su actuación de oficio. MARTEL CHANG, Rolando (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Editorial Instituto Pacífico, p. 131.

normal del pensamiento, que se abría paso con carácter corrosivo en busca de la verdad¹⁶.

El *vacío cognoscitivo* al que se refiere el profesor colombiano puede existir en el proceso, pero consideramos que quedará habilitado el juez para decretar prueba de oficio, siempre que por lo menos una de las partes haya mencionado la fuente de prueba, si ello no ocurre descubrir la verdad de los hechos del proceso –a como dé lugar- podría convertir al juez en abogado de las partes, lo cual, resulta inaceptable.

5. El juez no debe reemplazar a las partes en la carga de probar

La prueba de oficio en el proceso civil es un tópico que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudiosos del Derecho Procesal, precisamente porque la doctrina presenta un panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez pueden tener actividad probatoria en el proceso¹⁷, este último se encuentra habilitado para ello en situaciones determinadas, en tal caso nos encontramos frente a una actividad *ex officio iudicis* en la aportación de material probatorio.

Por lo que vamos analizando hasta aquí, nuestro CPC (con la modificatoria) participa de la segunda tesis (actividad probatoria de las partes y del juez), pero cabe aclarar que se ha morigerado o limitado la actividad probatoria oficiosa del juez, se han incorporado determinados límites y presupuestos que se deben dar antes de ordenar la prueba de oficio, no es ya una actividad “libre” como se había perfilado con el texto originario del artículo 194° del CPC, tiene sus controles ahora¹⁸.

¹⁶ PARRA QUIJANO, Jairo (2005). *La nacionalidad e ideología en las pruebas de oficio*. Ponencia presentada en: III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Realizado por la Universidad de Lima.

¹⁷ “(...) Constituye un principio procesal que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo 189 del código adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio solo cuando los demás medios de probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, contrario sensu, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio”. Casación No. 2601-98- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de junio de 1999.

¹⁸ El profesor Martel Chang considera que la prueba de oficio supone que en el proceso las partes han cumplido con su carga de probar, es decir, que han cumplido con ofrecer los medios probatorios para acreditar sus afirmaciones, pero a pesar de ellos el juez estima necesario actuar, además otras pruebas. Asumir la posición contraria, esto es, que el juez podría usar su poder aun cuando las partes no cumplieron con su carga de probar, podría implicar que el juez

El principal escollo que se encuentra en este tópico son las objeciones de la doctrina con respecto a esta actividad oficiosa del juez en materia probatoria, ya que esta puede producir: a) afectación del principio de imparcialidad; b) vulneración del derecho al debido proceso; c) quiebra el criterio de igualdad de las partes¹⁹.

Uno de los principios procesales sobre el que se asienta nuestro proceso civil, es el principio dispositivo por el cual, el proceso civil solo puede ser iniciado y desarrollado por las partes, el impulso corresponde estrictamente a las partes (*nemo iudex sine actores y ne procedat iudex ex officio*), por lo que son ellas las que proponen las pretensiones (*petitium*), los hechos que la sustentan (*causa petendi*) y para probar estos hechos afirmados deben ofrecer medios de prueba, entonces, podríamos colegir que la carga de probar (*onus probandi*) está restringida a las partes; los medios de prueba que acreditan lo afirmado, corresponde estrictamente a las partes (principio de aportación).

Por lo cual, el juez tiene establecidas claras restricciones con relación a la prueba, ya que en teoría solo debería resolver con lo que las partes aporten como material probatorio, pues estas asumieron la carga de la prueba. Esta posición compatibiliza con la tesis de que la carga probatoria corresponda solamente a las partes, el juez no puede realizar actividad oficiosa sobre este particular (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*), pues pierde imparcialidad y su conducta busca favorecer a una de las partes²⁰.

se convierta en parte, con lo cual se desnaturalizaría la esencia del proceso mismo y perdería su imparcialidad. En otras palabras, la actuación oficiosa del juez solo cabe si la parte siendo diligente en su carga de probar, no logra convencerlo. MARTEL CHANG, Rolando (2015). Ob. cit. p. 128.

¹⁹ Raffo Velásquez señala que el segundo párrafo del artículo 194 del CP Civil exige que la actuación de pruebas de oficio se haga sin alterar la carga de la prueba, eso significa que el legislador pretende evitar el modelo de acercamiento a la verdad y/o quiebre la relación de simetría que debe existir entre las partes. Es decir la prueba de oficio debe estar en un punto tal que no beneficie a uno y perjudique al otro. VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). Ob. cit., pp. 249-271.

²⁰ Esta tesis es defendida por el magistrado español XAVIER LLUCH al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel, (2007). *Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil*. En: "Objeto y cargo de la prueba civil". Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, p. 22.

Sin embargo, vemos que nuestra legislación procesal actual compatibiliza con un tesis mixta, por un lado, carga probatoria a cargo de las partes (como es natural y regular en todo proceso) y de forma excepcional actividad probatorio oficiosa por parte del juez (algunos autores se refieren a la carga probatoria del juez), obviamente en situaciones muy excepcionales y siempre que se cumplan los límites y presupuestos para realizar esta actividad²¹.

El interés colectivo a establecer la verdad de las afirmaciones en el proceso tiene límites y debe someterse a ellos. HUGO ESCLAPEZ expresa que las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos, sea una sola²², aunque debería agregarse que el arribo a la verdad de las afirmaciones de las partes debe llegarse –en nuestro medio– siguiendo las pautas que el legislador establece en el artículo 194° del CPC.

Debiendo rescatar que existen posiciones en la doctrina que se dirigen a la búsqueda de la verdad de los hechos como finalidad de la prueba y que abogan por la justicia del caso, aquí encontramos a JOLOWICZ citado por VELÁSQUEZ que señala que la mayor parte de la información tiene que ser suministrada por las partes, peor, si el juez, a partir de lo que ya conoce, llega a creer que existe más información relevante capaz de influir en su decisión, la justicia sustantiva exige que la obtenga²³.

Si cimentamos la tesis de la “*justicia al caso concreto*” como base para la prueba de oficio, considero que ya no existirían propiamente los límites para la actividad probatoria del juez que aparecen establecidos en el artículo 194° del CPC, sería suficiente invocar como justificación para decidir la prueba de oficio la justicia que se impartirá el caso concreto. Se justificaría la prueba de

²¹ Esta tesis es defendida por el magistrado español Xavier Lluçh al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel, (2007). “Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil”. En: *Objeto y cargo de la prueba civil*. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluçh. Bosch Editores, p. 22.

²² ESCLAPEZ (2001), citado por Arazi, Roland En: “La prueba en el procesal civil”. Ediciones La Roca, p. 44.

²³ VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo (2015). Ob. cit., pp. 249-271.

oficio en un elemento no considerado por el artículo 194° del CPC: justicia al caso concreto.

La invocación de la justicia para incorporar prueba de oficio es altamente subjetiva y un poco peligrosa porque el juez no motivará su decisión en el sentido de haber superado los límites que le impone la disposición analizada, sino recurriendo a este valor de forma genérica y muchas veces con vacíos cognitivos de los hechos relevantes.

Pese a lo expresado por nuestra parte existen posiciones claras en la doctrina que justifica la prueba de oficio en posiciones *dikelógicas*. Desde la óptica de la sentencia justa ARAZI precisa que el principal deber del juez es dar una sentencia justa, o la más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa no podrá dictar una sentencia justa²⁴.

De otro lado, como colofón de este punto, no podemos dejar pasar nuestra inquietud respecto a qué posición debería asumir el juez en los casos en los que la litis se encuentre vinculada a carga probatoria dinámica, en estos casos el juez debería realizar también prueba de oficio o deberá resolver el caso y hacer recaer el *onus probandi* en cabeza de quien estuvo en mejores condiciones fácticas de probar.

Estoy convencido de la primera posición, en el sentido de que si se trata de un supuesto de carga probatoria dinámica quien debió probar y no lo hizo, es la parte que está en las mejores condiciones fácticas, no siendo posible que la otra parte proporcione la información relevante para el caso, la cual está normalmente en manos de la parte contraria, pues, sino se estaría convirtiendo en prueba diabólica para la parte contraria. En tal sentido, en este tipo de supuestos me parece que se encuentra restringida la actividad probatoria oficiosa del juez.

El juez debe resolver haciendo recaer la carga probatoria en cabeza de quien se encuentra en mejor posición de probar, consideramos que no se trata – propiamente- de una deficiencia probatoria, es más bien me parece una estrategia de defensa con la que se pretende ocultar medios de prueba

²⁴ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 41.

esenciales, frente a la imposibilidad de la contraria de obtenerlos o de tener acceso a ellos.

Una posición similar asumió en mayoría nuestra Corte Suprema en la Casación No. 4445-2011-Arequipa, en tanto que la posición en minoría sugería la idea de que el juez debió ordenar prueba de oficio. La posición en minoría apunto a la prueba de oficio con el siguiente argumento: “ (...) *Estando a lo expuesto, si bien es cierto que la prueba es la actividad procesal que tiene como objetivo alcanzar certeza en el juzgador, respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos; también lo es que el juzgador tiene el deber esencial de hallar la verdad jurídica objetiva con una sentencia ajustada a la verdad real, por lo que en aplicación del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, el juzgador en uso de sus facultades puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente; siendo así, a fin de resolver un conflicto y lograr la paz social en justicia, se considera necesario antes de resolver la presente litis, que se disponga la presentación de las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, así como tomar la declaración de las partes, a fin de acreditar la cantidad de socios hábiles al momento de la convocatoria a las indicadas Asambleas*”.

El aporte de BARBOSA nos ayuda a definir la polémica al señalar las funciones del *onus probandi*, la cual tiene dos aristas, una objetiva y otra subjetiva. La primera consiste en un incentivo a los litigantes para que suministren las pruebas de sus alegaciones; la segunda es una indicación al juez para el caso de que, en ocasión de fallar, no encuentre probado un hecho relevante y tenga que hacer recaer sobre alguna de las partes las consecuencias desfavorables de esa laguna en el material probatorio²⁵.

En suma, el juez al ejercer actividad probatoria oficiosa debe cuidar siempre de no convertirse en abogado de las partes y quebrantar de esta forma su imparcialidad en el proceso.

6. Debe asegurarse la contradicción

No cabe duda que la actuación de prueba de oficio debe dar siempre la oportunidad a las partes para que puedan hacer llegar su posición respecto de la actividad oficiosa del juez, esto implica que se debe respetar la

²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. No. II, pp. 29 y ss.

posibilidad a las partes de que una vez incorporada la prueba de oficio al proceso, puedan ejercer las defensas que consideren necesarias.

Esta atingencia de la disposición es clarificadora de la actividad negativa que se realiza en el proceso cotidianamente, ya que cuando el juez admite la prueba de oficio y se incorpora el medio de prueba requerido (normalmente documentos), luego se resuelve el caso de forma inmediata, sin dar oportunidad a que las partes sepan su contenido y sus alcances, no se les brinda la oportunidad de cuestionar su contenido ni eficacia.

Esta disposición asegura que las partes tengan la posibilidad de ejercer su derecho de defensa con respecto al medio probatorio incorporado al proceso, esto es, cuestionar su contenido o restarle eficacia para el proceso.

En ese elemento encontramos involucrado al derecho a un debido proceso que es un derecho de "*contenido complejo no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución*" (Pleno jurisdiccional TC No. 0023-2005-PI-TC). De este derecho que tiene carácter de derecho continente se desprenden otros derechos, como el derecho al juez natural, el derecho al contradictorio, el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a impugnar, el derecho a la prueba, entre otros (derechos contenido).

Entonces, si el juez incorpora material probatorio al proceso, debe hacerlo con resolución debidamente motivada, señalando la razón fundamental por la cual se hace uso de esta facultad, su incorporación no puede ser arbitraria, antojadiza e inútil, debe perseguir una finalidad útil para el proceso y su resultado.

Se debe dar oportunidad a las partes para que hagan valer la cuestión probatoria (tacha), se debe permitir que las partes puedan presentar contraprueba para contrarrestar la información proporcionada por el medio de prueba incorporado²⁶.

Además en los alegatos las partes pueden poner en tela de juicio la eficacia de la prueba incorporada. Esta facultad *ex officio iudicis* en nuestro sistema es inimpugnable (lo que veremos más adelante), por lo cual, lo que decida el juez sobre el particular no puede ser objeto de control con la impugnación. Si

²⁶ "(...) Si bien el artículo 194 del Código Procesal Civil, faculta al juez, en casos especiales y mediante decisión motivada e inimpugnable, a ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales, que le permitan forma convicción respecto de los hechos materia de la controversia, empero tal decisión no debe afectar el derecho de defensa de las partes". Casación 1248-2000 Loreto.

el medio de prueba no es de actuación inmediata debe actuarlo en audiencia complementaria o en la audiencia que corresponda, con citación de la partes, no se puede incorporar medio de prueba de oficio y resolver la controversia sin dejar que las partes tomen exacto conocimiento de qué medio de prueba se pretende incorporar y cuáles son sus alcances. Si esta actividad oficiosa del juez cumple con los parámetros mínimos²⁷ antes señalados no es habrá afectación de derecho al debido proceso de las partes.

Con relación a este debate en la doctrina ARAZI precisa que el derecho de defensa tiene dos ángulos diferentes: a) la prueba que el juez ordena oficiosamente tiene que ser producida con todas las formalidades legales y con el contralor de las partes, quienes podrán ejercer las facultades inherentes a cada medio en particular; b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus medios de ataque o de defensa sobre la base de la omisión probatoria de su contrario, y descuidaron algunas cuestiones que hubiesen sido importantes en el caso de estar debidamente probado el hecho controvertido, o no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez²⁸.

El profesor universitario OBANDO BLANCO señala que lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los límites a la iniciativa probatoria del juez. Estas son: a) que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo-, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b) que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad

²⁷ No es de la misma opinión nuestro colega Jaime Abanto quien comentando la disposición en texto originario precisaba que “algunos magistrados interpretan que debe correrse traslado de los medios probatorios admitidos de oficio. Nosotros consideramos que el traslado es inoficioso, pues notificadas con la admisión del medio probatorio, las partes pueden formular las cuestiones probatorias o realizar las alegaciones que tengan a bien”. ABANTO TORRE, Jaime David. *La prueba de oficio en la jurisprudencia del a Corte Suprema*, en: Jus Doctrina y Práctica. No. 9/2007, p. 243-261. Me parece que confundimos la admisión del medio probatorio de oficio y su incorporación efectiva al proceso, pues en determinados casos la prueba de oficio tiene estos dos momentos, sobre todo cuando se trata de documentos, en los cuales no se sabe con exactitud lo que pueden contener; no necesariamente ocurre cuando son medios de actuación (pericia, declaración de parte e inspección judicial), por lo cual, me parece que en estos últimos supuestos el derecho de defensa y contradicción lo pueden ejercer las partes desde el mismo momento en que toman conocimiento de la prueba de oficio, durante su actuación o tramitación.

²⁸ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ob. cit., p. 44.

judicial; c) que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas²⁹.

En síntesis, la actividad probatoria del juez tendrá el efecto requerido siempre que se presenten dos situaciones: i) que se brinde a las partes la oportunidad de efectuar los actos procesales necesarios para cuestionar los medios de prueba incorporados oficiosamente; y ii) que se le permita ofrecer medios de prueba para desvirtuar los incorporados por el juez³⁰.

La contradicción en la prueba de oficio es vital, si no se brinda a las partes la posibilidad de cuestionar la actividad oficiosa desarrollada por el juez, entonces el medio de prueba no servirá para resolver la litis³¹.

Por lo cual, no debería ser tomado en cuenta el medio probatorio incorporado de oficio si no se respeto el derecho de contradicción de las partes, no tendría eficacia ni debe ser tomado en cuenta el medio probatorio para resolver el caso, por no haberse sometido al contradictorio.

7. Impugnabilidad de la decisión

El artículo 194° del CPC en su texto originario señalaba de forma taxativa que la decisión del juez que incorporaba medio de prueba de oficio era inimpugnable: “(...) en decisión motivada e inimpugnable”.

En el texto actual del artículo en mención, según mi punto de vista, la resolución que ordena prueba de oficio, no es necesariamente inimpugnable, considero más bien que si puede ser impugnada, por lo cual, nos atrevemos a proponer nuestra posición respecto a que se trata de una impugnación condicionada. Desarrollemos nuestro punto de vista.

²⁹ OBANDO BLANCO, Víctor R. (2007). *Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil*. Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional”. Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Asegurar el derecho de contradicción de la prueba –señala Alfaro – significa en sentido estricto que el juez permita la participación de manera activa a las partes, y sea el que propicie el debate y dialogo procesal, en aras de construir y formar una mejor decisión judicial, en otras palabras como un verdadero derecho de influencia, ello con el doble propósito de evitar situaciones problemáticas que se presentan en la práctica jurisdiccional generada, entre otras cosas, por la indebida regulación de dicho poder probatorio antes de la reforma, me refiero a que el juez “ordena” de oficio determinados medios de prueba pero de modo unilateral sin considerar a las partes, como también acontecía en otros modelos procesales con las famosas decisiones sorpresas o de *terza vía* (tercera vía). ALFARO VALVERDE, Luis (2015). Ob. cit.

Siguiendo el enunciado normativo de la disposición materia de análisis podemos afirmar que la resolución que ordena la prueba de oficio es inimpugnabile solo si se encuentra en una situación excepcional, si la resolución está motivada, que se presente insuficiencia probatoria, además que las partes mencionaron directa o indirectamente la fuente de prueba, si se respetó el derecho de contradicción y que el juez no haya reemplazado a las partes en la carga de probar.

Por lo cual, según mi punto de vista, la decisión que ordena la prueba de oficio presenta una impugnación condicionada, es decir, que sería impugnabile (procede la apelación) únicamente si el juez al dictarla no cumplió con los elementos antes indicados; por lo que, si se admite la tesis de la procedencia de la apelación en estos casos, los agravios de este recurso contra el mandato judicial de actuación probatoria oficiosa se deben ceñir estrictamente a cuestionar el incumplimiento del juez de los presupuestos establecidos por el artículo 194° del CPC.

Corresponderá al juez de la apelación controlar que el juez de primer grado haya cumplido con todos los requerimientos del artículo 194° del CPC, siempre que se haya admitido la apelación.

Por el contrario, la resolución será inimpugnabile únicamente cuando la decisión se ciña a los elementos indicados. Pero, esta situación presenta un problema, ya que corresponderá al juez de mérito considerar la procedencia de la apelación, dependerá únicamente del juez que dictó la prueba de oficio conceder o no la apelación. Si no se repara en la existencia de una impugnación condicionada posiblemente el juez declare improcedente la apelación, con lo cual, se abre nuevamente la posibilidad que sea el órgano jurisdiccional que conozca la queja de derecho fije posición sobre la procedencia o no de la apelación.

La conclusión a la que arribamos respecto de la impugnación condicionada se sustenta en el contenido del mismo enunciado normativo cuando señala *“(.. .) La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnabile, **siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo**”*.

Entonces, la posibilidad de la apelación depende del cumplimiento o no de las exigencias establecidas en el artículo 194° del CPC, estos elementos a que se refiere la disposición fueron desarrollados de forma muy breve en el presente trabajo.

Otra opinión abre la puerta no solo a la apelación, sino también a la nulidad procesal, con lo cual, quedaría ratificada la posición de que la decisión que ordena prueba de oficio es susceptible de impugnación, por ello, el profesor Martel es de la idea que contra la resolución inmotivada de la resolución que ordena la prueba de oficio “no vemos –sostiene- ninguna razón para que una resolución no motivada que ordena la actuación de una prueba de oficio, no pueda ser reexaminada por el mismo juez que la dictó. Eso debe hacerse en aras del derecho de defensa y el debido proceso legal. Ahora, si el justiciable opta por presentar el recurso de apelación, el vicio (ausencia de formalidad) deberá ser corregido, en caso de comprobarse su existencia, por decisión adoptada por la segunda instancia. Es posible que sea atendible en la medida que el Código Procesal Civil permite presentar la apelación con fundamento de nulidad³².

En suma, insisto en la posibilidad de impugnación de la decisión que ordena la prueba de oficio, siempre que el juez no haya respetado los límites establecidos en el artículo 194° del CPC.

8. Prueba de oficio en segundo grado

En el artículo 194° del CPC autoriza a los órganos judiciales de grado a realizar actividad probatoria de forma oficiosa, situación que valgan verdades ya se venía haciendo por los menos en las Salas Superiores de la Corte de Lima, aun sin la existencia de una disposición autoritativa que lo permitiera.

No me queda duda que nuestro colega y amigo ROLANDO MARTEL es el principal promotor de la modificatoria del artículo 194° del CPC, encontrado su primer aporte en la tesis doctoral sobre la materia sustentada en la USMP y luego en el libro “*pruebas de oficio en el proceso civil*”, por lo cual, recomendamos estos dos trabajos para tener una panorámica más amplia sobre el particular.

Ahora bien, la posibilidad de prueba de oficio en segundo grado o ante el juez de la apelación, en la práctica tuvo siempre mucha resistencia, por lo cual, consideramos que se configura como un gran aporte en esta modificatoria, ya que normalmente cuando el juez de segundo grado advertía la ausencia de medios probatorios que consideraba necesarios para resolver el conflicto, ordenaba (previa nulidad de la sentencia) que la actividad probatoria para incorporarlos quede en manos del juez de primer

³² MARTEL CHANG, Rolando. Ob. cit., p. 115.

grado o juez de fallo, renunciando a toda posibilidad de hacer actividad probatoria oficiosa.

El perfil de la disposición nos muestra que la actividad probatoria oficiosa corresponde al juez de “*Primera o de Segunda Instancia*” (prefiero la nomenclatura de juez de fallo y juez de apelación o también juez de mérito y juez de grado), teniendo la posibilidad de ordenar “*la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia*”, sin embargo, se debe dejar constancia que esta actividad probatoria oficiosa del juez de segundo grado debe cumplir con los mismos elementos que toma en cuenta del juez de fallo, los que hemos analizado uno a uno.

Aun con los poderes probatorios³³ otorgados para realizar prueba de oficio en segundo grado, consideramos que esta actividad probatoria en las salas civiles o mixtas no presentará mayor problema cuando la posibilidad de incorporar medios de prueba se traduce en ordenar la presentación de prueba documental (incluyendo exhibición y reconocimiento), siendo la presentación de documentos la prueba de oficio más común en estos casos (siendo una práctica común, incluso antes de la modificatoria); tampoco será cuestión complicada la declaración de parte y testimonial; por el contrario, nos parece que presenta determinada complejidad la realización de una inspección judicial y la pericia; la primera, debido a que implica un necesario desplazamiento del juez de grado fuera de su despacho judicial, ello con el propósito de verificar un hecho que se necesita comprobar para mejor resolver (ubicación precisa del inmueble, área ocupada por la parte demanda, precisión de linderos, etc.); la segunda, debido a que no bastará recibir el informe pericial, sino que será necesario actuarlo en audiencia y

³³ ALFARO VALVERDE pone en tela de juicio la expresión prueba de oficio utilizada por el artículo 194° del CPC, señalando que desde su entender no es correcto hablar de “*pruebas de oficio*” entonces ¿qué es y cómo se le debería denominar? La respuesta es que se trata propiamente de un poder o potestad que determinados ordenamientos confieren al juez, de manera paralela a las partes, para incorporar un elemento probatorio al proceso. Siendo así, el texto legal contenido en el artículo 194° del CPC reformado, se trata propiamente de un poder probatorio del juez; pero un poder ejercido de manera exclusiva, sino acordada conjuntamente con las partes. Será por ello que también para un sector de la doctrina, entendida como iniciativa probatoria, pues el vocablo iniciativa entre otras acepciones, significa el derecho de hacer una propuesta. En efecto se trata del reconocimiento jurídico del juez, para proponer y posteriormente acordar con las partes la aportación de un nuevo medio de prueba al proceso en la búsqueda, por cubrir una insuficiencia probatoria, previamente identificada. ALFARO VALVERDE, Luis. (2015). Ob. cit.

resolver en su oportunidad las observaciones que contra él se planteen por las partes, inclusive realizar debate pericial, si fuera necesario.

Las deficiencias probatorias de las partes detectadas por el juez de grado y que puedan ser levantadas con la prueba de inspección judicial o pericia, me parece que son la posibilidad más complicada que se presenta en la práctica judicial, situaciones en las que el juez o colegiado se encontrará con mayor dificultad de decidir, teóricamente será fácil definir que el juez de grado si puede realizar prueba de oficio, en el plano práctico no se presenta el mismo panorama.

En este segundo plano es donde ubicamos mayor problema al momento de decidir sobre la prueba en segundo grado. Pero el aporte de la modificatoria es importante, ahora podremos ver al juez de grado no solo como revisor de la decisión, sino también como juez con posibilidad de actuar medios de prueba de actuación inmediata o no, es decir, un juez con poderes probatorios que le ayuden a resolver el caso, prescindiendo del reenvío de la decisión apelada.

9. Prohibición de nulidad de sentencia por ausencia de prueba de oficio

Esta regla, nueva en nuestro ordenamiento procesal, impone un deber al juez, el de no anular la sentencia apelada cuando el juez de primer grado (por consideración del juez de la apelación) no actuó prueba de oficio, cuando debió hacerlo.

Esta regla tiene su fundamento en una simple razón, las salas civiles o jueces especializados en apelación utilizaban de mala manera la nulidad procesal para anular las sentencias apeladas y ordenaban –compulsivamente– que el juez de primer grado realice actividad oficiosa en determinado sentido.

Con el poder probatorio oficioso que tienen expreso ahora los jueces de segundo grado, ya no sería viable anular una sentencia para disponer que el juez de fallo se encargue del “*trabajo sucio*” (por así decirlo, por lo complicada que resulta esta labor o simplemente por desidia), sino que deben asumir la tarea de realizar directamente la actividad probatoria necesaria y luego resolver sin necesidad de devolver los actuados, claro está respetando los derechos fundamentales de naturaleza procesal de las partes³⁴.

³⁴ Precisa Raffo Velásquez que el Ad quem no puede anular una sentencia porque estime que el *ad quo* debió concluir que existía una incertidumbre fáctica. La interposición de un medio

Como se puede advertir se encuentran amarrados estos dos últimos elementos del artículo 194° del CPC, ya que el poder oficioso del juez de la apelación se relaciona directamente con la posibilidad de no anular la sentencia por alguna deficiencia probatoria que debió asumir el juez de fallo.

Aunque vale una precisión final del análisis del artículo 194° del CPC, pues se puede entender que se perfila al juez civil como juez más activista y comprometido con el resultado del proceso, pero creo que también hay que considerar que la disposición implementó determinados límites, que de alguna forma impedirían la afectación de los derechos fundamentales de naturaleza procesal de las partes, aunque ello no la hace inmune a los cuestionamientos de aquellos que defienden el garantismo procesal, esos comentarios no se dejen esperar, pues se sustenta en la tesis de que el proceso es un objeto privado que pertenece a las partes.

10. Conclusiones

- a) Con la modificatoria del artículo 194° del CPC ha generado nuevas reglas a tomar en cuenta por los jueces para ordenar prueba de oficio.
- b) Los poderes probatorios del juez dieron un vuelco importante en la legislación procesal civil peruana con la modificación con el artículo 194°, con ella se perfiló un uso condicionado de la prueba de oficio (excepcionalidad, asegurar la contradicción, entre otros elementos ya analizados), quedando de lado la posibilidad de un uso indiscriminado y arbitrario de este mecanismo por parte del juez, impidiendo se comporte como abogado de las partes al asumir la carga probatoria de éstas.
- c) Somos de la posición que la decisión de actuar prueba de oficio por el juez es impugnabile, si no se cumple con los elementos y límites establecidos en el artículo 194° del CPC, con lo cual se dio un giro importante en materia de impugnación de la decisión que ordena la prueba de oficio.

impugnatoria que permita el Ad quem revisar la sentencia solo podrá dar lugar a que: i) el ad quem revoque la sentencia, realizando para ello una nueva y distinta valoración del material probatorio; ii) que en segunda instancia el Ad quem actúe las pruebas de oficio que considere necesarias; o, iii) que el Ad quem anula la sentencia por vicios al motivar la valoración de la prueba, lo que dará lugar a un mandato de dictar una decisión mejor motivada, pero nunca un mandato de valorar en determinado sentido. En suma, nunca un medio de impugnación habilita al Ad quem a ordenar al quo que crea o valore algo de modo distinto a lo que su análisis lo permite, lo contrario implicaría una intromisión que atenta contra la independencia del primero.

- d) Destaca en la modificatoria, la posibilidad de prueba de oficio por el juez de segundo grado y la imposibilidad de declarar nula la sentencia para que el juez actúe prueba de oficio.
- e) El juez no debe convertirse nunca en un juez defensor de la posición de una de las partes, debe mantenerse siempre como tercero imparcial, y debe hacer uso de los poderes probatorios oficiosos que le concede la disposición procesal, siempre que se presenten todos los elementos que ahora se han perfilado en el contenido del artículo 194° del CPC.