



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**

**Universidad del Perú. Decana de América**

Dirección General de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Unidad de Posgrado

**La actividad probatoria dinámica en la teoría general  
de la prueba dentro del proceso civil peruano**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia  
Política

**AUTOR**

Pedro Crisólogo ALDEA SUYO

**ASESOR**

Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Aldea, P. (2023). *La actividad probatoria dinámica en la teoría general de la prueba dentro del proceso civil peruano*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

---

## Metadatos complementarios

<b>Datos de autor</b>	
Nombres y apellidos	Pedro Crisólogo Aldea Suyo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	23874560
URL de ORCID	<a href="https://orcid.org/0000-0001-9643-1697">https://orcid.org/0000-0001-9643-1697</a>
<b>Datos de asesor</b>	
Nombres y apellidos	Carlos Antonio Pérez Ríos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07526100
URL de ORCID	<a href="https://orcid.org/0000-0002-4001-0807">https://orcid.org/0000-0002-4001-0807</a>
<b>Datos del jurado</b>	
<b>Presidente del jurado</b>	
Nombres y apellidos	José Antonio Ñique de la Puente
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06267280
<b>Miembro del jurado 1</b>	
Nombres y apellidos	Jacobo Romero Quispe
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06564542
<b>Miembro del jurado 2</b>	
Nombres y apellidos	José Alberto Estela Huamán
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06711501
<b>Miembro del jurado 3</b>	
Nombres y apellidos	Jorge Arturo Andújar Moreno

Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	07270377
<b>Datos de investigación</b>	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica.
Agencia de financiamiento	No aplica.
Ubicación geográfica de la investigación	País: Perú Departamento: Cusco Provincia: Cusco Distrito: Cusco
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2021-2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho-Law <a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02</a>



*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

*(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)*

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

*Unidad de Post Grado*

**ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

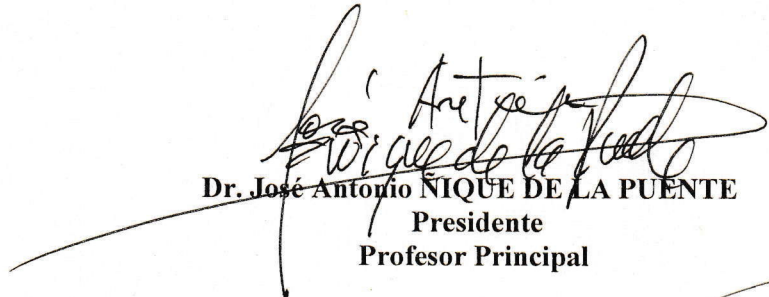
En la ciudad de Lima, a los catorce días del mes de setiembre del año dos mil veintitrés, siendo las dieciocho horas con diez minutos, bajo la Presidencia del Dr. José Antonio Ñique de la Puente, con la asistencia de los Profesores: Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos, Dr. Jacobo Romero Quispe, Dr. José Alberto Estela Huamán, Dr. Jorge Arturo Andújar Moreno y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Pedro Crisólogo ALDEA SUYO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: “**LA ACTIVIDAD PROBATORIA DINÁMICA EN LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO CIVIL PERUANO**”.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

*Aprobado por unanimidad, en nota 17 diecisiete*  
*Muy bueno*

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Pedro Crisólogo ALDEA SUYO**.

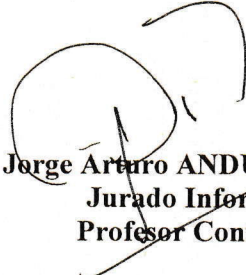
Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo diecinueve horas con treinta y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación presencial.

  
**Dr. José Antonio NIQUE DE LA PUENTE**  
Presidente  
Profesor Principal

  
**Dr. Carlos Antonio PÉREZ RÍOS**  
Asesor  
Profesor Principal

  
**Dr. Jacobo ROMERO QUISPE**  
Jurado Informante  
Profesor Principal

  
**Dr. José Alberto ESTELA HUAMÁN**  
Miembro  
Profesor Asociado

  
**Dr. Jorge Arturo ANDÚJAR MORENO**  
Jurado Informante  
Profesor Contratado



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**  
(Universidad del Perú, Decana de América)  
**Facultad de Derecho y Ciencia Política**

### **CERTIFICADO DE SIMILITUD**

Yo **CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS** en mi condición de asesor acreditado con Dictamen N°333-HART-UPG/FD-2017 de la tesis de investigación/trabajo académico, cuyo título es **“LA ACTIVIDAD PROBATORIA DINÁMICA EN LA TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO CIVIL PERUANO”**, presentado por el Magíster **PEDRO CRISÓLOGO ALDEA SUYO**, para optar el grado de **Doctor en Derecho y Ciencia Política**, CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 20% de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado correspondiente.

Firma del Asesor: \_\_\_\_\_

DNI: 07526100

Nombres y apellidos del asesor: **CARLOS ANTONIO PÉREZ RÍOS**



## DEDICATORIA

Dedicado a todos los hombres de Derecho y en homenaje a los juristas defensores del “Eficientismo Procesal en Latinoamérica”. doctores Jorge W. Peyrano, Adolfo Alvarado Velloso, Alfredo Oswaldo Gozaini, y Omar Benaventos.

Gratitud y recuerdo al Maestro Florencio Mixan Mass y agradecimientos por su amistad y sus sabios consejos a la Dra. Marianela Ledesma Narváez, mis dilectos docentes en el Doctorado de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

Agradecimiento especial al Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos; mi asesor, por sus sabios, valiosos consejos y recomendaciones.

En memoria a Tomás y Luisa, mis padres; a Thany Rosario, mi esposa, a Rafael, muestra de superación, a Pierina y Luciana, mis hijas; y, a Héctor (mi adorado nieto) por ser la continuación de mi vida.



## ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
ÍNDICE GENERAL .....	II
RERSUMEN .....	VI
ABSTRAC.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPITULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	1
1.1. Situación problemática .....	1
1.2. Formulación del problema .....	3
1.2.1. Problema principal .....	3
1.2.2. Problema secundario .....	3
1.3. Hipótesis .....	3
1.3.1. Hipótesis principal.....	3
1.3.2. Hipótesis Específica.....	3
1.4. Objetivos .....	3
1.4.1. Objetivo General.....	3
1.4.2. Objetivo Específico .....	3
1.5. Metodología aplicada .....	4
1.5.1. Tipo de Investigación.....	4
1.5.2. Nivel de la investigación .....	4
1.5.3. Los métodos .....	4
1.6. Justificación e importancia de la investigación.....	5
1.6.1. Dimensión teórica .....	5
1.6.2. Dimensión práctica .....	5
1.6.3. Dimensión social.....	6
1.6.4. Dimensión jurisprudencial .....	6
1.7. Marco jurisprudencial base .....	6
1.7.1. X pleno casatorio civil .....	6
CAPITULO II.....	16
MARCO TEÓRICO Y ESTADO DE LA CUESTION.....	16
2.1 Antecedentes de la investigación .....	16

2.2	Estudios previos .....	16
2.3	Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema.....	18
2.22.1	Pruebas en el proceso civil .....	18
2.4	Enfoque Moderno del Derecho Procesal Civil.....	24
2.5	Teorías del Derecho Procesal Civil.....	25
	Período judicialista .....	25
	Período procesalista .....	26
2.22.1	Corriente diversificadora .....	28
2.22.2	La tesis iurisdiccionalista .....	28
2.22.3	Teoría Unitaria .....	28
	Tesis de la unidad diferenciada .....	29
	Tesis de la teoría general del proceso .....	29
	Tesis de la identidad funcional.....	29
2.6	El Moderno Proceso Civil- Enfoque Contemporáneo.....	29
2.7	Objeto de la Teoría del Proceso. ....	30
2.8	La Dinámica probatoria y los sistemas probatorios.....	32
2.9	El Derecho Probatorio .....	33
2.10	El Derecho Dinámico.....	33
2.11	Enfoque doctrinario de la actividad probática .....	35
2.12	La Prueba como Actividad de Partes .....	36
2.13	La Prueba y la actividad del Juez .....	41
2.14	Sistemas Probatorios .....	44
2.14.1	El Sistema Dispositivo .....	47
2.14.2	El Sistema Inquisitivo .....	48
2.15	Naturaleza jurídica del derecho probática o probatorio.....	49
2.15.1	La prueba como demostración de la verdad o de un hecho 50	
2.15.2	La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos. 50	
2.15.3	La teoría de la comunicación judicial .....	51
2.15.4	Teorías eclécticas.....	51
2.16	Principios que orientan la Actividad Probática .....	56
2.16.1	Principio de Legalidad.....	57
2.16.2	Principio de Preclusión .....	57
2.16.3	Principio de Inmediación.....	57

2.16.4	Principio de la Legitimidad de la Prueba .....	58
2.16.5	Principio de Adquisición.....	58
2.16.6	Principio de la Pertinencia de la prueba.....	58
2.17	Objeto de la prueba.....	59
2.18	Finalidad de la Prueba Judicial.....	59
2.19	Teorías sobre la Finalidad de la Prueba Judicial .....	60
2.19.1	Teoría del establecimiento de la verdad.....	60
2.19.2	Teoría que busca producir el convencimiento o convicción del juez 61	61
2.19.3	Teoría que persigue el establecimiento formal de los hechos en el proceso .....	61
2.20	La producción de la prueba .....	61
2.21	Deberes, Facultades y Prerrogativas del Juez en el Proceso Civil 63	
2.21.1	Deberes de los Jueces en el Proceso Civil .....	64
2.21.2	Facultades de iniciativa probatoria.....	64
2.21.3	Facultad de Independencia e Imparcialidad.....	65
2.21.4	Facultad de actos propios y deber procesal del Juez.....	66
2.21.5	Facultad de corrección y conminatorias.....	66
2.22	Congresos internacionales que sustenta la posición de las cargas dinámicas o desplazamiento de la carga de la prueba .....	67
2.22.1	XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo-Santiago del Estero, Argentina.....	67
2.22.2	La conferencia Colombo-panameña .....	68
2.22.3	XV Congreso Internacional de Derecho Procesal .....	68
2.22.4	XXIX Congreso Panamericano de Derecho Procesal .....	69
2.23	Orientación Jurisprudencial .....	69
CAPITULO III.....		79
TOMA DE POSTURA, SOLUCIÓN y TESIS.....		79
3.1.	Análisis Interpretativo de la Información .....	79
3.2.	Presentación de la Propuesta de Solución del problema-postura personal con fundamento teórico .....	80
3.2.1.	Análisis, interpretación y discusión de resultados. Propuesta de Análisis.....	80
3.2.2.	Contrastación de resultados .....	81
3.3.	IMPACTOS DE LA INVESTIGACION.....	84

3.3.1.	Propuesta personal para la solución del problema.....	84
3.3.2.	Costos de implementación de la propuesta .....	85
CAPITULO IV .....		86
CONSECUENCIAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....		86
4.1.	Consecuencias de la Implementación de la Propuesta.....	86
4.2.	Beneficios que aporta la propuesta .....	87
CONCLUSIONES .....		88
RECOMENDACIONES.....		90
BIBLIOGRAFIA.....		92

## **“LA ACTIVIDAD PROBATORIA DINAMICA EN LA TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA DENTRO DEL PROCESO CIVIL PERUANO”**

### **RERSUMEN**

La actividad probatoria en el proceso civil y la incorporación normativa de la “La carga probatoria dinámica”, cuyo sustento legal es el artículo 194° del código procesal civil es el objeto de la presente investigación.

La actividad probatoria autónoma se encuentra regulada por el artículo 196 del código adjetivo, conforme al cual la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que sustentan su pretensión. Ante esta orientación rectora de la actividad probatoria en nuestro ordenamiento procesal civil nace nuestro interés por el estudio doctrinario y normativo de las pruebas de oficio y extensivamente de la actividad probatoria dinámica.

En el capítulo primero se desarrolla los aspectos metodológicos; en el segundo, el marco teórico y estado de la cuestión; en el tercero, toma de postura solución y tesis; en el cuarto, consecuencias, conclusiones y recomendaciones.

**Palabras clave:** dinamismo – probatorio – solidaridad – eficientismo - proceso

## ABSTRAC

The evidentiary activity in the civil process and the regulatory incorporation of the "Dynamic evidentiary burden", whose legal basis is article 194 of the civil procedure code, is the object of this investigation.

The autonomous evidentiary activity is regulated by article 196 of the adjective code, according to which the burden of proof corresponds to the person who affirms facts that support his claim. Given this guiding orientation of evidentiary activity in our civil procedural system, our interest in the doctrinal and regulatory study of ex officio evidence and, extensively, of dynamic evidentiary activity arises.

The first chapter develops the methodological aspects; in the second, the theoretical framework and state of the art; in the third, taking a position, solution and thesis; in the fourth, consequences, conclusions and recommendations.

**Key words:** dynamism – evidentiary – solidarity – efficiency – process

## INTRODUCCIÓN

Toda obra humana, por su propia naturaleza siempre será perfectible, bajo ese contexto, esta tesis intitulada “La actividad probatoria dinámica en la teoría general de la prueba dentro del proceso civil peruano”, encuentra su sustento e importancia en esa categoría de perfectible. El contexto o contenido de esta tesis se estructura en función a la esencia misma de lo que hoy se entiende por actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, que en esencia es el objeto de estudio y análisis teórico-doctrinario que desarrolla este trabajo de tesis, a diferencia de la actividad probatoria autónoma, como componente de la teoría general del derecho probatorio o probática judicial.

El sustento teórico-doctrinario soporte de esta investigación gira entorno del efficientismo procesal aplicado a todo proceso civil y bajo la fuerte influencia de la actividad probatoria del Juez en ejercicio de sus potestades probatorias; todo dentro de lo que se conoce como teoría de las cargas probatorias en virtud de la cual el juez no sufre la carga de probar de las partes, sino que ejerciendo sus potestades probatorias puede disponer que traiga al proceso los medios de prueba aquella parte que está en mejores condiciones de hacerlo y de esta resolver las controversias con mayor objetivas y un mejor acercamiento a la justicia.

En el desarrollo de esta investigación se toma en cuenta el enfoque actual de la teoría general de la prueba y la problemática de la actividad probatoria en un proceso civil y en particular tratamos de aproximarnos a la postura de los jueces civiles e incluso constitucionales respecto a su aplicación, siempre tomando en cuenta las normas procesales vigentes y pertinentes del Código Procesal Civil. En este sentido se verifica que los operadores jurisdiccionales aplican de forma muy esporádica el artículo 194 del Código Procesal Civil, que desarrolla lo referente a las pruebas de oficio, que a su vez es el sustento normativo de la teoría de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio.

La estructura de esta tesis se establece en IV capítulos. El capítulo I, está referida al desarrollo de los aspectos metodológicos; comprende el planteamiento del problema, descripción de la realidad, la justificación y la importancia del objeto de estudio, la postura jurisdiccional frente al desplazamiento de la carga de la prueba o dinamismo probatorio a la luz de la vigencia del X Pleno Casatorio Civil. El capítulo II, desarrolla el marco teórico, antecedentes, estudios previos, bases teóricas, marco conceptual y la dinámica probatoria como actividad del Juez. Por su parte, el capítulo III, desarrolla la contrastación de las hipótesis; el capítulo IV, contiene todo lo referente a las consecuencias, conclusiones y recomendaciones, correspondientes



## CAPITULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. Situación problemática

La administración de justicia expresada en el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como misión fundamental, la solución de los conflictos o controversias con trascendencia en el mundo del derecho, que se suscitan entre particulares o entre estos y las entidades estatales.

En esta orientación el servicio de justicia civil es de suma trascendencia en para la resolución de controversias intersubjetivas y el proceso civil el medio en el cual se resuelven aquellas, en este sentido, adquiere importancia en el ámbito del proceso civil la nueva corriente denominada teoría probatoria de las cargas dinámicas.

Nuestro país, a la fecha viene experimentando cambios profundos en los diversos campos y actividades, fruto de la globalización mundial de la economía y en particular la globalización de la Justicia; teniendo en cuenta que la administración de justicia civil, no es ajena a estos cambios que en concordancia con lo cual es objeto de mayores y nuevas exigencias de tutela jurisdiccional. En consecuencia, la función jurisdiccional en materia probatoria no puede mantenerse encasillada en la exclusiva actividad de las partes en cuanto a la aportación del material probatorio; la sociedad reclama que el servicio de justicia se otorgue con mayor celeridad y mayor participación del juez en la actividad procesal y en particular en la actividad probatoria, siempre garantizando el contradictorio en el control de las pruebas.

El juez en el proceso civil, responsable de la admisión, actuación y calificación de los medios de prueba, no puede permanecer impasible frente a situaciones en las que es ostensible la ausencia de medios de pruebas trascendentales para una decisión justa y en otros casos, es una de las partes la que tiene la información probatoria que no les es posible aportar a su contraparte. El juez, en nombre de la imparcialidad e imparcialidad no puede permanecer inmutable y emitir su sentencia con estas situaciones patológicas.

La teoría de las cargas dinámicas propugna que el juez, en aplicación del principio de la solidaridad, disponga que el medio probatorio necesario para una decisión justa sea aportado el proceso por la parte que la tiene o que está en mejores condiciones para aportarla. El fundamento legal que puede sustentar esta decisión es el artículo 194 del Código procesal Civil.

En nuestro país, las Salas Civiles de la Corte Suprema, reunidas en el X Pleno Casatorio Civil, han establecido precedentes judiciales vinculantes respecto a la prueba de oficio, eliminando así las posiciones diversas que existía en la judicatura nacional.

La tesis encuentra sustento, precisamente, en esta indiferencia de la judicatura en la aplicación del dinamismo probatorio, para aproximarse a la verdad real de los hechos debatidos en el proceso y como tal emitir sentencias arregladas a derecho y justicia.

En teoría y doctrina se evidencian posiciones respecto a la actividad probatoria dinámica; posiciones extremas que consideran que es una afrenta y conculcación de la actividad probatoria dentro del proceso civil, la regulación y aplicación de las pruebas de oficio, permitiendo o facultando al Juez, incorporar pruebas de forma excepcional. En ese contexto, el problema y propósito de esta tesis es establecer, de cómo está diseñada, regulada o normada la actividad probatoria dinámica, en la teoría general de la prueba y aplicada en el proceso civil peruano.

Bajo estas precisiones, la situación problemática está determinada por la necesidad de conocer los factores o causas de la indiferencia judicial en la aplicación de las cargas dinámicas probatorias, en el proceso civil; si estas obedecen a un desconocimiento de esta postura propia del activismo judicial probatorio, o al temor de ser sometidos a procesos disciplinarios por eventuales quejas de la parte que podría considerarse afectada por la decisión judicial.

## **1.2. Formulación del problema**

### **1.2.1. Problema principal**

¿La aplicación e inaplicación de la actividad probatoria dinámica en la teoría general de la prueba dentro de los alcances del efficientismo procesal, en el proceso civil peruano es unifactorial o multifactorial?

### **1.2.2. Problema secundario**

¿Los jueces en el proceso civil peruano, han aplicado o cuando menos invocado la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en sus sentencias?

## **1.3. Hipótesis**

### **1.3.1. Hipótesis principal**

Los factores que determinan la aplicación eficaz o inaplicación de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, dentro de la teoría general de la prueba en el proceso civil peruano; son multifactorial y están relacionadas con el poco conocimiento de los jueces sobre los alcances de esta opción probatoria y con el temor de aquellos jueces que conociendo sus alcances tratan de evitar eventuales procesos disciplinarios.

### **1.3.2. Hipótesis Específica**

Los jueces civiles supremos en el proceso civil peruano han invocado la teoría de las cargas probatorias dinámicas en la motivación de algunas sentencias.

## **1.4. Objetivos**

### **1.4.1. Objetivo General**

Determinar si la inaplicación de la actividad probatoria dinámica por los jueces, en el proceso civil obedece a varios factores o es unifactorial.

### **1.4.2. Objetivo Específico**

- Conocer si los jueces supremos civiles en el proceso civil aplican o invocan la teoría de las cargas probatorias dinámicas, al emitir sus sentencias.

- Determinar si los jueces no hacen uso de sus potestades probatorias dinámicas por temor a ser sometidos a procesos disciplinarios o por desconocimiento.

## **1.5. Metodología aplicada**

### **1.5.1. Tipo de Investigación**

La presente investigación es jurídico normativo porque tiene como propósito determinar las causas o factores por los que los jueces no aplican sus potestades probatorias dinámicas a partir de la prueba de oficio; es decir, por qué los Jueces Especializados en materia civil no aplican de forma eficaz las reglas y normas de la actividad probatoria dinámica en el proceso civil peruano.

### **1.5.2. Nivel de la investigación**

Es una investigación de nivel descriptivo, explicativo y causal porque se busca profundizar en el conocimiento de esta modalidad especial de actividad probatorias a cargo del juez,

### **1.5.3. Los métodos**

Los métodos utilizados en la investigación, son los siguientes:

Método deductivo,

Método inductivo

Método analítico y sintético,

Método de análisis documental

El análisis documental se ha utilizado en la revisión y análisis de sentencias expedidas por las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como por el Tribunal Constitucional para tener así una aproximación empírica al objeto de nuestra investigación.

## **1.6. Justificación e importancia de la investigación**

La justificación se expresa en cuatro dimensiones

### **1.6.1. Dimensión teórica**

En doctrina las posiciones aún no son pacíficas; esta teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene serios cuestionamientos bajo el sustento de que afecta de forma categórica a la carga de la prueba; es decir, al onus probandi conforme al cual esta actividad debe ser asumida por las partes y nunca por el juez.

La doctrina procesal civil ha asumido en las últimas décadas importante despertar a partir del aporte del procesalismo argentino liderado por el profesor y doctrinario Jorge Walter Peyrano. No obstante, es justo reconocer que ya en la primera década del siglo XIX el jurista inglés Jeremy Bentham la había proclamado como un deber del juez.

La doctrina nacional aún es insuficiente, razón por la cual nuestro humilde trabajo pretende aportar algunas reflexiones para comprender la trascendencia de esta importante orientación procesal probatoria.

### **1.6.2. Dimensión práctica**

La presente investigación tiene justificación práctica porque pretende averiguar por qué el Juez civil nacional no puede tener activa participación en la actividad probatoria, o aplicar de forma eficaz y eficiente las pruebas de dinámicas sustentadas en la opción de la prueba de oficio; es decir, pueda ofrecer y actuar pruebas para emitir un pronunciamiento sobre la base de la verdad real.

La realidad jurisdiccional en el país exige del juez una mayor participación en la dinámica del proceso judicial, que se traduciría en una postura activa en la admisión y actuación de los medios de prueba, máxime cuando las partes no tienen una actitud de colaboración frente a la justicia.

### **1.6.3. Dimensión social**

El deber probatorio del juez no es una carga procesal sino un deber funcional, que podría enmarcarse bajo el principio de la socialización del Derecho y especialmente del Derecho Procesal Civil y fundamentalmente del proceso civil, éste debe evidenciarse en la proposición de medios probatorios que sean necesarios para la resolución de la controversia de modo más real y justo. En este sentido, el juez debe disponer que tales medios de prueba sean aportados por quien los tenga y esté en mejores condiciones de proporcionarlos al proceso.

Porque el proceso jurisdiccional actualmente no puede verse más como un escenario de litigio entre las partes sin ningún interés o trascendencia pública: en el proceso, además del interés de las partes existe un interés público, que radica en el otorgamiento de seguridad jurídica y preservación de la paz social.

### **1.6.4. Dimensión jurisprudencial**

La administración de justicia en materia civil, exige, que la nueva teoría de la actividad probatoria dinámica, se aplique de manera eficaz, es verdad, que el Juez civil, no puede suplir o sustituir la falta de medios probatorios en un proceso civil de cualquier naturaleza (salvo en el proceso de alimentos), sin embargo, muchos jueces que ya tienen formación profesional y actualización especializada en la moderna administración de justicia y en la orientación del nuevo proceso civil, demuestran cierto temor respecto a su aplicación, ante una carencia o insuficiencia probatoria de las afirmaciones de las partes, que no tuvieron el suficiente tiempo u oportunidad para ofrecer oportunamente las pruebas, simplemente sustentan sus fallos en las pruebas ofrecidas y actuadas dentro de proceso, obvian totalmente la posibilidad de hacer uso de tan valiosa opción procesal como lo es las cargas probatorias dinámicas.

## **1.7. Marco jurisprudencial base**

### **1.7.1. X pleno casatorio civil**

El décimo pleno casatorio civil ha desarrollado un análisis exegético y doctrinario de la prueba de oficio, además de los precedentes judiciales establecidos; ha establecido reglas de carácter vinculante, a fin de que todo

operador jurisdiccional las aplique en los supuestos que allí se establece, bajo los cánones de la iniciativa judicial probatoria y el activismo judicial en la actividad probatoria compatible con el Estado de Derecho Constitucional.

Las reglas vinculantes e imperativas que establece el X Pleno Casatorio Civil, es que el rol activo del Juez, en la actividad probatoria debe ser bajo una iniciativa y en ejercicio del poder probatorio, en este pleno se sustenta un modelo de proceso que busca un equilibrio entre la carga probatoria de las partes y la iniciativa probatoria del juez para el logro de una decisión judicial óptima. El órgano jurisdiccional es quien otorga la garantía requerida de respeto a las reglas del debido proceso.

La postura actual de la actividad probatoria, en el proceso civil peruano, es de carácter mixto; por lo mismo, la posición que asumimos es que el Juez, asuma un rol más activo en la dirección o conducción del proceso (activismo procesal) y como tal, ejerza ese poder-deber de controlar la actividad de las partes y especialmente la actividad probatoria; que asuma un protagonismo o activismo en la debida aplicación de las pruebas de oficio, todo con el propósito de establecer de forma correcta y verdadera la reconstrucción de los hechos, materia de debate en un proceso civil. En suma, esa función activa del Juez, permitirá generar un equilibrio entre las facultades, cargas y poderes de las partes y las potestades (poderes imperativos del Juez) atribuidas, al Juez; puesto que, en un proceso civil, la búsqueda final es la verdad y de esta forma emitir sentencias conformes a la verdad y la justicia.

Bajo este escenario, la invocación de la prueba de oficio representa una auténtica preocupación por la calidad del fallo y la justicia del mismo concomitante al concepto de verdad.

Finalmente, dejamos precisado que nuestra posición frente la postura jurisdiccional de la actividad probatoria dinámica o desplazamiento de la carga de la prueba, es de coincidencia absoluta con el contexto del X Pleno Casatorio Civil; más aún si establece reglas vinculantes para la debida como eficaz aplicación de las pruebas de oficio, dentro de un proceso civil. En esa línea, agregamos que este activismo judicial del Juez, debe ser de estricta,

oportuna y eficaz cumplimiento de la iniciativa probatoria, bajo los parámetros de “poderes o potestades probatorios del Juez”.

Sin embargo, nuestra postura es que, esa función o activismo probatorio del Juez, debe desarrollarse dentro de los límites del garantismo procesal, para lograr el fin último de un proceso; esto es, emitir sentencias en base a los hechos probados y la verificación de la verdad de las pretensiones debatidas entre las partes procesales.

Estando a la postura jurisdiccional que nuestro sistema jurídico procesal ha asumido, con cuya línea jurisprudencial coincidimos y nos alineamos con dicha postura; teniendo en cuenta que el fundamento de las pruebas de oficio encuentran sustento en la debida aplicación del desplazamiento de la carga de la prueba o dinamismo probatorio; importa precisar algunos comentarios frente a la aplicación de las pruebas de oficio, regulado en el artículo 194, del código procesal civil; y, a la vez, tomar una posición expresa y enfática; esto es que, la regulación normativa en referencia que data todavía desde el año 1993 (fecha de vigencia del C.P.C.); su eficaz aplicación aún no es halagador ni satisfactoria; aun cuando se tiene el sustento normativo, desarrollo y enfoque teórico-doctrinado, trasuntado en el X Pleno Casatorio Civil; así como diversas ejecutorias supremas y sentencias del Tribunal Constitucional; advertimos que las circunstancias y el enfoque postmodernista del proceso civil exigen la debida y oportuna aplicación de las pruebas de oficio a todo tipo de procesos civiles.

Bajo este contexto y con el propósito de sustentar teórico-doctrinariamente nuestra posición; importa enfatizar las posiciones que en teoría se desarrollan; enfocando a las pruebas de oficio, bajo las ideologías propias de un sistema probatorio bajo las reglas de un enfoque publicista y privatista del proceso; o, bajo un modelo adversarial e inquisitivo.

Desarrollemos estos enfoques, tomando en cuenta que el proceso en general y en particular el proceso civil, como se ha reiterado en el pleno casatorio en comento, constituye el medio eficaz de tutela de situaciones sustantivas privadas que al mismo tiempo se materializa la función jurisdiccional del



estado, interesado en un ordenado, célere, integral e imparcial ejercicio de tales funciones.

Sin embargo, los modelos que sustentan los poderes probatorios y bajo la tendencia actual de los ordenamientos procesales, en la que se establece el papel activo del Juez, en la adquisición o incorporación de prueba de oficio en un proceso civil, todo con el propósito de determinar o ratificar la verdad de los hechos, fin o propósito último de todo proceso civil y de esta forma se emitan sentencias ajustadas a los hechos, al derecho y justicia; no siempre encuentra sustento teórico en la observancia de lo adversarial o inquisitivo; sino, los ordenamientos procesales contemporáneos que regulan las pruebas de oficio, tienen como propósito permitir que se alcance las decisiones jurisdiccionales de calidad, eficaz y basado en la verificación o ratificación de la verdad de los hechos, bajo el aporte probatorio autónomo (aporte de las partes) y aporte probatorio dinámico (pruebas de oficio). Estas precisiones nos permiten entonces, tomar la posesión de que el modelo funcional del proceso, bajo el sistema adversarial-inquisitivo, permite la aplicación de las pruebas de oficio; consecuentemente, la dimensión episteme de las pruebas de oficio que pasa por el filtro de los dos enfoques o sistemas comentados; encuentra sustento en el modelo funcional que regula el artículo 194 del código procesal civil; entendiéndose que bajo este modelo funcional, la resolución o solución de las controversias y debates judiciales dentro del proceso civil, debe adecuarse a una correcta aplicación del derecho, bajo un garantismo procesal a ultranza y un activismo judicial, que también sustenta las bases de las pruebas de oficio. En este contexto, “se ha establecido de que el sistema de administración de justicia en materia civil, en la actualidad es a través de los modelos funcionales del proceso (modelo epistemológico) que genera el conocimiento de los hechos, sobre la base de las pruebas”. Fuente, tomada de M. Taruffo.

Consecuentemente, la tendencia teórica actual que sustenta normativamente las distintas potestades de tipo probatorio en general y de la potestad probatoria -ex officio- como función del Juez, está en la correcta aplicación del derecho y bajo una verdadera reconstrucción de los hechos, basado en las pruebas o medios probatorios aportados por las partes y el propio Juez, quien

debe emitir una decisión judicial justa, bajo la debida probanza de las pretensiones debatidas en el proceso. En ese contexto, Taruffo precisa lo siguiente: “la epistemología jurídica para la comprensión del proceso y sobre todo las pruebas de oficio; está en el modelo funcional del proceso que permite el conocimiento de los hechos sobre la base de las pruebas”.

Esta cita, nos permite entonces tomar una posición frente al marco legal procesal para determinar si tiene la amplitud suficiente para que los jueces puedan aplicar la carga dinámica de las pruebas bajo el amparo del artículo 194 del código procesal civil.

Al respecto, si bien dicha norma procesal establece que las pruebas de oficio se aplican como una excepcionalidad a la actividad probatoria autónoma (las partes aportan las pruebas); esta normativa es reduccionista y limitativa del contexto y alcance de las pruebas de oficio, bajo los parámetros del dinamismo probatorio o desplazamiento de la carga de la prueba; por lo mismo, estando en vigencia las reglas vinculantes establecidas por el X pleno casatorio civil; la aplicación de las pruebas de oficio, no debe enmarcarse únicamente en lo preceptuado por el artículo 194 del código procesal civil; sino -esta es nuestra posición- en la debida aplicación oportuna y eficaz de las reglas vinculantes establecidas en el referido X pleno casatorio civil; consecuentemente, el Juez, debe tener la amplitud suficiente para aplicar las pruebas de oficio en todo proceso civil; observando un garantismo procesal a ultranza y bajo un activismo judicial que el ordenamiento procesal establece, así como invocando las pautas y reglas que un realismo social exige en la impartición de justicia civil.

Sobre los poderes probatorios del juez, en el referido pleno se ha determinado que la prueba de oficio es el poder jurisdiccional para disponer y actuar nuevos medios probatorios con la finalidad de fortalecer la consistencia del soporte probatorio hacia una auténtica fijación de los hechos, con los controles correspondientes.

En resumen, importa dejar precisado que el juez, no sólo debe enmarcarse en el marco legal que regula las pruebas de oficio; sino que debe actuar con la amplitud suficiente para aplicar las pruebas de oficio, invocando reglas y

constructos sobre las pruebas de oficio, establecidas en la jurisprudencia nacional y en especial, las reglas vinculantes establecidas en el X Pleno Casatorio Civil, que es de obligatorio cumplimiento, con la salvedad de no aplicar y apartarse con la motivación que el caso judicializado que resuelve así lo determine.

Además, en estos tiempos de postmodernidad y pluridimensional de los poderes probatorios del juez, las circunstancias exigen, jueces creadores de derecho y garantes de un debido amparo jurisdiccional efectiva; las que se trasuntan en las sentencias que emiten, basadas en las ratificación o verificación de la verdad de los hechos controvertidos en las que las partes no están de acuerdo; hechos admitidos los que no son objeto de prueba, porque no hay discrepancia, pero que el Juez debe verificar o ratificar para evitar colisión con derechos de terceros; y, los hechos relevantes, entendidas como no contradichas dentro de la oportunidad procesal o aquellas que se generan con la rebeldía de alguna de las partes procesales; todo como producto y efecto valorativo de las pruebas aportadas por las partes y por el propio juez.

Bajo la posición teórico-doctrinario, al cual nos alineamos y ante la vigencia y vigor del X Pleno Casatorio Civil; que establece reglas vinculantes para la aplicación de la prueba de oficio, para mayor sustento normativo, jurídico, epistemológico y cognitivo; importa establecer los aciertos y desaciertos del referido X pleno casatorio civil, en el cual -efectivamente- la Judicatura Suprema Civil, ha establecido la posición sobre la prueba de oficio y su vinculación -incuestionable- con la teoría de las cargas probatorias dinámicas o desplazamiento de la carga de la prueba.

De inicio y previa la precisión de los aciertos y desaciertos; importa dejar precisado que la concepción cognitivista de las pruebas de oficio, corresponden a las ideas y propuestas iniciales de Jeremy Bentham, que desde el enfoque racional de la prueba encuentra sus orígenes y fundamentos en el common law -sistema inglés- y que en la actualidad es difundida como enfoques de la teoría del civil law, que sustenta el sistema probatorio dinámico o dinamismo probatorio; reforzado y actualizado por Michele Taruffo, en su obra, "El juez y la construcción de los hechos"; y, fundamentalmente, bajo el

enfoque eficientista del derecho procesal civil de la postmodernidad, que actualiza y propugna la generación de un proceso eficaz, bajo la irrestricta e incuestionable observancia de un garantismo procesal a ultranza y un activismo judicial, para la solución de los casos civiles, judicializados.

Precisamente, la vigencia y vigor actual del X Pleno Casatorio Civil, es el fruto y producto de este sistema probatorio en el ámbito del civil law, asumido por nuestro sistema en la impartición de justicia civil y en particular la observancia y aplicación de las pruebas de oficio o desplazamiento de la carga de la prueba; por lo tanto, la justificación de las reglas vinculantes establecidas en el referido pleno casatorio civil; que expresamente ratifica como facultad excepcional del juez, para incorporar medios de prueba adicional al proceso - en nuestra posición- es un avance; sin embargo, no es acorde al realismo social actual en la impartición de justicia civil y en particular a la actividad probatorio en el proceso civil; en esa línea, nosotros consideramos que la aplicación de las pruebas de oficio debe considerarse un imperativo para el juez -claro- con las limitaciones que genera un garantismo procesal; por lo mismo, -así precisamos en una de las conclusiones de esta tesis- que el juez, debe emitir un auto relevante, previo a la emisión de la decisión o sentencia; en el cual, establezca las razones y justificaciones de la aplicación de sus poderes probatorios al caso; e, igualmente, las razones del porque no aplicó las reglas vinculantes e imperativas establecidas como jurisprudencia civil vinculante.

Bajo estas precisiones, advertimos que el X Plena Casatorio Civil, tiene mayores aciertos que desaciertos y lo que corresponde es -ese el propósito y objetivo de esta tesis- generar en la función jurisdiccional del juez, la debida y oportuna aplicación de las pruebas de oficio, bajo este constructo debe considerarse como un imperativo o poder probatorio, entendida como la facultad de ordenar e incorporar o presentar pruebas por su propia iniciativa y en base a los hechos alegados y controvertidos por las partes procesales; consecuentemente, el problema en esencia, está en la aplicación eficaz y eficiente de las reglas vinculantes establecidas en el X pleno casatorio civil.

Actualmente, el Juez como juzgador es un agente epistémico -puntualiza el referido pleno casatorio civil- dotado de poderes probatorios exclusivos y excluyentes, en su estatus o condición de ser director del proceso civil (activismo judicial probatorio), la que debe ejercer sin colisionar con los principios, categorías y constructor de un debido proceso; especialmente, de quebrantar los principios: dispositivo, imparcialidad, contradicción, etc.-

Los aciertos o bondades del X Pleno Casatorio Civil, que desarrolla y establece las reglas vinculantes para la aplicación de las pruebas de oficio; son:

- a) Ratificar la facultad que otorga al juez una potestad probatoria bajo el precepto contenido en el artículo 194 del CPC; como una potestad excepcional y no una obligación (nuestra posición es de abierta discrepancia; pues, debe establecerse como un imperativo para la iniciativa probatorio).
- b) Establecer que la aplicación de las reglas vinculantes para las pruebas de oficio, deben buscar la verdad; respetando los límites establecidos en la norma jurídica. (contexto de la segunda y tercera regla).
- c) Disponer la incorporación de oficio diversos medios probatorios, entre estos: copias certificadas, físicas o virtuales de los procesos judiciales o procedimientos administrativos conexos vinculados con la controversia y con la incidencia directa en el resultado del proceso.
- d) Disponer utilizar como pruebas de oficio, todos aquellos medios que permitan ratificar, verificar o confirmar los hechos debatidos y relacionados con derechos reales, las que se enumeran en la décima regla; con las precisiones y disposiciones propias para procesos civiles de naturaleza personal y derechos de personas vulnerables por razones de edad, género, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas o minorías, víctimas, migrantes, personas en extrema pobreza y otros (regla undécima y duodécima).

Estos aciertos o bondades -entre otros- permiten concluir de que el X Plena Casatorio Civil, establece las bases de una jurisprudencia de línea o avanzada, que como decisión del órgano jurisdiccional Suprema, debe

aplicarse de forma eficaz y eficiente; advirtiéndose que aún se evidencia cierta resistencia por parte de los operadores jurisdiccionales de primera y segunda instancia; todo por razones de falta de conocimiento, preparación, especialización y actualización del contexto y relevancia de la debida aplicación eficaz de las pruebas de oficio; así como, como falta de decisión y temor de quebrantar el principio de imparcialidad; y, fundamentalmente, por desconociendo de los poderes probatorios con que está investida el Juez.

Los desaciertos del X Pleno Casatorio Civil, que desarrolla y establece las reglas vinculantes para la aplicación de las pruebas de oficio; en función a la relevancia de la vigencia y vigor de esta jurisprudencia vinculante, en pureza y honestidad investigativa, son pocos, las que precisamos, a continuación:

- a) Se ha perdido la oportunidad de establecer de que la aplicación de las pruebas de oficio, debiera ser imperativo por estar sustentado en los poderes o potestades probatorios del Juez y no como una simple excepción.
  
- b) Respecto a los límites de la aplicación de las pruebas de oficio, como poder probatorio del juez, se establece en la tercera regla, una enumeración reduccionista y hasta contradictoria con el verdadero fin de la distribución de las cargas probatorias en el proceso civil, colisionando de esta forma con la verdadera esencia y relevancia del actividad probatoria dinámica o desplazamiento de la carga de la prueba; que al decir del maestro Jorge W. Peyrano, “El rol del juez actual, con responsabilidad social, modulador del proceso y revestido de virtudes; es impartir justicia, con la ley, sin ley y contra la ley; modificando, lo que está establecido como una “tiranía legislativa”.

Bajo estos aciertos y desaciertos, la vigencia y vigor del X Pleno Casatorio Civil, establece las bases de la jurisprudencia relevante y vinculante de unificación de criterios y reglas para la aplicación de las pruebas de oficio, bajo los parámetros de los poderes o potestades probatorios del juez; siendo ese contexto de haber establecido reglas vinculantes; las que deben merecer

una aplicación no bajo las reglas de excepción; sino como un imperativo en la función jurisdiccional.

El problema o situación problemática que aborda y desarrolla esta tesis es, en el contexto no de la falta de normatividad y una línea jurisprudencial vinculante; sino, bajo el constructo de la aplicación eficaz del X Pleno Casatorio Civil, en los años posteriores a su vigencia y vigor; cuya problemática en esencia, aborde esta tesis.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO Y ESTADO DE LA CUESTION

#### 2.1 Antecedentes de la investigación

Bajo este contexto, en los primeros ordenamientos procesales las pruebas están dirigidas hacia el contendiente siendo los medios probatorios emblemáticos el juramento con contenido religioso.

En el proceso romano se establece el procedimiento probatorio basado en la convicción judicial con marcada orientación religiosa. Esta orientación se aprecia en el antiguo derecho germánico irradiado después al derecho canónico.

El convencimiento estuvo basado en la intervención de las deidades a esta fase corresponde las santas ordalías, los duelos judiciales, los juicios de dios, entre otros.

El sistema de la tarifa legal representa la consolidación del derecho canónico y un decisivo avance de la cultura jurídica. El propósito fue dar un sustento jurídico al proceso por el legislador eclesiástico y posteriormente por el legislador civil.

La siguiente fase es la actividad probatoria basada en la creencia en la infalibilidad humana, es decir, la fe en la integridad de la razón humana. Las manifestaciones actuales corresponden a la fase denominada de la prueba científica sustentada no solo en la razón sino y sobre todo en los aportes de la ciencia y lo tecnología.

#### 2.2 Estudios previos

Sobre el tema objeto de investigación, se tiene estudios específicos en el ámbito Latinoamericano y Nacional; tales como:

- a) En Latinoamérica destacan los aportes de los profesores Jorge W. Peyrano, Adolfo Alvarado Velloso y Oswaldo Alfredo Gozaini, Humberto Briceño Sierra y Hernando Devis Echandía, quienes aportan



los fundamentos para la orientación publicista del proceso y específicamente de la probática judicial.

Los mencionados expertos afirman que la función del juez en los tiempos actuales es arribar a la verdad de los hechos afirmados en el proceso, es decir, asumir la idea de verificación de lo afirmado.

- b) En el ámbito nacional se tiene importantes estudios previos, revestidos de actualidad y dentro de la moderna tendencia del proceso civil; especialmente, bajo los parámetros de la impartición de justicia dentro de un Estado de Derecho Constitucional y Social. En efecto, tenemos: La obra de Rolando Alfonso Martel Chang, en su obra titulada *Pruebas de Oficio en el Proceso Civil*; en esta obra, se desarrolla el enfoque de la prueba, como un derecho constitucional, sustentado en pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como se establece en el Expediente N° 01776-2004-AA/TC; (se adjunta como anexo) referido específicamente a las cargas dinámicas probatorias; en efecto, bajo el contexto de la referida sentencia del Tribunal Constitucional concluye señalando que constituye un alejamiento de los pautas ordinarias de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso, por ello se requiere postular nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnica o fácticas para producir la prueba respectiva.

El compendio de Renzo Cavani Brain y Vitor de Paula Ramos (Coordinadores), titulada "Prueba y Proceso Judicial", cuyo contexto está referida a diversos artículos sobre la prueba y en particular, referida a la dinámica probatoria o dinamismo probatorio. (Instituto Pacífico-Actualidad Civil, 2015.)

En este compendio, se tiene artículos que sustentan el dinamismo probatorio en doctrinas internacionales y continentales; así se considera: "Prueba, Verdad y Estado de Derecho" (Michele Taruffo-

Italiano); “Prueba y Motivación de las decisiones judiciales” (Jordi Ferrer Beltrán- Español); “El Juez Civil y la prueba: Una historia mal contada” (Joan Picó y Junoy- Español); mención especial merece el tema “La prueba de oficio (proporcional) en el proceso civil del Estado Constitucional de Derecho: Superando la confusión de un debate entre corrientes procesales sobredimensionadas” (Roberto Gonzáles Álvarez- Cusco-Perú); también se tiene artículos referidos a la carga de la prueba: “Las (peligrosísimas) doctrinas de la “carga dinámica de la prueba” y de la “situación de sentido común” como medios para afirmar el derecho a la tutela jurisdiccional” (Danilo Knijnik -Brasil); “Carga de la prueba dinámica y el postulado de la razonabilidad” (Artur Thompsen Carpes -Brasil); y, “Cargas y deberes probatorios de la partes en el Nuevos Código Procesal Brasileño” (Vitor de Paula Ramos -Brasil).

### **2.3 Estado actual de las propuestas doctrinarias de solución al problema.**

#### **2.22.1 Pruebas en el proceso civil**

*“La prueba tiene una regulación precisa en toda legislación, cuyo propósito es esclarecer y averiguar la verdad de los hechos planteados en el procedimiento sin embargo, la nueva orientación – puntualiza el Dr. Oswaldo Alfredo Gozaini, Procesalista Argentino- es dejar la idea habitual de investigación de la verdad acometer la actividad de verificación de lo afirmado en el proceso; sin embargo, no es misión judicial la averiguación de los hechos, ofreciendo las pruebas no establecidas por las partes; es decir, la actividad procesal dinámica, está a la iniciativa de las partes y el Juez interviene, sola para dirigir el debate, y declarar al vencedor. Fuente. Datos tomados de Gozaine (1997)*

Al Juez moderno, en el Estado Constitucional y Social del Derecho le corresponde realizar una actividad dinámica en la búsqueda de la prueba; en la medida porque es su deber descubrir la verdad o en todo caso, verificar o confirmar la verdad propuesta por las partes procesales, en función al material

probatorio ofrecido por demandante y demandado y el órgano jurisdiccional (dinamismo o activismo judicial).

En el Código Procesal Civil Peruano tiene una regulación precisa, clara en su orientación y con la instrucción concreta de determinar e indagar la veracidad de los hechos planteados en el proceso.

Sin embargo, la doctrina inicial que aborda el problema de la dinámica probatoria, establece el compromiso activo y dinámico del Juez, quien tiene la firme misión de establecer la verdad de los hechos, respetando la irrestricta aplicación de los fundamentos que norman la prueba y la dinámica probatoria en especial.

Surge entonces, diversas interrogantes de la dinámica probatoria: ¿qué significa actividad probatoria dinámica?, ¿qué se demuestra dentro de un proceso civil?, ¿Se verifican las afirmaciones de las partes? Y ¿cuál es la importancia que otorgan los sujetos del proceso (juez, partes, abogados) a esta dinámica probatoria?

Al respecto, dentro de la doctrina, existen actualmente dos concepciones enfrentadas, sin embargo, la postura que considera a la prueba como medios de demostración ha sido cuestionada, ocupando su lugar, paulatinamente la posición que concibe a la prueba como un procedimiento de confirmación de las afirmaciones fácticas.

Es decir, estamos en la orientación que propugna el abandono de la postura tradicional que otorga a la prueba la finalidad de investigar la verdad para dar lugar a la orientación que asigna a la prueba el rol de verificación de las afirmaciones sobre hechos formuladas por las partes. En tal sentido, el letrado patrocinante, para postular la pretensión en su demanda y conseguir el pronunciamiento jurisdiccional estimatorio, tiene la responsabilidad de estudiar la consistencia fáctica y jurídica de su pretensión, puesto que, en caso contrario, el fallo le será desfavorable.

Cabe puntualizar como conceptos o términos a utilizarse en esta investigación, lo referente al concepto averiguación y verificación, pues dichos

términos no necesariamente antagónicos, sí son complementarios, pues el prefijo “a” significa caminar hacia algo y “verificar” camino hacia la verdad.

De otro lado, en doctrina y en nuestro sistema jurídico procesal, se ha establecido que la prueba es tema de partes, por lo que primero se averigua y luego se verifica, es preciso advertir que la fase de averiguación aun no constituye actividad probatoria procesal, como se ha podido advertir es una actividad preprocesal.

Por lo señalado, no corresponde al juez la acción de averiguación porque no es su función lo que sucede es que, hay que darle y presentarle los medios de prueba para acreditar que la averiguación efectuada por la parte para afirmar hechos y ofrecer las pruebas ha sido adecuada.

Otra corriente doctrinaria, que establece que la dinámica probatoria es actividad exclusiva del abogado, y el rol del Juez es simplemente el de un espectador y solamente resuelve la controversia suscitada entre dos personas sin la opción de ofrecer y actuar pruebas por iniciativa personal pues de lo contrario fracturaría las reglas claras y transparente que supone la dinámica probatoria de las partes procesales, (actividad probatoria autónoma) para confirmar o establecer sus pretensiones; todo dentro del verdadero sentido de los principios bilateralidad y contradicción.

Así expuesto, la dinámica probatoria quedaría como iniciativa de partes y la intervención del Juez quedaría relevada a determinar al vencedor de la controversia, como un árbitro encargado de declarar un ganador, sin intervenir en el debate judicial.

Ante el advenimiento de nuevas teorías probatorias y en particular la denominada dinámica o dinamismo probatorio; más, ante la socialización del proceso civil, se establece que la prueba y la actividad del Juez, cobran suma importancia, para el establecimiento de la certeza probatoria, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados dentro de un proceso civil.

La carga probatoria corresponde a las partes; sin embargo, conforme a las nuevas tendencias del derecho procesal civil, específicamente, dentro de la doctrina de la dinámica probatoria, correspondería también al Juez (director y

responsable del proceso) iniciativa probatoria que debe darse ante la insuficiencia de pruebas para establecer la verdad judicial material; entonces estamos frente a la perspectiva y la opción de conceder al órgano jurisdiccional iniciativa probatoria sin restringir su función dinámica en la actividad probatoria.

En definitiva, es propósito de esta investigación, establecer que la perspectiva personal o individualista de la prueba sea abandonada el principio de solidaridad probatoria bajo las reglas de la nueva corriente del derecho procesal civil, denominado “eficientismo procesal”.

Al respecto, siguiendo a Mauro Cappelletti sostenemos que el juez tiene poderes de intervención sobre el objeto declarado en el proceso que queda sometido a la voluntad exclusiva de las partes. (1972). En el mismo sentido, el año 1983, en el congreso internacional de derecho procesal celebrado en Alemania, se estableció que el juez moderno esta llamado a desempeñar una incansable búsqueda de la verdad.

Ya en el siglo XIX, se pensó haber encontrado la eficacia del proceso civil en la exaltación del proceso acusatorio, en la dinámica procesal probatoria que concedía iniciativa a las partes y la intervención del juez estaba relegada a determinar la verdad.

La doctrina actual, establece que a las partes le corresponde asumir la demostración de los presupuestos de hecho contenidos en la norma sustancial y afirmados en la postulación de sus pretensiones o resistencias; pero, al mismo tiempo, se introdujo la iniciativa personal del juez frente a la insuficiencia probatoria, aparece así idea de otorgar al juez la facultad de la aportación oficiosa del material probatorio, reiteramos, solo ante el supuesto señalado.

En tiempos actuales la doctrina procesal de avanzada propugna que la concepción individualista de la actividad probatoria debe ser sustituida por la solidaridad en la actividad y aportación del material probatorio concordante con el principio de la publicitación.

En efecto, el ordenamiento procesal civil peruano ha preceptuado que los medios de prueba tienen función acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador sobre los puntos controvertidos y permitirle fundamentar sus decisiones, así reza el artículo 196 del CPC.

Por tanto, en el proceso civil, es carga procesal de las partes aportar el soporte probatorio para acreditar sus aseveraciones fácticas sustentadas en los principios de cooperación procesal, comunidad de pruebas, control probatorio, entre otros. etc., para consolidar la eventual estimación de sus pretensiones o resistencias, sin desconocer que el juez puede coadyuvar en tal actividad; en tal sentido, los esquemas procesales sobre el acopio de pruebas, control, actuación y valoración corresponden a la doctrina de la probática judicial en el marco de la doctrina del derecho procesal civil.

La eficacia de la gestión probatoria es la piedra de toque de todo sistema procesal civil. No obstante, doctrinariamente, aún no es pacífico el modo como inciden los sistemas probatorios en el acopio de medios de prueba en el proceso civil, para lo cual no tiene mayor trascendencia si el sistema es oral o escrito, si existe solemnidad en el ofrecimiento o actuación de los medios de prueba.

Los sistemas procesales, sean estos dispositivos o inquisitivos se aplican en un determinado sistema jurídico procesal considerando los alcances del concepto de justicia subyacente en el concepto de jurisdicción; empero es posible que el alejamiento total de la causa convierta al juez en un espectador del litigio y no en un verdadero director del proceso civil.

Sabemos que el proceso civil regido por el principio dispositivo convierte al juez en un espectador pleno de la contienda que libran las partes y en esta orientación la prueba y la actividad probatoria son consideradas ámbitos exclusivos de las partes procesales. El juez, en este sistema cumple el deber jurisdiccional de otorgar tutela jurisdiccional y de modo especial resolver las pretensiones postuladas por el actor como por el demandado vía reconvencción, únicamente sobre la base de los medios de prueba ofrecidos, admitidos y actuados en el proceso civil.

Un juez, dentro del sistema publicístico, antes llamado sistema inquisitivo debe investigar los hechos alegados en un proceso civil: acopiar el material probatorio destinado a la formación de la *cognitia iuris*. El afianzamiento de la orientación pública del proceso civil fortaleció la capacidad de investigación del juez en un contexto prevalente aún del sistema dispositivo, lo que viene generando una intensa polémica que aún no concluye.

Por lo señalado, el fortalecimiento del sistema inquisitivo o de oficialidad, en los procedimientos y en general reglas del proceso civil, se supera así los márgenes del interés privado de las partes para elaborar sus designios desde el interés público; en esa línea, se ha establecido si se tratara de un proceso civil, el Juez civil, no puede iniciar de oficio o a instancia de parte el proceso puesto que, necesariamente tiene que accionar el demandante, este es el sustento del principio de parcialidad.

De otro lado, si los particulares no disponen del interés colectivo en juego en el proceso, no pueden dar por concluido a un determinado proceso ponerle fin a un determinado proceso; sin embargo, si la potestad probatoria dinámica judicial, se aplicara plenamente, es previsible, la resolución del conflicto sería más arreglada a la realidad y justicia.

Acertadamente se ha precisado que la estructura actual del proceso civil tiene tres fines legales principales: afirmar, confirmar y concluir. En tal sentido, el proceso civil acorde con la perspectiva dinámica requiere de las mencionadas tres finalidades, pues en cada una, el accionar hace referencia a conductas simbólicas diferentes. En esa orientación, se ha establecido que en la etapa postulatoria la misión del afirmar es comunicar pretensiones cuya dialéctica formará el objeto del proceso. En la fase confirmativa tales pretensiones reciben el soporte de objetos que reafirman las aseveraciones expuestas en la fase previa. *En la fase conclusiva las partes exponen sus argumentos sus razones confrontando posiciones sobre los hechos probados y los medios de prueba ofrecidos admitidos y actuados para tal propósito.*

El momento crucial es la etapa de la confirmación de los alegatos que hacen las partes; momento en el cual hace su aparición la noción de prueba y en ésta, la actividad probatoria de las partes cobra vigencia puesto que la prueba

se relaciona con la etapa de la confirmación dentro de un proceso válido y eficaz.

Bajo esa orientación, la idea fundamental de un proceso civil, está en el dinamismo de su normatividad y de la actividad probática que desarrollan las partes, cuyo significado en el lenguaje corriente y usual del dinamismo, es precisamente la idea de actividad de las partes procesales.

#### **2.4 Enfoque Moderno del Derecho Procesal Civil**

Con absoluto acierto se ha establecido que en la doctrina es una postura unitaria y pacífica que el derecho procesal es esencialmente normativo lo cual se ajusta a su naturaleza de ciencia jurídica, en esa perspectiva su estudio admite como su instituto básico a la norma legal procesal como fuente reguladora de la conducta de quienes, en el ámbito del derecho, es decir, el órgano jurisdiccional las partes y los terceros.

Las nuevas tendencias del derecho procesal civil se orientan hacia el eficientismo a partir de la publicitación del proceso civil, tendencia que rige en nuestro país y en los países latinoamericanos que tomaron como base el Código Procesal Tipo para Latinoamérica.

La publicización del proceso civil, concede al juez los deberes-poderes de dirección y control del proceso; por tanto, activa participación en la nueva orientación del Derecho Procesal Civil. Esta tendencia no afecta a los aspectos del principio dispositivo que continúan vigentes; esos poderes de dirección tienen un significado esencialmente formal y están referidos únicamente al desarrollo técnico y formal del proceso, manteniendo a la disposición de las partes la determinación y disposición del objeto litigioso, ciertamente, si tiene naturaleza disponible, considerado al juez como el sujeto dinámico –director del proceso-, en el moderno enfoque del Derecho Procesal Civil.

Es preciso establecer que publicización del proceso no es inquisición del mismo, es de modo concreto, el otorgamiento al juez de mayores poderes para la dirección e impulso del proceso para atender, es verdad, el interés de las partes: pretensión o resistencia, pero sin postergar, aplazar y olvidar que



el proceso no es solo escenario de lucha de las partes sino por sobre todo, el medio jurídico otorgado constitucionalmente para que el estado a través del juez, pueda hacer realidad objetivos públicos que interesan a la sociedad, más allá del interés particular o privado es decir, hacer realidad la seguridad jurídica y el restablecimiento de la paz social en justicia.

Se trata de hacer realidad el valor justicia con la participación dinámica del órgano jurisdiccional, sin desconocer los derechos conformantes del debido proceso que tienen las partes.

## **2.5 Teorías del Derecho Procesal Civil**

El desenvolvimiento teórico-doctrinario del derecho procesal civil como disciplina teórica consigue autonomía recién en la primera mitad del siglo pasado antes era considerado como un componente del derecho civil, a lo sumo como un *otrosí digo*, en este sentido podemos hablar de cuatro periodos en su evolución.:

**Período antiguo;** son las primeras manifestaciones del derecho procesal los primeros datos pueden ser examinados en el Código de Hammurabi con la regulación del uso de la fuerza y la Ley de las Doce Tablas, entre otras, y ciertas tendencias evolutivas que rigieron hasta el siglo XIII de nuestra era.

**Período judicialista,** conocida también como el período de los prácticos. Se establece que surge a partir del Siglo XIII hasta el siglo XIX, bajo esta orientación o período se habla como objeto de estudio y verdadero contenido del Derecho Procesal, de la práctica del juicio, esto como concepto central de esta disciplina jurídica. Así se sabe que, en el desarrollo de la Edad Media, esto es entre los siglos XII y XIII, al crearse diversas Universidades y en especial en la enseñanza del derecho, y en el furor de la enseñanza de todo lo referente al Derecho Romano, se enseña por primera vez el derecho procesal, especialmente en la Universidad de Bolonia. Pero, los estudios eran meramente teóricos y no capacitaba para el ejercicio de la profesión de abogado. Esta es la primera etapa de la evolución del derecho procesal, considerada como una mera práctica forense; puesto que su enseñanza se da incluso por los prácticos y fuera de las universidades, apreciándose que

los prácticos no se nutren de la enseñanza de la ley procesal; así entonces, se enseñan la costumbre judicial sin ninguna científicidad.

**Período procedimentalista**, pertenece todavía al período pragmático del Derecho Procesal Civil, con el absoluto predominio del método exegético, por la fuerte e inevitable influencia de la Escuela Exegética del Derecho, este período se inicia a principios del siglo XIX, así entonces, se sientan bases de la corriente procedimentalista, caracterizado por el excesivo formalismo pretoriano, producto de la influencia del Derecho Romano. Así emerge la llamada experiencia judicial como fuente de inspiración del derecho Procesal Civil, al decir de Beatriz Quintero, el procedimentalismo florece en Francia, todo como resultado de la revolución francesa, con el concepto Roussonianos de que la ley es expresión de la voluntad general, así surge entonces, la corriente codificadora, materializado en los Códigos Franceses de 1804 y 1808. Es así que, como fruto de la exigencia exegética, por primera vez se introducen en las universidades, el curso de procedimientos, en base a la fuerte influencia del procedimentalismo como una opción del Derecho Procesal Civil, y todo sustentado en la base de la ley y su método para explicarla es precisamente la exégesis; es decir, la aplicación de la ley positivizada; por eso se decía, que el Juez era el ojo y oído de la Ley.

**Período procesalista** o procesalismo científico, refiere el Dr. Juan Montero Aroca, *“(...) surge como una corriente o doctrina alemana, libre de amarras legales y pudo plantearse con plena independencia cada problema del derecho procesal; mientras los franceses, ya tenían un código promulgado, los alemanes construyen los cimientos teóricos del suyo y en razón de ello nace el procesalismo científico en Alemania. Y es también en aquella Nación donde por primera vez llega a la cátedra universitaria, el Derecho Procesal, con la categoría de una disciplina del Derecho”*. Fuente. Datos tomados de Montero (1970).

El procesalismo científico, tiene cuatro escuelas o agrupaciones territoriales de doctrinantes, refiere Beatriz Quintero; a saber:

**Procesalismo alemán**, surge con un esplendor, a partir de la teoría de la relación procesal, propugnada por Oscar Von Bulow y profundizada con las

obras de Adolfo Wach, razón por el cual se le conoce como el gran sistematizador, porque ofrece ya un estudio del derecho procesal científico; igualmente, surge la obra de James Goldschmidt, propugnando la teoría del proceso como situación jurídica. En tal orientación, el procesalismo alemán, sienta las bases del Derecho Procesal Civil.

**Procesalismo italiano**, surge con la monumental obra de Giuseppe Chiovenda, quien sienta las bases de la escuela científica del derecho procesal en Italia, precisamente, cuando en el año de 1903, expone por primera vez, en la Universidad de Bolonia el tema de la “acción en el sistema de los derechos”. Fuente tomada de Chiovenda, (1924). Este planteamiento doctrinario de la corriente Italiana, cobra mayor sustento, cuando en el mes de marzo del año 1924, se publica la Revista de Derecho Procesal Civil (Revista di diritto processuale civile), publicación periódica que contenía las obras y estudios procesales de Giuseppe Chiovenda, Francisco Carnelutti y Piero Calamandrei, así surgen las obras, se publica también la Teoría general del proceso de conocimiento como Principios de Derecho Procesal Civil y las instituciones de derecho procesal civil.

**Procesalismo francés**, en este país, no alcanza desarrollo el procesalismo científico. La escuela francesa, continuaba sosteniendo que la acción era parte del derecho sustantivo y aplicando al proceso los principios del derecho civil.

**Procesalismo español**, esta corriente surge por la inevitable influencia de la escuela francesa; así surge la obra de Jaime Wach, “sentando las bases del procesalismo español, para ser continuadas con las obras sobresalientes de Fairen Guillen, Juan Montero Aroca, entre otros. Esta corriente española, va influir y proyectar sus planteamientos doctrinarios a los procesalistas Latino Americanos, así surge entonces, el procesalismo Iberoamericano”. Fuente tomada de Wach (1924).

**Procesalismo Iberoamericano**, “(...) las obras de Hernando Devis Echandía, colombiano, sienta las bases del procesalismo Iberoamericano, motivo suficiente para considerarle como el pilar sólido del derecho procesal colombiano e hispanoamericano. En Iberoamérica surgen doctrinarios, como

Enrique Véscovi en Uruguay, Humberto Briceño Sierra, en México, Santiago Sentís Melendo, Jorge W. Peyrano, Alvarado Velloso, Oswaldo Alfredo Gozaini y Omar Benaventos, conocida como “Escuela de la Plata-Argentina”; verdaderos propulsores del dinamismo probatorio, dentro de la nueva teoría del Derecho Procesal, conocida como el “**Eficientismo Procesal**”. Fuente. Datos tomados de Gozaine (1997)

De esta puntualización, se tiene que el derecho procesal es uno y que las diferentes ramas, en especial el derecho procesal civil, integra esa unidad; siendo así, han surgido diversas corrientes, para establecer el nuevo enfoque del derecho procesal civil, a saber:

### **2.22.1 Corriente diversificadora**

Conocida también como la teoría pluralista o negativa de la unidad del derecho procesal, sus planteamientos se vinculan al ámbito penal, y como tal, propugnan que el derecho procesal no es unitario, sino plantean una suerte de polémica entre procesalistas y penalistas. Esta corriente se diversifica, en tres vertientes:

La tesis materialista, encuentra el fundamento en el derecho sustancial. La tesis procesalista, sostiene que la forma como se desarrollan y actúan los principios fundamentales del derecho procesal y el aspecto probatorio, diferencia esencialmente el derecho procesal civil y cobra vigencia e importancia el principio dispositivo.

### **2.22.2 La tesis iurisdiccionalista**

Encuentra como argumento central, en que la jurisdicción civil realiza los diversos derechos públicos o privados de los particulares y de las entidades colectivas públicas o privadas.

### **2.22.3 Teoría Unitaria**

Se tiene establecido que la mayoría de los procesalistas modernos, se orientan y argumentan en esta nueva corriente. Esta teoría unitaria, en forma enfática y puntual, considera la unidad conceptual del derecho procesal, no obstante, a partir de esta idea central, se insinúa una tendencia

contemporizadora de la unidad del derecho procesal. Igualmente, se advierten tendencias diversas dentro de esta teoría unitaria, a saber:

**Tesis de la unidad diferenciada**, se sostiene que el derecho procesal es uno, aunque por razones de estructura y de función se diferencian de determinadas ramas, pero tiene como base un tronco único. -

**Tesis de la teoría general del proceso**, se sustenta en un conocimiento científico de los principios o conceptos que son comunes a toda categoría de procesos.

**Tesis de la identidad funcional**, plantea que el derecho procesal se presenta como único e idéntico, no pueden existir diferencias funcionales que determinen la ruptura de esa identidad porque si en la función existieran diferencias sustanciales sería el momento de afirmar que no se trata de derecho procesal sino de otra disciplina jurídica; concluyen enfatizando que el derecho procesal, es funcionalmente único, cualquiera sea la forma que se le dé, cualquiera sea el derecho sustancial que se pretenda proteger, cualquiera sea el interés que constituya la finalidad de ese derecho sustancial. Por tanto, esta tesis admite y propone la identidad funcional del derecho procesal, aun cuando existan diversas disciplinas jurídicas, que hacen uso del derecho procesal civil.

## **2.6 El Moderno Proceso Civil- Enfoque Contemporáneo**

*“El moderno proceso civil, ha pasado a ser inquisitivo, al menos en materia probatoria”.* Fuente. Datos tomados de Véscovi (1994)

En efecto, la tendencia moderna del proceso civil y a partir de la vigencia del Código Procesal Modelo para Latinoamérica, establece mayores poderes y facultades para el Juez Civil, especialmente establece la potestad de averiguación de la verdad, a partir de una activa participación dentro de la **orientación dinámica del proceso civil** y en particular de la actividad probatoria.

El Código Procesal Civil modelo para Latinoamérica considera entre las facultades judiciales la de ordenar las diligencias imprescindibles para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, salvaguardando el

derecho de defensa de las partes. El precepto señalado está plasmado en el numeral 2 del artículo 51 del código procesal civil peruano. También regula amplias facultades judiciales para disponer la comparecencia de las partes, testigos y peritos; precepto que vía recepción legislativa está plasmado en el numeral 3 del artículo 51 del código procesal civil peruano; en general, nuestro ordenamiento procesal civil tiene como fuente normativa inspiradora al código procesal civil modelo para Iberoamérica.

Dentro del nuevo enfoque se incrementa las potestades probatorias del juez hacia una iniciativa judicial en casos excepcionales, lo que no es otra cosa que la consagración de la actividad dinámica probatoria del juez.

En la misma orientación, se ha establecido que el Derecho Procesal Civil y en particular el proceso civil y a partir del XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-Argentina, al tratar el tema de “**La simplificación Procesal**”, se ha acordado un aporte a esta ciencia procesal, “La reforma que se está produciendo en América Latina, y en el deseo de coadyuvar a la tan necesaria y anhelada transformación que la sociedad toda espera en materia de administración de justicia civil, cambio que reclaman renovación de ideas y superación de temores para que desde las cátedras, la justicia y la propia realización del proceso como instrumentos de vida, se cultive una cultura jurídica diferente, dinámica, simple, efectiva, tutelar, comprensible y participativa, que dé la satisfacción que el ciudadano reclama”. (IPDP, 1992)

## **2.7 Objeto de la Teoría del Proceso.**

Con mucho acierto, ha referido Augusto Mario Morello, que:

*“los grandes temas y sus adaptaciones en la hora actual del Derecho Procesal y en particular de la teoría del proceso, en el balance a finales del siglo pasado e inicios del actual; el paisaje del proceso civil se dibuja con estas notas distintas: “al dar vuelta el milenio, el balance es tan cristalino como categórico, el Estado de Derecho es la única novedad del siglo XX, todas las utopías han muerto, es la novedad de lo clásico la que asegura garantías a los derechos personales y, con poder*

*limitado, controlado y compartido. Gobierno y sociedad deben cuidarlos. La sociedad es un tren más veloz y mudable que el del Derecho y ello es todavía más notable en épocas de transición y con mayor razón aún en la redefinición actual de la posmodernidad”.*

Fuente. Datos tomados de Morello (1994)

En esa línea y precisión, hartamente sabido es, que el proceso es el objeto de estudio del Derecho Procesal Civil, siendo así, el Juez moderno y con la orientación dinámica, se debe privilegiar el activismo judicial, fruto de la corriente procesalista y en especial del eficientismo procesal, surgido en la escuela de la Plata-Argentina, cuyos máximos representantes son Jorge W. Peyrano, Alvarado Velloso, seguido por Omar Benaventos, Alfredo Oswaldo Gozaini y Ticona Postigo (en el Perú).

En la misma línea, Adolfo Gelsi Bidart Campos, en su ponencia sobre la “Oralidad en el Proceso”, presentado en el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, refería:

*“que el objeto de la teoría del proceso, se asienta en la oralidad misma de todo proceso, sin perjuicio de que la reglamentación, en cada materia, pueda añadir algunos elementos que contemplen aspectos específicos de la disciplina sustancial respectiva. Se trata de un instrumento cuya utilización se brinda a todo sujeto jurídico que alegue no poder lograr la aplicación del Derecho en la situación concreta en que se encuentra, se acude al proceso, como “última ratio”, culturalmente más adelantada, -agrega- que proceso oral significa en que se utiliza la palabra expresada verbalmente, es un proceso cuya modalidad se elige por una simple preferencia entre escritura y lenguaje hablado y que, por ende, podría indistintamente ser escogido o rechazado, según aquella preferencia, -finalizando- refiriendo que en rigor estricto, al hablar de proceso oral se menciona algo más que “palabra hablada en el proceso”, en cierto modo se toma la parte por el todo y, en plano de la realidad humana, más que de un punto de partida, de la consecuencia que deriva de la consistencia misma del proceso y de su adecuada realización”. Fuente. Datos tomados de Bidart Campos (1994).*

Concluimos entonces, precisando que el objeto de la teoría del proceso, en estos tiempos de post modernidad, debe establecerse a partir del plano de la

realidad social y las idiosincrasias, así como en función al sistema de impartición de justicia adoptada; y, fundamentalmente en función al proyectismo, perspectivismo y pluridimensionalismo del enfoque actual del proceso civil; bajo la influencia del eficientismo procesal y así generar un proceso eficaz, bajo la estricta como ineludible observancia de un garantismo procesal a ultranza y sea la regla general, el activismo judicial en lo referente a la actividad probatoria en el proceso civil.

## **2.8 La Dinámica probatoria y los sistemas probatorios**

Se ha dicho que la nueva realidad de la tecnología y la globalización informativa, en estos tiempos de post modernidad del derecho considerado como ciencia social y cultural; y, en particular referida al proceso civil y específicamente a la actividad probatoria en el proceso; requieren actualizar y precisar conceptos como el de la publicidad o publicitación del proceso que tiene hoy un significado diferente al que tenía cuando se incorporó a nuestro derecho en Latino América y en particular en el Perú.

Precisamente, en esa línea, se ha establecido: *“este desafío que recién parece encararse, consiste en lograr una equilibrada regulación de la publicidad del proceso respecto de cada uno de los intereses en juicio, imparcialidad del Tribunal, transparencia judicial, libertad de prensa, libertad de empresa, derecho a la intimidad, etc.”*. Datos tomados de IPDP, (1996).

Advertimos que la visión jurídica procesal del nuevo proceso civil y en particular de la actividad probática o probatoria, en su ámbito de la dinámica probatoria, cobra vigencia en la medida en que, los medios de comunicación inciden en la interacción entre sociedad y proceso. Al respecto se ha establecido que:

*“(...) corresponde distinguir el hecho objeto de proceso como acontecimiento histórico y las actuaciones procesales”*. Fuente toma del IPDP (1992)

Precisamente, la dinámica probatoria, gira en esa publicidad y el deber u obligación que cada parte procesal tiene dentro de proceso; más, depende de la actividad dinámica de las partes y hoy -modernamente- del Juez,



(dinamismo probatorio, entendida como deber de incorporar pruebas al proceso) para lograr el verdadero objeto y fin de un proceso civil, esto es, resolver el conflicto, en base a la verdad real y legal, verificando los hechos materia de controversia; y, fundamentalmente, compulsando las pruebas que dan soporte y sustento a un pronunciamiento de un Juez, del tribunal, etc.-

Ciertamente, existe una brecha entre justicia, la sociedad y el pensamiento jurídico en nuestro país; siendo así, la actividad probática dentro de un proceso, es aún más, distante a la verdadera credibilidad de la administración de justicia y resolución de los conflictos y nuestra propia sociedad.

La oralidad y la publicidad como garantías en todo proceso civil y en particular referido a la actividad probatoria, hoy en día adquieren importancia, precisamente, a esa nueva orientación probatoria se denomina como “La actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio”, verdadero objeto de estudio de esta investigación.

## **2.9 El Derecho Probatorio**

Una de las modernas disciplinas jurídico procesales, de reciente autonomía, viene a constituir el derecho probática o Probatorio; la misma que ha surgido, con el propósito de examinar los conceptos básicos utilizados para proponer una teoría general de la prueba. Tiene como contenido el estudio a partir de los criterios generales previstos en la teoría de la prueba, los medios de pruebas utilizadas ordinariamente en los procesos civiles, penales, administrativo, etc. En esa orientación, el derecho probática, hoy es conceptualizado desde diferentes enfoques, a saber:

### **2.10 El Derecho Dinámico**

El verdadero sentido y sustento del Derecho Procesal en general y en particular del Derecho Procesal Civil y en última instancia de la actividad probatoria, la idea fundamental, es el dinamismo de su normatividad y su contenido.

Al respecto, el Procesalista Mexicano, Humberto Briceño Sierra, ha puntualizado:

*“En el lenguaje corriente, dinamismo es actividad y, por consecuencia, en el derecho procesal aplicando la ley, lo que observa es una regulación activa (...) el dinamismo tiene un significado técnico que desplaza el objeto mencionado, de lo empírico a lo conceptual. El dinamismo en la norma atañe a una estructura consecucional, no disyuntiva sino continuada. Una norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada, en cadena genera una secuencia de conductas (...) se llama dinámico a lo que, por contraposición a lo tradicional, cambia intentando adecuarse a las ideas triunfantes del momento (...) la circunstancia de que una norma jurídica pueda establecer ese avance de relaciones, da la tónica de la dinámica procesal (...) la normatividad que tiene, por excelencia, la estructura dinámica es la que regula el procedimiento.*

*Así pues, sólo una normatividad procedimental puede llenar las notas del dinamismo (...) pero no es el proceso único campo del dinamismo, como el diseño general se encuentra en el procedimiento, además, del parlamentario se puede hablar del administrativo y aún del convencional o privado. La norma dinámica fuerza al destinatario a mover la atención de una conexión a la siguiente, de manera que a priori se conoce el procedimiento, la secuencia o transitividad de las conexiones de conductas, no puede hablarse de procedimiento o normatividad dinámica sino se ha previsto el programa normativamente (...) el procedimiento está contenido en la norma y no son los hechos, la actividad material de los sujetos lo que puede dar lugar a una normatividad jurídica, si no que ésta se anticipa temporalmente para imperar sobre los destinatarios” Fuente. Datos tomados de Briseño (1996).*

Esta cita textual, a un jurista de talla iberoamericana, nos releva de mayor comentario; sin embargo, debemos agregar, que el dinamismo es una tendencia moderna dentro del campo del derecho como ciencia social y cultural y en particular del Derecho Procesal Civil; por tanto, vinculada inevitablemente a la actividad probatoria en general; orientación doctrinaria

que da nacimiento a la nueva teoría probática, denominada “**Actividad probatoria dinámica**”.

### **2.11 Enfoque doctrinario de la actividad probática**

A partir de un enfoque moderno, se tiene sentada las bases de la teoría de la prueba, en su aspecto dinámico, se habla entonces, de la actividad probática, a partir del dinamismo del derecho procesal. En esa orientación, se ha establecido que toda la temática de la confirmación o actividad de probanza ha sido estudiada desde el ángulo de la prueba con el resultado de atribuir a ésta finalidades propias de aquella, alterando por falsa generalización su significado científico.

Para fines de este trabajo de tesis, interesa establecer un concepto de la prueba; en efecto, aquella en sentido amplio es definida como el medio para revelar algún hecho o suceso. Precisamente, mediante ella, se da a conocer al Operador Jurisdiccional, los hechos ocurridos en la realidad, así como también las afirmaciones y negaciones que hacen las partes.

Desde el ámbito subjetivo, la prueba puede ser definida como convicción o certidumbre provocada en el juez, respecto de la veracidad o la forma de cómo han ocurrido las circunstancias que se manifiesta y dan a conocer dentro de proceso.

Desde un punto de vista estricto la prueba puede ser definida como aquellos fundamentos tomados de los medios postulados que, en su totalidad, revelan los hechos para resolver la cuestión sometida a decisión. La prueba puede desde una perspectiva formal porque consiste en los medios necesarios para proveer al juez el conocimiento de los hechos; una perspectiva sustancial, es la esencia o las razones elaboradas a partir de los medios probatorios aportados para determinar la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes. La convicción que pueden llegar a producir en el juez, los medios probatorios constituyen el aspecto subjetivo de la prueba o sea el resultado de lo que ha sido acreditado. Con la actividad probatorio se aporta al proceso mediante procedimientos regulados legalmente, las razones

destinadas a formar la *cognitia iuris* e convicción judicial sobre los hechos acontecidos y afirmados.

Por su parte, Niceto Alcalá –Zamora y Castillo define la prueba como el conjunto de actividades destinadas a generar el cercioramiento judicial sobre los elementos necesarios para la decisión de la controversia sometida a proceso judicial, sin perjuicio de que se acostumbre también llamar prueba al resultado así logrado y a los medios usados para obtener dicho propósito.

Explica Francisco Carnelutti que la institución de la prueba es el conjunto de normas jurídicas que norman el proceso de fijación de los hechos controvertidos.

Lino Palacios concibe a la prueba como la actividad procesal ejecutada con la ayuda de los medios previstos por ley destinadas a crear convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como sustento de sus pretensiones o defensas; en la misma línea, Devis Echandía afirma que la prueba es el conjunto de reglas que norman la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios a emplearse para generar al juez la convicción sobre los hechos que importan al proceso.

En definitiva, sería ampuloso seguir enumerando más definiciones, y en resumen nuestro concepto, es que la prueba viene a ser indudablemente una actividad procesal, propia del proceso dinámico y se materializa mediante los medios o instrumentos establecidos en la ley; permite la afirmación o negación de los hechos y circunstancias de acontecimiento ocurridos en la realidad objetiva y de esta forma lograr el convencimiento y certeza en el Juzgador.

## **2.12 La Prueba como Actividad de Partes**

La actividad probatoria es carga procesal de las partes que actúan en el proceso quienes tienen que producir y generar actividad probática; en esa orientación, Briceño Sierra, citando a Dellepiane, refiere que toda decisión del juez que pone fin al conflicto exige la determinación previa de la exigencia de un hecho sobre el que recae la aplicación de la ley. La cuestión es de puro derecho si las partes se avienen con la exposición de las circunstancias, pero esto ocurre en contados casos, lo que explica que predominantemente la

cuestión judicial recae en hechos respecto de los cuales no han convergencia, pues las partes sostienen posiciones encontradas sobre los acontecimientos y su actividad está destinada a lograr acreditar la exactitud de las afirmaciones que les conviene.

Devís Echandía recuerda que el concepto de prueba es consustancial a las diversas manifestaciones de la vida humana por lo que es correcto afirmar que hay una noción común y otra técnica según la actividad o manifestación científica. En las ciencias la noción de prueba se llama reconstrucción o actividades reconstructivas. Los operadores del derecho reconstruyen el pasado para establecer quien tiene la razón en el presente.

Consideramos que la categoría prueba, como actividad de las partes (como poder y facultad) y del propio juez (como deber), presentan trascendencia social y jurídica y la función procesal jurisdiccional como una manifestación del fenómeno jurídico, que tiene vigencia dentro de proceso y en el debate judicial, a partir de una controversia o contención dialéctica, propia del proceso civil y bajo el moderno enfoque del Derecho Procesal Civil -Eficientismo procesal-, orientada a establecer el proceder dinámico de los sujetos del proceso: las partes, el juez, los terceros, y lograr en definitiva lo que hoy se denomina “un proceso eficaz”, fuertemente propugnado por la corriente efficientista del Derecho Procesal Civil, que establece, no sólo la solución o composición de la litis; sino básicamente, la obtención de una sentencia que en definitiva se cumpla y se ejecute conforme a las decisiones del fallo jurisdiccional; procesos que cumplan su propósito y resuelven veraz y objetivamente el conflicto.

En cuanto se refiere a la función social de la prueba, como actividad de las partes y del Juez, se debe entender, como aquella función de solidaridad que debe advertirse en todo proceso; producto de la aplicación del principio de la adquisición probatoria; pues, el juez debe jugar el papel activo y dinámico, en la obtención de las pruebas, que sustentará en definitiva su pronunciamiento en la resolución del conflicto o controversia judicial, que las partes han puesto a conocimiento de aquél. Además, esa trascendencia social de la prueba, se fundamenta en la labor de director del proceso que el Juez tiene y como tal,

con las facultades y atribuciones establecidas en la ley; tema que es materia de estudio en los siguientes capítulos de este trabajo. Además, harto sabido es que, el juez y las partes tiene el deber y en algunos casos la obligación de probar, verificar o confirmar los hechos materia del debate judicial; por ello, la función social de la prueba, también está dirigida a la propia sociedad o terceros con interés que pueden intervenir en el proceso, aportando pruebas que establezcan su condición o calidad y el nivel o alcances de su o sus derechos invocados; así ocurre, cuando el defensor de la sociedad – representante del Ministerio Público- interviene en patrocinio de los intereses difusos, incluso sin requerir de legitimidad para obrar.

**La función jurídica de la prueba**, está referida a la función judicial de resolución de conflictos, que está a cargo de un órgano o poder del Estado; en este caso, del Poder Judicial, organismo que tiene la función exclusiva de administrar justicia a nombre de la Nación y por delegación de funciones de parte del Estado para cuyo propósito el Estado ha establecido la pluralidad de instancias jurisdiccionales para resolver las controversias con las garantías debidas y así lograr la paz social con justicia; sin embargo, todo ello encuentra un complemento funcional determinante en el rol de la prueba judicial; en efecto, en el sentido señalado, la prueba cumple un rol de trascendencia constitucional porque sin prueba no hay proceso y sin proceso no existe otorgamiento de tutela jurisdiccional efectiva conforme a los parámetros exigidos universalmente.

Finalmente, en lo que respecta al proceso eficaz, la nueva corriente del Derecho Procesal, esto es el denominado, *eficientísimo del derecho procesal*, ha establecido las bases, de un proceso eficaz, que se estructura a partir de un debido proceso sustentado en la probanza de las pretensiones debatidas en un proceso judicial, rodeado con todas las garantías y derechos, establecidos en la norma procesal. Cabe puntualizar, que ese eficientismo de la opción jurisdiccional civil, se logra si la actividad probatoria de las partes y del propio juez, han sido de carácter dinámico, y si se ha tomado en consideración la trascendencia social de la prueba, conforme los alcances de la solidaridad probatoria.

**La solidaridad probatoria**, no sólo cumple una función eminentemente social, sino que a la luz de las nuevas corrientes doctrinarias del proceso civil y en especial de la rama particular que estudia la prueba, es decir, del derecho probatorio que hoy adquiere relevancia y autonomía como una disciplina nueva del Derecho Procesal Civil; tiene las bases sólidas; tanto es así que la prueba se considera como la base o sustento del proceso en general y particularmente del derecho procesal civil.

La prueba como un componente esencial del debido proceso, es decir, el derecho a probar conjuntamente con todas las garantías judiciales es consustancial al derecho subjetivo de acción para promover un proceso judicial orientado a obtener la declaración de cognición constitutiva, ejecutiva o cautelar todo lo cual exige el respeto del derecho a aportar los medios de prueba necesarios para acreditar los hechos que sustentan la pretensión o la resistencia afirmada por el emplazado.

*El derecho a probar tiene naturaleza subjetiva porque forma parte del conjunto de derechos inherentes a la condición humana por el solo hecho de serlo. Este derecho se evidencia cuando su titular decide exteriorizar su derecho de acción, el cual no puede ser simplemente dinamizado sin el correspondiente sustento probatorio.*

El derecho a probar vinculado al ejercicio del derecho de acción es ejercido independientemente de la estimación o desestimación de la pretensión de su titular, sea este demandante, demandado o tercero. El ejercicio del derecho de probar con la postulación de los medios de prueba, la admisión y actuación judicial, no significa que los medios de prueba aportados por la parte sean los pertinentes, necesarios o suficientes para la formación de la convicción judicial y los considerados al momento de la expedición de la correspondiente decisión final.

El principio de la solidaridad probatoria en el escenario descrito apunta a lograr una nueva postura frente a la actividad probatoria; tiene como núcleo la concepción de la prueba como una actividad con proyección social destinada a resolver un conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica, pero

desde una mirada pública, destinada a resolver las causas con mayor grado de aproximación a la justicia real y no meramente formal.

Por su parte, Hernando Devis Echandía considera que los derechos de acción y contradicción son verdaderos derechos procesales subjetivos y públicos; del mismo modo, existe el derecho de probar o aportar pruebas al proceso y el derecho de impugnar las resoluciones judiciales desfavorables; complementariamente puede afirmarse que existe igualmente el derecho a intervenir en un proceso iniciado siempre que exista un interés fundado y serio; existe asimismo el derecho subjetivo a pedir que se pague las costas y costos del proceso así como la indemnización por los perjuicios sufridos en el proceso.

De otro lado, las **cargas procesales de las partes**, es otro de los derechos subjetivos de las partes procesales; al respecto, en doctrina se establece que el no ejercicio de determinados derechos subjetivos de las partes genera consecuencias procesales nocivas, que pueden repercutir negativamente en la estimación de los intereses jurídicos sustanciales que son objeto de reclamo en sede judicial. Es preciso decir que surgen determinadas cargas que emanan de una orden judicial y no de la conveniencia de ejercitar o no un derecho subjetivo. Ciertamente que estas cargas demandan una actitud diligente de las partes para una colaboración oportuna con la disposición judicial por consiguiente la inactividad de las partes o su falta de comparecencia al proceso o su abandono del mismo, indudablemente, le generará consecuencias desafortunadas para los intereses sustanciales en controversia.

Finalmente, en cuanto a la prueba como actividad de las partes procesales, se tiene los denominados deberes procesales, surgen del proceso, cuyo cumplimiento puede hacerse efectivo mediante coacción o por la fuerza, y cuyo incumplimiento puede provocar la imposición de un pago por concepto indemnizatorio a la parte perjudicada y por tratarse de deberes de derecho público cuyo incumplimiento acarrea sanciones incluso penales como son los delitos de colusión, calumnia, encubrimiento, además como ya se dijo del



pago de un monto por concepto de responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

### **2.13 La Prueba y la actividad del Juez**

La prueba y la actividad del juez, como ya se manifestó, puede verse desde dos perspectivas: una positivista y otra publicística. Esta última postura no es nueva en el derecho procesal contemporáneo puesto que ha pasado por diversos momentos en la historia de nuestra disciplina jurídica.

La postura inquisitiva desde los extremos llevados por los Tribunales del Santo Oficio o San Inquisición en los siglos de la contrarreforma religiosa, tuvo manifestaciones absolutamente vulneratorias de derechos de los justiciables. Las perversidades de los jueces inquisidores clericales han dejado un estigma que sigue a toda postura que desde la iniciativa judicial se pretenda implementar en los tiempos actuales.

Luego del imperio del sistema dispositivo a partir de los postulados libertarios de los ideólogos de la revolución francesa, que con muchas mutaciones aún persiste en nuestros sistemas procesales, se ha ido consolidando paulatinamente la tendencia que restituye al juez las potestades suficientes para ejercer su función jurisdiccional con la autonomía que el propio ordenamiento jurídico y político establece; es decir, una autonomía funcional jurisdiccional con estricto respeto de las garantías que debe concederse a los justiciables.

Esta orientación conocida como activismo judicial no es otra cosa que el reconocimiento que los ordenamientos jurídicos y políticos deben conceder a los jueces pero con una marcada orientación hacia la prosecución no solo de los fines y objetivos de los justiciables sino que este propósito debe materializarse en consonancia con el logro de los objetivos de estado, esto es, la plasmación de objetivos públicos de trascendencia sociopolítica, es decir, la búsqueda de seguridad jurídica y la plasmación de la paz social en justicia.

El activismo jurídico procesal propugna una mayor participación del juez en el proceso no solo por razones de celeridad procesal sino sobre todo para el

logro de una auténtica justicia cercana a la realidad, lejos de la justicia formal y divorciada de los hechos tal cual ocurrieron en la realidad.

La actividad probatoria en este contexto reclama del juez no solo la admisión actuación y valoración formal de los medios de prueba, sino que estos sean los necesarios para una decisión justa y que en circunstancias especiales pueda el juez hacer uso de sus potestades probatorias para disponer pruebas de oficio o el desplazamiento de la carga de la prueba, siempre salvaguardando el contradictorio como expresión del derecho de defensa frente a los medios de prueba.

Las pruebas de oficio como potestad jurisdiccional no son tema nuevo en nuestra legislación, ni obra de posturas autoritarias o dictatoriales, puesto que obedece a la necesidad de resolver controversias jurídicas con un mayor grado de aproximación a la realidad y en situaciones en las que por la naturaleza del interés en discusión asome la necesidad del ejercicio de la función tuitiva del juez.

En la legislación procesal civil del siglo XIX, en el código de enjuiciamiento en materia civil de 1852 se reguló este instituto bajo la denominación de pruebas para mejor resolver, como una potestad del juez, que podía ejercerla bajo determinados parámetros y restricciones. Similar situación se advierte en la legislación procesal del siglo XX cuando el promulgarse el código procesal de 1912 se mantuvo el mismo tratamiento normativo del ordenamiento procesal precedente; es decir, la regulación de la prueba de oficio bajo la expresión de pruebas para mejor resolver.

En la legislación procesal civil vigente desde 1993, se ha regulado el instituto bajo la denominación de pruebas de oficio, así se observa en el precepto contenido en el artículo 194 del código procesal civil. Sin embargo, el ejercicio de esta potestad probatoria es excepcional y puede invocarse según los alcances adicionales de los precedentes judiciales vinculantes establecidos en el décimo pleno casatorio civil.

No obstante, es preciso señalar que las cargas dinámicas probatorias no están limitadas a las pruebas de oficio sino que reconociendo a la

normatividad enunciada, tienen un alcance mayor y su expresión concreta es la posibilidad de que el juez pueda según su criterio jurisdiccional disponer el desplazamiento de la carga probatoria a la parte que esté en mejores condiciones de aportar el medio probatorio enunciado o necesario para la resolución justa de la controversia; esta actividad tiene como sustento el principio de la solidaridad y la necesidad de aproximar las decisiones judiciales a la realidad y no a la mera formalidad.

La prueba y la actividad del juez, en la postura del activismo judicial y probatorio en particular requieren el concurso militante de jueces dispuestos a asumir el rol que la sociedad espera de ellos. Nuestra legislación procesal civil aún no cuenta con una norma procesal especial que regule la actividad probatoria dinámica como desplazamiento de la carga probatoria por decisión judicial ello obliga a asumir como cobertura legal el artículo 194 del código procesal civil.

La judicatura procesal civil nacional no asume aún una decisión firme en decisiones casatorias, ni en decisiones de jueces superiores o jueces especializados. En otras palabras, en determinadas y limitadas sentencias casatorias se hace mención a la teoría de las cargas dinámicas en ciertos considerandos, pero no como fundamentos centrales que determinen una decisión final. Los jueces de primera instancia, especializados o de paz letrados no han invocado ni utilizado esta postura probatoria hasta el momento en sus sentencias.

Las razones de esta postura reticente pueden tener muchas explicaciones pero que aún no han sido sometidas a comprobación, quedando hasta hoy como meras conjeturas o hipótesis; entre estas puede decirse que la abstención en el uso de las cargas probatorias dinámicas obedece al temor de ser objeto quejas disciplinarias; el desconocimiento de los alcances de esta opción probatoria dinámica podría ser la otra explicación hipotética.

En conclusión, las cargas probatorias dinámicas en el proceso civil peruano aún no vienen siendo utilizadas como se espera desde una visión propia del activismo procesal probatorio sustentada en la trascendencia social del proceso jurisdiccional.

Existen debates teóricos doctrinarios aún son incipientes, pese a que en las cátedras de derecho procesal en los estudios de posgrado este tema forma parte de los contenidos programáticos; en suma, se requiere de mayor difusión y concientización entre los magistrados a cargo de procesos civiles en las diversas instancias. El Tribunal Constitucional igualmente ha aludido a la teoría de las cargas dinámicas en algunas sentencias, dentro de sus fundamentos.

#### **2.14 Sistemas Probatorios**

La doctrina contemporánea sobre la actividad judicial probatoria tiene como núcleo funcional la consecución de la verdad o el esclarecimiento de los hechos que motivaron el conflicto. A su vez, con este nuevo enfoque, se explica con suma claridad y pertinencia lo referente a la nueva concepción de la prueba; precisamente, el maestro Cappelletti, lo denomina como la publicitación del proceso, y puntualiza:

*“la aceptación de que la decisión de un conflicto de intereses es tanto o más importante para la sociedad en general que para las mismas partes, en tanto el proceso se convierte en un método de ajuste y permanente actualización del sistema jurídico” Fuente. Datos tomados de Cappelletti (1973).*

Cuando se hace referencia a sistemas procesales, normativos, probáticas, etc., se vincula a aquel tema tratado magistralmente, por el maestro Mauro Cappelletti, cuando sienta las bases del sistema judicial, en el quehacer jurídico y en particular del sistema probático; en efecto, refiere:

*“(…) todo sistema adoptado, se vincula con el proceso, la ideología y la sociedad” Fuente. Datos tomados de Cappelletti (1973)*

En esa misma orientación, Juan Monroy Gálvez, jurista nacional, en la ponencia titulada la ideología del código procesal civil peruano ha señalado que:

*“hay algunos conceptos que, mientras se mantengan dentro de un uso regular y doméstico, son perfectamente aprehendidos tanto por quien*

los usa como por quien los lee o escucha. El problema empieza cuando nos pedimos o nos piden una definición de dichos conceptos (...) ideología es el conjunto de ideas que caracterizan el pensamiento de una persona, una colectividad, época, movimiento cultural, político o religioso (...) la ideología como el derecho son finalmente superestructuras, es decir, su contenido y su fin está definido y condicionado por las relaciones de producción y consumo, nacionales e internacionales, vigentes en una sociedad en un determinado momento histórico, en estricto, **cualquier discusión jurídica importa una opción ideológica**—el subrayado es nuestro- (...) el proceso civil que hemos tenido en Latinoamérica ha sido y aún viene siendo en algunos casos, reflejo de la influencia ideológica surgida de la Revolución Francesa, es decir, liberalismo e individualismo a ultranza (...) en el caso concreto del proceso y en particular de la actividad probática, la ideología penetra a éste generalmente a través del derecho material (...) la ideología liberal, por ejemplo concibió los derechos civiles como derechos eminentemente privados, fruto de la elevada importancia que concedió al individuo en el proceso civil se discuten regularmente derechos civiles, sobre las cuales el individuo tiene un control absoluto entonces el proceso debe de ser privado.

Esta concepción, como cosa de partes, produjo un sistema procesal civil llamado privatístico (...) cuyas características saltantes son: control del proceso por las partes, estructura procedimental y opción de la prueba tasada (...) la alternativa del Código Procesal Civil Peruano, tiene como punto de partida ideológica, que el derecho es una herramienta para el cambio y la nueva tendencia procesal parte de la premisa que el juez no debe preferir entre leyes, sino entre los valores controvertidos en el proceso; los que de alguna manera suelen estar contenidos en la norma aplicable al caso.

*Esta corriente del derecho reclama la existencia de un nuevo sistema procesal y probatorio, En el que el Estado mediante el órgano de la función jurisdiccional debe tener un rol determinante y protagónico, este sistema se denomina el sistema publicístico, cuyas características son:*

*Dirección judicial del proceso a cargo del Juez, responsable de impulsar y orientar el desarrollo del proceso para el logro de sus fines, el juez es el principal protagonista del proceso; la estructura procedimental, a partir de la aplicación del principio de inmediación y concentración, así como la serie de audiencias; y, la sentencia que debe ser emitido por el juez, cubriendo cualquier brecha que existe entre la ley y la realidad” Fuente. Datos tomados de Monroy (1994).*

En esa orientación, en el XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, al tratar el tema de “la simplificación procesal”, el Dr. Omar A. Benaventos y en su ponencia, sobre “Proceso Civil proyectos de reforma y experiencias en América Latina”, ha referido:

*“(…) La anacrónica respuesta normativa que brinda el sistema judicial de Latinoamérica se la aborda desde otra óptica. Indagando sobre la eficacia o no de las respuestas dadas desde el puro marco de la normatividad procesal, tenemos el convencimiento, mal que nos pese, que la solución jurídica-normativa que brindan los sistemas procesales de nuestra región es también hartamente suficiente. Pero aun reconociendo la obsolescencia de muchos de los códigos procesales, estamos seguros que la eventual sustitución de las normas, o el reemplazo íntegro de los trámites vigentes por otros más modernos, trasciende, y en mucho a un mero problema de “técnica jurídica” -agrega- que la modernización de las normas procesales es un problema que no puede tratarse “aisladamente” y como una cuestión eminentemente “científica”, hoy no quedan dudas que la regla técnica de la oralidad es infinitamente superior a la de la escritura.” Fuente. Datos tomados de Instituto Panamericano (1996).*

En esta línea y recapitulando, podemos puntualizar, lo que nos interesa remarcar en este punto, es que la desconfianza de los pueblos hacia sus sistemas jurídicos y en particular al sistema probatorio, se produce por una sumatoria de datos objetivos y verificables. Se advierte que los problemas del servicio de justicia son endémicos, propios y graves.

La propuesta concreta, teniendo en cuenta la magnitud y profundidad de la crisis del sistema judicial y en particular del sistema probático en Latinoamérica y en particular en el Perú, debe orientarse a la mayor preparación en el componente humano del sistema probático; en el contexto de esta perspectiva socializadora del derecho procesal civil y particularmente del proceso; y, aún más, en el ámbito de la actividad probática y, por tanto, del sistema adoptado en nuestro país.

De igual forma, las experiencias y proyecciones del proceso civil suponen un cambio normativo pero conectado indisolublemente con el entorno estructural, vinculándose al derecho de defensa en proceso, que no debe transformarse en un abuso que lo desnaturalice su carácter dialéctico y eficientista.

Por su parte, Oswaldo Alfredo Gozaini, desarrollando el tema sobre los sistemas probatorios y desarrollando las propuestas procesales para el acopio de la prueba y en particular, al referirse a los sistemas probáticos, señala que el modelo diseñado para estructurar un procedimiento depende del éxito de la gestión de la prueba sin importar si el sistema es oral o escrito o si prevalece la libertad o formalidad solemne en el ofrecimiento y actuación de los medios de prueba.

#### **2.14.1 El Sistema Dispositivo**

Según este sistema la iniciativa en la proposición de la prueba corresponde a las partes; del mismo modo, son las partes quienes asumen la carga probatoria. El proceso solo puede iniciarse por iniciativa de parte conforme al brocardo latino *nemo iudex sine actore*. La disposición del material probatorio, así como de la pretensión portulada y aportada al proceso corresponde a las partes, en tal sentido las partes y solo ellas, pueden desistirse, transar sus pretensiones, entre otras opciones; al juez solo le corresponde resolver según lo soliciten las partes y no tomar iniciativa alguna.

Se ha señalado por muchos autores que el juez en este sistema no es más que un espectador de la iniciativa y las peticiones de las partes, precisamente porque la orientación privatista del proceso no permite al

juez actuar como director del proceso o titular pleno de la función jurisdiccional.

En este sistema son las partes las que tienen el predominio total de lo que acontece en el proceso; paulatinamente, hace su aparición el interés social en la resolución de conflictos, lo que posteriormente determinará el surgimiento de una postura diferente en la que se reconozca la trascendencia del proceso como instrumento satisfacción de intereses que trascienden el interés privado.

#### **2.14.2 El Sistema Inquisitivo**

Contrario al sistema dispositivo se caracteriza porque en este sistema el juez tiene la iniciativa y deber de investigar los hechos, de acopiar y obtener el material probatorio y adoptar las medidas necesarias para el avance del procedimiento. Este sistema se sustenta en el principio de oficialidad porque está signado por el interés público en el cual el inicio de la actividad procesal no depende de la voluntad del particular sino del propio órgano jurisdiccional o del Ministerio Público.

En materia probatoria este sistema hace recaer en el juez la iniciativa de disponer los medios probatorios destinados a fijar los hechos controvertidos que van a ser objeto de prueba y del proceso, sin que esto signifique menoscabar la iniciativa probatoria de las partes.

Estos dos sistemas tienen aplicación en nuestra sistemática procesal civil; y tiene relevancia en cuanto al suministro de la prueba; el sistema dispositivo que prevalece en nuestro sistema procesal civil no se convierte en inquisitivo porque la ley le reconozca determinadas facultades ordenatorias; en este sistema el juez persiste como el titular receptor del material probatorio que las partes aportan al proceso.

Las consecuencias de estos dos sistemas, tienen relevancia en cuanto a la producción de la prueba, y desde un enfoque moderno, la adquisición o comunidad de la prueba cobra vigencia e importancia, para dar sustento a la solidaridad probatoria, en la novísima tendencia del derecho procesal civil,



cada vez más socializado y, por tanto, el proceso y la actividad probatoria, también desarrollándose en esa misma orientación.

Al respecto, el Azula, refiere:

*“(...) son imperativos procesales los sistemas probatorios considerados en el acápite anterior, determinan el sujeto del proceso a quien le corresponde la iniciativa para la proposición o decreto de prueba, pero no cuándo radica en las partes, a cuál de ellas se le atribuye; y, si se trata del funcionario jurisdiccional qué fundamento tiene la norma que le impone seguir ese tipo de conducta” Fuente. Datos tomados de Azula (1998)*

*Al respecto, creemos que la solución se encuentra en los imperativos procesales, según el sistema que se haya adoptado en cuanto se refiere a la materia probatoria.*

Entendemos por **imperativos procesales**, como aquellas determinadas **conductas que deben observar los sujetos del proceso**. Y, cuando no están referidos a los sujetos de proceso, que en algunos casos lo es el Juez, así como también la parte; pero, en definitiva, el imperativo procesal está vinculada a ambos sujetos incluso los terceros que intervienen en la vinculación jurídico-procesal. Al respecto, el Dr. Azula, agrega que:

*“(...) son imperativos, por cuanto implican que exista o medie una actitud que mueva o impulse al sujeto sobre el cual recae a actuar en una forma determinada. En unos casos quien ocasiona la conducta es un tercero o extraño, por lo cual constituye un imperativo ajeno; el otro es el interés de cada sujeto el que lo mueve a obrar, configurando un imperativo propio. Los imperativos procesales son el deber, la obligación y la carga.” Fuente. Datos tomados de Azula (1998)*

## **2.15 Naturaleza jurídica del derecho probática o probatorio**

La terminología “derecho probatoria o probática, responde a una denominación de corte moderno y fruto de una terminología técnica acorde a los tiempos (eficientismo procesal); más, este lenguaje técnico jurídico

responde además, al surgimiento de nuevas corrientes o teorías de la actividad probatoria, entre ellas la denominada “actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio”, objeto de estudio de esta tesis, enmarcada en el contexto de la teoría probatoria dinámica, en el sistema procesal para la impartición del servicio de justicia en el Perú.

En efecto, para sustentar la naturaleza jurídica del derecho probatorio como una disciplina jurídica del Derecho Procesal Civil y teniendo en cuenta que el objeto de estudio de la referida disciplina, es la prueba o medios probatorios; se han esbozado algunas teorías y que en buena cuenta están vinculadas también a explicar la finalidad de la prueba; estas teorías, son:

#### **2.15.1 La prueba como demostración de la verdad o de un hecho**

Esta teoría se sustenta en la determinación o establecimiento de la verdad como la verdadera finalidad de la prueba; más aun teniendo en cuenta que la prueba es el objeto de estudio del derecho probatorio; siendo así, su naturaleza jurídica radica en establecer la verdad como objeto esencial de la prueba procesal, afirmándose además que ésta consiste en la indagación de la verdad de un hecho. De otro lado, esta teoría tiene debilidades, fundamentalmente, cuando se fija a la prueba como actividad de indagación, además, cuando se afirma que a través de la prueba se busca investigar la verdad; más, se ubica a la verdad como objeto de la actividad probatoria. Bajo esta teoría, la naturaleza del derecho probatorio, se sustenta en demostrar o verificar la verdad.

#### **2.15.2 La prueba como mecanismo de fijación formal de hechos**

Fue el maestro italiano, Francesco Carnelutti, quien sostiene esta teoría en clara reacción a la orientación anterior, precisando que, la verdad es única y que el objeto de la prueba no es la búsqueda de la verdad, sino la determinación procesal de los componentes fácticos discutidos a través de los procedimientos predeterminados legalmente. Ciertamente, consideramos acertada y contundente lo planteado por esta teoría; cuando en forma enfática no admite que a través del proceso judicial logre la verdad y lo que se pretende mediante el

derecho probatorio es únicamente la fijación de los hechos y al mismo tiempo dejan expresado a que en ningún caso los hechos deben ser rigurosamente verdaderos o reales; sin embargo, esta teoría también ciertas debilidades, pues olvidan a que mediante la prueba debe lograrse el convencimiento al juzgador y de esta forma lograr el componente subjetivo propio de la prueba judicial o procesal.

### **2.15.3 La teoría de la comunicación judicial**

Consideramos que la verdadera naturaleza del derecho probatorio o probática, está en generar o darle al Juez la convicción o la certeza sobre los hechos; en esa orientación, el Jurista Colombiano, Devis Echeandía, enfáticamente critica a la teoría de la fijación formal de los hechos, precisando que es una teoría incompleta, por cuanto se busca saber hasta que punto quedan fijados esos hechos en el *iter* procesal: si al verificarse la verdad de los hechos o sólo cuando se ha producido en la mente del juez. Esta teoría es el planteamiento del profesor español Santiago Sentis Melendo y de los juristas latinoamericanos Humberto Briseño Sierra, entre otros, consiguientemente, esta teoría sustenta el sistema probatorio adoptado por el sistema peruano, ciertamente, con algunos reparos y particularidades.

### **2.15.4 Teorías eclécticas**

Consideradas como una posición intermedia entre las teorías precedentes: la de la simple fijación formal de los hechos o del logro de la convicción judicial según se den los casos y hechos propuestos para el debate judicial; en esa orientación, esta teoría propone que la naturaleza del derecho probatorio y por tanto de la prueba depende del sistema de valoración que de la misma se adopte; bajo ese contexto, puntualmente proponen que cuando se opta por un sistema de libre valoración de la prueba, su finalidad y naturaleza es el logro del convencimiento del Juez; y, cuando se opte por el sistema de valoración legal de la prueba, su finalidad o naturaleza es la simple

fijación de hecho, con independencia del convencimiento o no del Juez.-

Al respecto, advertimos a que la posición asumida por el Dr. Jorge W. Peyrano, es categórico; refiere que el Derecho Probatorio, se sustenta en la posición clásica en materia de indicios y presunciones; y, textualmente, refiere:

*“(...) hoy no se refiere ni se discute aquella posición clásica, que se consideraba como la materia prima (...) se ha superado la inserción de la presunción judicial como medio de prueba y por tanto excluido del conjunto de los medios de prueba, reconociéndosele su consistencia como forma de razonamiento judicial, por lo que es mencionada como parte de las atribuciones jurisdiccionales o en el capítulo en el que se regula la tipología y contenido de las resoluciones jurisdiccionales”*  
*Fuente. Datos tomados de Peyrano (2002).*

En consecuencia, bajo la cita precedente, consideramos que la naturaleza jurídica del derecho probatorio, la misma cuyo objeto de estudio es la prueba se sustenta en el buen razonamiento judicial de valoración de las pruebas por parte del operador jurisdiccional; pero, bajo el contexto del aporte probatorio de las partes y dentro de la teoría eficientista y el dinamismo probatorio que debe desarrollar el Juez, dentro del contexto que hoy se denomina, como diligencias para mejor proveer o resolver, y para ello, se requiere de jueces comprometidos con las causas o hechos que exigen una justa resolución o solución; en función a los hechos, a los alegatos de las partes y los medios de prueba aportados por éstas y los que han sido incorporadas por el Juez, bajo los parámetros del dinamismo probatorio.

La jurisprudencia española moderna viene desarrollando el tema en referencia, esto es, las denominadas “medidas o diligencias para mejor proveer o resolver” que con precisión son actos de investigación realizadas por iniciativa del respectivo juzgado para formar su propio convencimiento sobre el soporte documental y jurídico del proceso, y cuyo atributo principal es justamente la de provenir de la iniciativa del juez en cuanto a su realización, pues se disponen por la solo voluntad del órgano jurisdiccional; se trata de

una iniciativa que la ley procesal otorga al órgano jurisdiccional como excepción al principio dispositivo que constituye la base del ordenamiento jurídico procesal civil.

Dentro de nuestro sistema jurídico y en particular referido al tema de iniciativa judicial o la teoría de las medidas o diligencias para mejor resolver, se tiene la Casación N° 1248-2000-Loreto; cuyo texto establece que esta regulación no menoscaba la facultad que tiene el juez de mérito de disponer la actuación de los medios probatorios complementarios que considere conveniente, las que comprende admitir la prueba extemporánea aportada por alguna de las partes, que bien pudo haber hecho la Sala Civil revisora, para cuyo efecto debía emitir resolución fundamentada y notificar a las partes cumpliendo de este modo con los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción que rigen la actuación probatoria, de tal modo tal que la parte contraria pueda tener la posibilidad de ejercer control sobre la actuación de la prueba controlar la actuación de la prueba perjudicial.

En nuestro concepto y para la efectiva aplicación de las medidas o diligencias para mejor resolver, requiere de algunas exigencias para su procedencia dentro de un estado de derecho constitucional que sustenta un debido proceso civil; en efecto, aquella debe estar sustentado en una debida motivación del Juez, que ejercerá o aplicará al caso concreto; siendo así, la exigencia es que dicho operador jurisdiccional no actúe de forma indiscriminada ni mucho menos con una actitud arbitraria; recordando que el principio de parcialidad (Juez no es parte en un proceso civil), es el verdadero limite a esa arbitrariedad y actuar indebido; de tal suerte a que se proteja y ampare los derechos de los justiciables, especialmente en cuanto se refiere a la observancia del principio de la carga de la prueba y la proscripción de la arbitrariedad.

El fallo del Tribunal Constitucional, contenido en el expediente N°004-2006-PI/TC; establece las bases del principio de imparcialidad en los siguientes términos: que presenta dos dimensiones: a) la imparcialidad subjetiva referida a obviar todo tipo de compromiso que pudiese tener el juez con las partes del proceso o en el resultado del mismo; b) imparcialidad objetiva alude a la

repercusión negativa que podría tener en el juzgador la estructura del sistema, menguando su imparcialidad.

Bajo este contexto, se establece como una exigencia vital para la aplicación de la corriente que sostiene que la naturaleza jurídica del derecho probatorio, se sustenta en las medidas o diligencias para mejor resolver, estableciendo como una exigencia para su procedencia, a que el juez observe una absoluta imparcialidad y cuide escrupulosamente las garantías y derechos de un debido proceso civil. En ese sentido, se tiene igualmente, el pronunciamiento de la doctrina española, conforme a la cual al juez se le puede otorgar iniciativa probatoria en tanto se limite a los hechos discutidos en el proceso y a las fuentes de prueba que constan en el proceso, con lo que se impide una actuación inquisitorial que podría afectar la debida imparcialidad judicial y el ejercicio del derecho de defensa de los litigantes.

Consideramos oportuno dejar establecido que una estricta observancia del principio de imparcialidad por parte del Juez, es una limitación al denominado **activismo judicial y una absoluta ratificación a la proscripción de la arbitrariedad**; dejando precisado que el activismo judicial o la intervención del juez en la actividad probatoria, actualmente es criticado por un sector de la doctrina; pero, también hay posiciones en su favor; es decir, dentro de un estado de derecho constitucional de todo proceso civil, el activismo judicial es beneficioso para la justa solución de los debates judiciales; fundamentalmente, para la emisión de resoluciones ajustadas a derecho y justicia. Bajo este contexto, sustenta aún más la siguiente cita:

*“(...) una manera exacerbada de alentar el activismo judicial, tan criticado por un sector de la doctrina, es preciso tener presente que su utilización debe ceñirse escrupulosamente al respeto de los presupuestos o límites mínimos; todo ello con la única finalidad de emitir una sentencia lo más justa posible y cercana a la verdad (...)”*

Fuente. Datos tomados de *Cavani* (2015).

En esa orientación, Jairo Parra Quijano, en forma enfática ha reconocido tomar partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad para posibilitar el dictado de una sentencia justa, aun cuando este

propósito difícilmente pueda lograrse lo siguiente en sus propias palabras ha declarado tomar partido por la ideología que afirma que en el proceso se debe averiguar la verdad, para sobre ella dictar una sentencia justa, aun cuando difícilmente se puede concebir el proceso como justo.

Al respecto, nosotros agregamos que buscar la verdad real o absoluta dentro de un debate judicial, es lícito y aparente; teniendo en cuenta a que dentro de un proceso civil, no se trata de la plena búsqueda de una verdad, sino más bien una verificación de la verdad en función a los medios probatorios aportados por las partes y el propio juez, esto último, dentro de los parámetros del activismo judicial o dinamismo probatorio; siendo así, la verdadera naturaleza del derecho probatorio, es precisamente esa confirmación de los hechos, en función a una verdad propuesta por las partes y dilucidada o determinada por el operador jurisdiccional.

En el ámbito dogmático, se ha establecido que, por medio de la prueba, se averigua en función a las fuentes de prueba y se verifica utilizando esas fuentes con los medios probatorios regulados por la ley. De otro lado, se debe entender por fuente de la prueba a toda información lograda con los diversos medios de prueba; siendo estas últimas –medios probatorios- considerados como aquellos elementos materiales de lo que se obtiene o alcanza y permitir a que el órgano jurisdiccional compulsará o valorará para establecer, comprobar o verificar la verdad de los hechos.

Estando establecido sin mayor duda, que el objeto o la finalidad de estudio del derecho probatorio es la prueba y sus diferentes contextos; por lo tanto, la naturaleza jurídica del derecho probatorio, también se sustenta en la debida aportación de la prueba dentro del proceso civil; esto es como una actividad desplegada por las propias partes o por disposición del Juez, todo para que éste se forma convicción sobre los hechos materia de debate judicial. -

En ese entender, se ha determinado que la naturaleza jurídica de la prueba también consiste en fijar consistencia de verdad o falsedad de lo afirmado por las partes o sujetos procesales sobre los hechos y pormenores alegados en el debate judicial la verdad o falsedad de las afirmaciones de las partes o sujetos procesales, respecto a los hechos y circunstancias alegadas dentro

del debate judicial; bajo ese contexto y con absoluto acierto, se ha concluido que la prueba es un acto jurídico de naturaleza procesal puesto que para su ofrecimiento es necesario un comportamiento humano y una manifestación de voluntad que se dan siempre dentro de un proceso. Los derechos y las obligaciones derivadas de las relaciones socio jurídicas y las correspondientes pruebas referidas a tales vínculos son ejercitados, exigidos y actuados, en esa secuencia en el respectivo proceso judicial, siempre que respecto de tales surja controversia o incertidumbre jurídica. Solo el proceso jurisdiccional otorgará relevancia a la prueba de algún acto relación contractual, por ello la prueba es el acto jurídico sustantivo de aquellos casos en que es considerada un requisito indispensable para la existencia o validez del acto o contrato e ingresa al proceso a través del acto jurídico procesal correspondiente.

## **2.16 Principios que orientan la Actividad Probática**

Teniendo en cuenta que la actividad probatoria es la esencia y la columna vertebral de un proceso en general y del proceso civil en particular; en teoría se ha establecido una diversidad de principios que regulan, orientan y garantizan la actividad probatoria; vinculándose incluso al ámbito del derecho constitucional que en definitiva contiene una regulación normativa que establece el derecho fundamental de probar o derecho a la prueba.

Bajo este contexto, se regulan diversos principios generales o rectores que regulan la actividad probatoria; especialmente, para regular su vigencia, formas de ofrecimientos, la actuación misma en un proceso civil y la eficacia o efectividad probatoria.

La actividad probatoria en el desarrollo de un proceso civil, está regulada en la norma procesal, pero fundamentalmente, se establece en categorías o principios que sustentan la esencia misma del derecho a probar los hechos alegados en proceso; igualmente, estos principios rectores rigen la existencia, el ofrecimiento, la actuación misma dentro de proceso y su eficacia a través de la valoración que debe efectuar el operador jurisdiccional; estos principios, son:



### **2.16.1 Principio de Legalidad**

Este principio establece la categoría de la prohibición de aplicar a la actividad probatoria, el conocimiento privado o subjetivo del Juez a los hechos alegados o propuestos por los sujetos que intervienen en el proceso civil; es el límite que establece la ley a la función del Juez; más, nuestro Código Adjetivo, regula los medios probatorios permitidos bajo el concepto de típicos, todo teniendo en cuenta la naturaleza de cada medio probatorio. Se establece que la prueba no solo debe ser necesaria, pertinente y útil; sino tiene que estar revestida de la validez jurídica para generar convicción judicial sobre el componente fáctico materia de debate dentro del proceso civil; es decir, toda prueba debe estar revestida de la calidad de prueba eficaz; esto es que, la validez de un medio de prueba para afirmar o negar un hecho debe estar sustentada en la ley.

### **2.16.2 Principio de Preclusión**

Denominada también como el principio de la preclusión de la prueba, está referida a una exigencia temporal o el momento procesal para su ofrecimiento, dentro de la oportunidad que establece el ordenamiento jurídico procesal. Este principio establece un límite en el tiempo o el plazo para ofrecer las pruebas, todo en función a las etapas del proceso civil y cuya observancia vincula no sólo a demandante, demandado y terceros sino inclusiva al propio órgano jurisdiccional; esto es, dentro de los alcances del dinamismo o dinámica probatoria, considerado como deber de las partes y del Juez.

### **2.16.3 Principio de Inmediación**

Se fundamenta en la necesidad de que en la impartición de justicia o resolución judicial de los casos civiles, deba intervenir un tercero dotado de facultad u poder; ese tercero viene a ser el “Juez”; como tal, debe tener una relación directa con las partes; contacto o relación directa con el material probatorio y como tal, resolver el debate judicial,

valorando debidamente el soporte probatorio aportado válidamente al proceso civil; por ello, toda actuación de los medios probatorios se desarrolla en el desarrollo de una audiencia dirigida por el Juez, siendo indelegable esta función, bajo sanción de nulidad.

#### **2.16.4 Principio de la Legitimidad de la Prueba**

Toda prueba debe estar dirigida a formar certeza y convicción en el Juez, respecto de los hechos alegados por las partes procesales; por lo tanto, este principio establece a que no cualquiera puede ofrecer medio probatorios dentro de proceso; en todo caso, establece que sólo las partes procesales o terceros debidamente legitimados pueden ofrecer las pruebas y bajo los parámetros del dinamismo o dinámica probatoria, también el Juez, asume este deber para ofrecer y actuar con conocimiento de las partes procesales, cualquier medio probatorio; todo con el propósito de generarse convicción sobre los hechos alegados y objeto del proceso civil.

#### **2.16.5 Principio de Adquisición**

Denominado también como el principio de la comunidad de la prueba, se sustenta en que la prueba aportada por cualquier de las partes y debidamente incorporada al proceso civil, queda a disposición de las demás partes, para probar los hechos y generar la convicción en el juzgador. La idea central de este principio es que no importa quien aporte el material probatorio, interesa establecer qué se prueba y en beneficio de cualquiera de las partes procesales.

#### **2.16.6 Principio de la Pertinencia de la prueba**

Denominada también como el principio de la conducencia o idoneidad de la prueba; establece que todo medio probatorio debe estar orientada a alcanzar los fines en función a la naturaleza del debate judicial y debe tener una relación con los hechos debatidos y que merecen ser

acreditados. Bajo este contexto, toda prueba incorporada válidamente al proceso civil, debe estar revestida de idoneidad; es decir, aquella que debe generar convicción en el Juzgador.

### **2.17 Objeto de la prueba**

El objeto de la prueba en el proceso civil peruano está referido a la acreditación de las afirmaciones vertidas sobre los hechos que constituyen el sustento fáctico de la demanda. Al postular la demanda y formular resistencia por el emplazado ambos presentan ante el juez un conjunto de hechos en los que sustentan sus intereses contrapuestos. Estos hechos, materialmente, no pueden ser recreados en el proceso, mucho menos en un escenario en el que solo ocurren actos de representación fáctica, por lo que todo aquello que ocurrió en determinado espacio y tiempo no vuelve a reconstruirse fácticamente mucho menos en el proceso; lo único que hacen las partes en el proceso es probar sus afirmaciones sobre tales hechos y de este modo, poder generar en el juez la convicción de ocurrencia de tales hechos.

El objeto de la prueba por consiguiente no son los hechos ciertos, acaecidos materialmente sino las afirmaciones sobre los mismos; en tal escenario, se trata de una recreación procesal, formal y mental de los hechos una vez acreditados con los medios probatorios aportados al proceso por las partes o dispuestos de oficio por el juez.

El objeto de la prueba, en el sentido señalado presenta un escenario de debate formal entre la consistencia de los medios probatorios aportados por el demandante para sustentar su pretensión y por el demandado para sustentar su resistencia o en todo caso las afirmaciones sobre los hechos que respaldan su pretensión postulada vía reconvenzional.

Conviene precisar que no se debe confundir objeto de la prueba con finalidad de la prueba, tal como lo pasamos a explicar a continuación.

### **2.18 Finalidad de la Prueba Judicial**

Previamente interesa dejar esclarecido que el objeto de la prueba judicial es diferente a la finalidad de la prueba judicial; por cuanto, la finalidad de la prueba es generar convicción al Juez, para que éste resuelva el conflicto en

función a los hechos y las pruebas aportadas por las partes y/o actuadas bajo la disposición del Juez; mientras que el objeto de la prueba judicial está destinada a ratificar o comprobar la ocurrencia y veracidad de lo afirmado en las proposiciones fácticas, por esta razón, se establece que la finalidad de la prueba judicial, es aquella que las partes se proponen lograr para un pronunciamiento de mérito o favorable y nunca en perjuicio de sus intereses.

Se ha considerado y también -es nuestro punto de vista- que la prueba, la actividad probatoria dentro de un proceso civil, es considerada como “la columna vertebral de todo proceso judicial y en particular en materia civil; en esa misma orientación, también se ha establecido que la prueba es el centro neurálgico del proceso; por cuanto a través de ella se busca reconstruir procesal y mentalmente el pasado para confirmar un status quo y lograr la estimación de la pretensión por la autoridad judicial.

Seguidamente presentamos las teorías que sustentan la finalidad de la prueba judicial.

## **2.19 Teorías sobre la Finalidad de la Prueba Judicial**

Con absoluto acierto, la autoridad y especialidad reconocida; el Jurista Hernando Devis Echandia da cuenta de las teorías siguientes:

### **2.19.1 Teoría del establecimiento de la verdad**

Puntualmente, esta teoría plantea a que la finalidad de la prueba judicial, es la búsqueda y determinación de la verdad, previo debido proceso; además, propugna la verificación de los hechos, para determinar la verdad; indudablemente, no la verdad real, sino la verdad en función a los dichos de las partes del proceso y corroborado con los medios probatorios, aportados tanto por las partes y excepcionalmente por el propio juez; quien incorpora algunas pruebas, para emitir un pronunciamiento, lo más ajustado a los hechos y el derecho y fundamentalmente, para determinar la verdad. Una dura crítica a esta teoría, se sustenta en que es muy discutida y poco probable que el análisis de la prueba judicial pueda no concordar con la realidad; por tanto, no determinar la verdad; consiguientemente, es relativo ese propósito de que el propósito de la prueba es la búsqueda de la verdad.

### **2.19.2 Teoría que busca producir el convencimiento o convicción del juez**

Esta teoría plantea de forma enfática que el propósito de la prueba en sede judicial tomar a la verdad como un concepto material y que torna imprescindible la concordancia entre el componente fáctico y el grado de conocimiento que de ellos se obtiene; lo que no siempre genera convicción o convencimiento en el magistrado; sin embargo, aquella convicción del juez no siempre es coincidente o tenga una correspondencia con la verdad material. Por lo tanto, se concluye a que esta teoría tampoco tiene un sustento real y absoluto; sin embargo, es la que tiene mayor vinculación con nuestro sistema procesal actual y, en definitiva, generar convicción o convencimiento en el juez, es el verdadero propósito o finalidad de la prueba.

### **2.19.3 Teoría que persigue el establecimiento formal de los hechos en el proceso**

Consideramos que esta teoría propone de forma incompleta la finalidad de la prueba judicial, por cuanto, la fijación de los hechos dentro de proceso, no es suficiente y contrariamente, se debe perseguir o conseguir la convicción del juzgador, en función a lograr el convencimiento en función a la realidad y los dichos o pretensiones de las partes. Lograr la convicción o certeza absoluta o real de los hechos materia de debate, en la función del juez es muchas veces ilusorio; en todo caso, aquella fijación formal de los hechos en el proceso, no es suficiente para generar convicción en el juzgador.

### **2.20 La producción de la prueba**

Como ya se tiene establecido y a estas alturas de este trabajo; se concluye a que el sistema tradicional de la producción de la prueba, en nuestro sistema jurídico civil actual, está establecida bajo el contexto de la teoría de la “actividad probatoria autónoma”, regulada por el artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil; que textualmente establece que *salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos.*

Sin embargo, bajo la moderna forma de la producción de la prueba, ese enfoque tradicional permite afirmar que Juez Civil también tiene la posibilidad de producción de la prueba, bajo el amparo del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil; al establecer que *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.*

Precisamente, el verdadero objetivo de esta tesis es escudriñar el por qué los Jueces Civiles, no hacen uso de esta posibilidad establecida por ley. Claro que en la doctrina y en el quehacer jurídico se vierten razones o fundamentos tradicionales contrarias a esta facultad de iniciativa probatoria judicial.

En efecto, en doctrina se proponen diversos argumentos para justificar la pasividad o falta de producción de la prueba por parte del Juez civil; refiriendo que en el proceso civil se debaten intereses privados y como tal no resulta adecuado ni recomendable dotar de la facultad probatoria al Juez; y, si este se diera, será quebrantar la imparcialidad con que debe actuar dicho operador jurisdiccional, precisándose, además, que el juez al tomar de oficio o a iniciativa de parte la actividad de probar dentro de proceso, puede estar prejuzgando su decisión final y parcializándose a alguna de las partes procesales.

Bajo estas precisiones, interesa entonces, establecer nuestro punto de vista, sobre la iniciativa probatoria del juez civil iniciativa probatoria del Juez Civil; cierto es que el reconocimiento del derecho a la prueba como componente esencial del debido proceso, no significa otorgar a las partes la titularidad exclusiva de la aportación del material probatorio; en otras palabras, no determina la eliminación de la iniciativa probatoria judicial.

Consideramos que en efecto, la regla general en la producción de la prueba, es que la actividad probatoria debe ser desplegada por las partes y no por el juez; esto es, bajo el contexto de la actividad probatoria autónoma; sin embargo, sostenemos que este enfoque es de corte tradicional y rezagado en

la moderna impartición de justicia civil, dentro del marco de un estado de derecho constitucional y social que prevalece en nuestra realidad; por lo que, creemos que el juez, debe asumir de una vez por todas, esa función y deber de producción de la prueba dentro de todo proceso civil; todo, bajo la influencia y aplicación ineludible de la “actividad probatoria dinámica”.

La esencia temática de la prueba de oficio en el proceso civil es el de su constitucionalidad, aplicable a casos excepcionales en los que se contraponen la libertad del justiciable frente a la verdad y justicia de la decisión judicial. Precisamente es el activismo procesal probatorio la tendencia que justifica la constitucionalidad de la prueba de oficio en la verdad y justicia que el órgano jurisdiccional debe promover en su sentencia. Esta nueva perspectiva evidencia el clamor respecto a la atención de exigencias socio-jurídicas reales para así prestar un servicio de justicia social más eficaz teniendo en cuenta el grado de intervención del juez en igual nivel que la responsabilidad de las partes, sin subrogar a las partes ni sobreponer la dinámica oficiosa del juez sobre la actividad probatoria de las partes. No obstante, también es justo señalar, aunque resulte paradójico, que la prueba de oficio es el uso excepcional a favor del descuido de una de las partes, pues ello implica que hay fractura en la igualdad de las partes.

Concluimos ratificando que la producción de la prueba por parte del Juez Civil, en estos tiempos de modernidad o post modernidad en el proceso civil y bajo la fuerte influencia del estado de derecho constitucional y social; no debería considerarse como una excepción; sino que al igual que la carga que tienen las partes para probar sus afirmaciones sobre los hechos alegados; también el Juez, debe asumir este rol, que nuestro ordenamiento jurídico-procesal (Art. 194 del C.P.C.) regula como las pruebas de oficio, para convertirse en una producción de la pruebas, bajo las reglas de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio.

## **2.21 Deberes, Facultades y Prerrogativas del Juez en el Proceso Civil**

El tratamiento legal de las potestades y prerrogativas del Juez en el proceso civil y especialmente lo referente a la producción de la prueba a cargo del operador jurisdiccional, encuentra regulación normativa en el artículo

cincuenta, cincuenta y uno y cincuenta y dos del Código Procesal Civil. bajo la categoría de las pruebas de oficio; denominación que, en nuestro concepto, no corresponde a la realidad actual y como tal, se propone que ese constructo debe merecer adecuación al marco conceptual de la actividad probatoria dinámica, bajo los parámetros propuestos en esta tesis.

### **2.21.1 Deberes de los Jueces en el Proceso Civil**

Bajo la categoría de deberes de los jueces en el proceso civil, encontramos la regulación normativa en el artículo 50 del Código Procesal Civil y como tal, bajo este contexto de legalidad, los deberes, son:

- Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal
- Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este código les otorga
- Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada.
- Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en casos de vacío o defecto de la ley.
- Sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude
- Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

La iniciativa probatoria dinámica como facultad judicial en la norma citada fluye del mandato imperativo legal por el cual el juez está facultado para emplear las potestades que el ordenamiento procesal le otorga.

La norma citada, ciertamente regula los deberes del juez, la misma que debe ser concordada y estudiada con el artículo 194 del mismo cuerpo normativo procesal.

### **2.21.2 Facultades de iniciativa probatoria**

Nuestro ordenamiento jurídico procesal, de forma expresa y categórica, regula en el artículo 51, concordante con el artículo 194, la categoría de la iniciativa



probatoria del Juez; considerando como una facultad y a la vez, como un “deber jurídico-legal”; en efecto, en el inciso b) del artículo en referencia, establece:

*“Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes”.*

Por lo tanto, se establece la facultad de esclarecimiento judicial, bajo la categoría de la producción de las pruebas de oficio; sin embargo, nuestro punto de vista es que esa categoría debe adecuarse a la realidad actual, considerando no solo como producción de pruebas de oficio; sino como un deber de ofrecer, actuar y verificar los hechos alegados por las partes, todo dentro de los alcances de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio.

Esta facultad se sustenta en los poderes-deberes del juez civil, dentro de los parámetros de una dinámica funcional y de cómo debe necesariamente desenvolverse el Juez, dentro de la actividad probatoria dinámica; todo para fines de lograr una impartición de justicia justa, acorde a los hechos expuestos por las partes procesales y los terceros del proceso; además, para establecer la verdad y resolver el conflicto de forma justa y acorde a derecho y los hechos.

Bajo este contexto, también el artículo 194 del Código Procesal Civil, de forma expresa y categórica establece el deber de todo juez civil, para la producción de las pruebas de oficio; claro está, observando la iniciativa probatoria como una facultad propia del juez.

### **2.21.3 Facultad de Independencia e Imparcialidad**

No cabe duda que las categorías de la independencia y la imparcialidad de la función jurisdiccional que ejerce un juez civil; encuentra sustento en normas de carácter constitucional, considerándose como garantías y principios de una debida impartición de justicia; por lo tanto, la independencia es la esencia misma de la función de impartir justicia, basado en que el juez, no debe admitir ninguna injerencia en la toma de sus decisiones, de parte de los justiciables,

terceros y de los propios funcionarios del Estado. Mientras que, la independencia está referida a la facultad de no quebrantamiento de la equidad o igualdad de las partes dentro de un proceso civil, el Juez debe evitar en su conducta inclinarse a favor de alguna de las partes o emitir sus pronunciamientos, evidenciando una parcialización y quebrantamiento de su conducta de neutralidad. Al respecto, el Jurista Español, Juan Montero Aroca, dejó expresado a que la independencia y la imparcialidad es la verdadera esencia de la impartición de justicia en materia civil.

#### **2.21.4 Facultad de actos propios y deber procesal del Juez**

El Juez Civil y según las facultades generales reguladas y establecidas en el artículo 51 del Código Procesal Civil, está provisto de los denominados actos propios, es decir, aquella facultades que únicamente de forma exclusiva y excluyente debe desarrollar en el proceso; tales como, calificación y admisión de la demanda y la providencia de la contestación de la misma, la facultad de saneamiento del proceso, etc.; mientras que, la misma normatividad procesal, también establece el deber procesal del Juez civil, para ejercer la dirección del proceso, observar los plazos establecidos en la ley y dirigir personalmente la realización de la serie de audiencia que el proceso civil debe observar, según al tipo de proceso; y, finalmente, en un deber procesal indelegable la de emitir la resolución final, luego de un debido proceso civil.

#### **2.21.5 Facultad de corrección y conminatorias**

Asumiendo a que los jueces civiles, son personas como cualquier ciudadano, pero dotados de ciertas virtudes propias y revestidos de las facultades que le otorga la norma procesal; bajo ese contexto, es probable que en el ejercicio de sus funciones, deberes y atribuciones emitan resoluciones o pronunciamientos judiciales errados o contrarios al ordenamiento jurídico procesal; por lo tanto, están facultados para corregir estos errores; por lo mismo, esta facultad es propio de todo juez civil. Mientras que la facultad conminatoria, se sustenta en la función disciplinaria y coercitiva, previstas en los artículos 52 y 53 del Código Procesal Civil; y que en buena cuenta se materializan en la facultad e imponer multas, apremios y apercibimientos, ejerciendo lo que técnicamente se denominado como el control concurrente

dentro del proceso civil; y, en determinados casos, incluso disponer la detención de las partes y terceros que intervienen en el proceso civil.

## **2.22 Congresos internacionales que sustentan la posición de las cargas dinámicas o desplazamiento de la carga de la prueba**

### **2.22.1 XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo-Santiago del Estero, Argentina**

Congreso realizado el 19 al 22 de mayo de 1997; oportunidad en la que la temática fue el desplazamiento de la carga de prueba que actualmente es conocida como doctrina de las cargas probatorias dinámicas sustentada en el principio de solidaridad o de colaboración efectiva de las partes con el órgano jurisdiccional en la provisión del material destinada a formar la convicción judicial.

Se estableció en este Congreso que esta tendencia procesal constituye un alejamiento excepcional de las normas legales sobre el reparto de la carga de la prueba a la que sólo se debe invocar cuando la aplicación de aquella provoca consecuencias manifiestamente perniciosas.

Este alejamiento excepcional se traduce en nuevas reglas de distribución de la imposición probatoria ajustada al contexto del caso y lejos de enfoques apriorísticos. Entre las referidas nuevas reglas sobresale aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

En esa misma línea, Jorge Peyrano; al desarrollar el tema: “**El rol del Juez actual**”, propone que, en la actualidad, “*se requiere jueces virtuosos, formados en la técnica de aplicación de las leyes; pero, dotados de valores para resolver un conflicto y protagonista dentro de la actividad probatoria; además, activista para proponer e incorporar pruebas de oficio en los procesos; jueces hechos a la causa y no solo a las pruebas aportadas por las partes; juez ideal creativo, que genere satisfacción con sus pronunciamientos, generando además, una doctrina judicial de punta, bajo la*

*estricta aplicación de las cargas dinámicas, bajo un **coraje civil**, en el que no le tiemble la mano para aplicar las pruebas de oficio. Los jueces deben ser activistas judiciales para lograr una jurisprudencia de conceptos, para generar una aproximación a la verdad de los hechos no como simple reconstrucción histórica; sino como una verificación y confirmación de los hechos expuestos y debatidos, sin remediar la negligencia o falta de aportación de pruebas por las partes. Jueces con responsabilidad social y respaldo del entramado social, juez modulador del proceso, capaz de modificar, alterar con la ley, sin la ley, contra la ley, lo que está establecido bajo la tiranía legislativa con un rol preventivo de daños para las partes”.*

### **2.22.2 La conferencia Colombo-panameña**

*Desarrollada el año 2014, con la ponencia intitulada “Tarea probatoria del Juez”, a cargo de Jorge W. Peyrano; quien de forma precisa y resumida, estableció las bases de enfoque moderno de las pruebas de oficio; estableciendo: “la prueba es el alma del proceso, por lo que un enfoque del proceso desde la perspectiva de la prueba exige que el Juez debe dirigir el proceso con un activismo judicial probatorio, para reconstruir la verdad histórica y lograr una aproximación a la verdad real, en base a las pruebas aportadas por las partes y por el propio juez -aun cuando dicha potestad es limitada – pero que debe cumplir dicha tarea probatoria de forma selectiva y limitada; respetando la distribución de la carga de la prueba regular -onus probandi- y aplicando las reglas de la distribución y desplazamiento de la carga probatoria, como reglas de cierre o decisión, para lograr una igualdad procesal probatoria formal, considerando que el proceso es una empresa común”.*

### **2.22.3 XV Congreso Internacional de Derecho Procesal**

*Realizado el año 2019, bajo el título “Discusiones sobre la carga dinámica probatoria”. Octavio Tejeiro, propuso un enfoque actual respecto a las posturas a favor y en contra de la carga dinámica probatoria; refiriendo: “hay posturas en contra de la carga de la prueba y con mayor razón sobre las cargas dinámicas probatorias; siendo que la postura actual es reconocer la potestad probatorio del juez, al margen de las posturas que limitan e incluso*

*prohíben en determinados sistemas; y, estando normadas o reguladas, el juez debe aplicar como un imperativo, no como simple excepción a la actividad probatoria autónoma”.*

#### **2.22.4 XXIX Congreso Panamericano de Derecho Procesal**

Tuvo lugar en Panamá, con ocasión de los 90 años de fundación del Colegio de Abogados de Panamá y por los 500 años de fundación de la ciudad de Panamá. Adolfo Alvarado Velloso, al desarrollar la ponencia “vida, libertad y proceso”; estableció que el proceso es una verdadera garantía de la vida, la libertad y los derechos de toda persona; bajo esa propuesta, planteó el renacentismo procesal, proponiendo *“que la carga de la prueba formal o autónoma, no debe considerarse en estos tiempos de postmodernidad como una regla general; pues, el dinamismo probatorio o desplazamiento de la carga probatoria, también debe aplicarse como un imperativo propio del juez, no solamente como complemento o como excepción; sino como un equilibrio o equidad probatorio dentro del proceso civil”.*

Estas posturas y propuestas vertidas en los diversos congresos, sustentan y ratifican nuestra posición, en el sentido de que la aplicación de la actividad probatoria dinámica, debe ser un imperativo para el juez.

#### **2.23 Orientación Jurisprudencial**

Del análisis de la jurisprudencia que forma parte de esta investigación; especialmente la correspondiente al Supremo Interprete de la Constitución y la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante las Salas Civiles Permanente y Transitorias; nos permiten concluir que la orientación jurisprudencial respecto a la aplicación normativa, contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil se resume, que el desplazamiento de la carga probatoria como componente de la actividad probatoria dentro de un proceso civil y a su vez, componente del derecho a probar, hoy es considerada como un derecho fundamental de toda persona por el solo hecho de serlo; siendo así, estos derechos se ejercen dentro del debate de un proceso o procedimiento civil.

En esa orientación, es pertinente afirmar que el derecho a probar en un proceso civil y en particular la actividad probatoria se constitucionaliza; por esta razón, hoy corresponde a la constitucionalización de la actividad probatoria en el ordenamiento procesal civil.

En esta orientación se tiene numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, como expedida en el expediente N° 01776-2004-AA/TC, señalando expresamente que la teoría de las cargas probatorias dinámicas intercede para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más activa del desarrollo del proceso. Esta posición del TC, se corrobora con las sentencias: 0041-2004/AITC, 0053-2004-AI/TC y 04762-2007-AA/TC; esta última, desarrolla lo referente a las reglas para acreditar períodos de aportaciones a la ONP. En ese contexto, la orientación jurisprudencial actual de TC, es constitucionalizar la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, como un imperativo del derecho de probar dentro de un proceso civil, incluso con la activa participación del Juez Civil.

En esa misma orientación y bajo argumentos coherente con los sentencias del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República, de forma expresa y relevante, ha desarrollado la prueba dinámica o dinamismo probatorio, en la Casación N° 4445-2011-Arequipa; en efecto, en el considerando noveno, establece; *el a quem para llegar a la verdad jurídica aplicó la prueba dinámica considerando que es la demandada quien está en mejores condiciones para probar tal extremo y porque las cargas procesales están en estrecha relación con las posibilidades procesales, porque toda posibilidad impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida, así también el a quo, debe coadyuvar a tal propósito.*

Esta posición jurisprudencial, se reitera en las Casación N° 2992-2007-Callao, referido a las pruebas de oficio e independencia judicial.

Bajo estas premisas, arribamos a una conclusión expresa y contundente; que tanto el máximo intérprete de la constitución como la Corte Suprema de Justicia de la República, vienen constitucionalizando la actividad probatoria en el proceso civil; especialmente, lo referente a las pruebas de oficio, dentro del sistema de la dinámica probatoria o dinamismo probatorio; categoría que

exige la activa participación del Juez Civil, en la actividad probatoria; y, si bien el Art. 194 del C.P.C., establece la regulación normativa de las pruebas de oficio, esto es como una “excepcionalidad”; sin embargo, dada la orientación jurisprudencial actual y vigente, se hace necesaria una modificación urgente de dicha norma procesal, para establecer como un imperativo para el juez civil aplicar el dinamismo probatorio; no como una excepción, sino como una regla general y una obligación procesal en aquellos casos que corresponda.

Respecto a la carga de la prueba u *onus probandi* dentro de nuestro sistema jurídico civil, es una regla general; en razón a que conforme regula normativamente el artículo 196 del Código Procesal Civil, corresponde a las partes probar sus dichos y argumentos dentro del debate; al respecto, en teoría y doctrina este sistema probatorio se denomina como: “*la actividad probatoria autónoma*”, considerada como una regla general, siendo así, no se admite ni mucho menos está permitido bajo este sistema probatorio, la figura del “*desplazamiento de la carga de la prueba*”, conocida también como el dinamismo probatoria; bajo este contexto, importa evidenciar la identificación y delimitación debida del *onus probandi*, denominado también como la carga de la prueba regular o autónoma, que como un imperativo corresponde probar los hechos o enunciados fácticos a quien afirma o niega un hecho; esto es, que tanto el demandante, demandado o tercero, deben probar sus dichos. En esa línea, la carga de la prueba es el derecho de todo justiciable para actuar en la actividad probatoria *con el propósito de probar los hechos que configuran su pretensión o su defensa o posición (...)*. Así se ha establecido en la Casación N°1222-2005-Arequipa, publicada el 02 de octubre de 2006, reiterada también en la Casación N° 3514-2006-Ayacucho.

Esta definición, se ha reiterado en diversas casaciones; textualmente en la Casación N°2340-2005-Camaná, del 17 de mayo de 2006 se establece el *derecho a la prueba es un componente esencial del derecho al debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) se admita las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) se actúen los medios probatorios ofrecidos y admitidos, oportunamente; d) el derecho a impugnar las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regulas de*

*estas; y, e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas (...)*”.

De esta cita, se concluye entonces que el *onus probandi* que es propio de las partes procesales, se define como un derecho con contenido esencial o constitucional y de carácter implícito de naturaleza procesal; en ese contexto, es posible que los poderes o facultades que ejerce el Juez, le permita sustituirse en ese derecho de las partes procesales; al respecto, se tiene dos posiciones; la primera establece que no, pues si así fuera, sería un quebrantamiento al *onus probandi*, propio de las partes; es más, colisionaría con el principio de la imparcialidad que el Juez debe observar y garantizar en un proceso civil; y, la segunda posición es que de forma excepcional se permita al Juez, incorporar pruebas o medios probatorios, todo con el propósito de aproximarse lo más que se pueda a la verdad real. Es bajo esta última posición que ha surgido el sistema probatorio, denominado: “actividad probatoria dinámica o desplazamiento de la carga probatoria”, permitiendo y facultando al Juez, incorporar pruebas o medios probatorios, sin sustituir la facultad propia de las partes y únicamente con el propósito de descubrir o ratificar la verdad; más, respetando a plenitud los componentes del garantismo procesal.

En teoría y doctrina, también a nivel de precedentes judiciales, se establecen serios cuestionamientos a la teoría de la prueba dinámica o desplazamiento de la carga de la prueba, todo bajo el sustento de que afecta de forma categórica a la carga de la prueba; es decir, al *onus probandi*.

Nosotros y como una posición definida y delimitada, precisamos que aquel cuestionamiento es incorrecto porque el proceso civil en estos tiempos de postmodernidad y la justa impartición de justicia, requiere de una debida probanza de las pretensiones invocadas por las partes y fundamentalmente, de un dinamismo probatorio en el que el Juez debe actuar para verificar, ratificar y definir la verdad de los hechos, para emitir sentencias justas y acorde a los hechos verdaderos; por lo mismo, el activismo judicial en el ámbito probatorio, no debe ser una categoría exclusiva o excluyente (*onus probandi*) de las partes procesales; sino, también un poder-deber del Juez.



En nuestro ordenamiento procesal civil vigente ( Art. 194 del CPC); se regula la prueba de oficio, bajo las reglas de la excepción; consecuentemente, en nuestro sistema jurídico, está regulada y normada la iniciativa probatoria del Juez, aún como una excepcionalidad; sin embargo, reconociendo la facultad o poder-deber que tiene para incorporar las denominadas pruebas de oficio; tanto más, que actualmente, dicha norma procesal ha merecido la emisión del X Pleno Casatorio Civil y reiteradas ejecutorias supremas; incluso sentencias del Tribunal Constitucional, que desarrollan y establecen las reglas y pautas para la aplicación eficaz de las pruebas de oficio; teniendo en cuenta que normativamente está regulada en nuestro Código Procesal Civil.

Bajo este enfoque y estando a la posición que asumimos, identificando y delimitando lo que es el *onus probandi* y a la vez, alineándonos a que la actividad probatoria dinámica o desplazamiento de la carga probatoria, es beneficiosa, tiene bondades para la debida y correcta impartición de justicia, alcanzando la verdad real de los hechos debatidos; sin embargo, advertimos que el problema de las pruebas de oficio o activismo probatorio, propio de la función del Juez, encuentra límites y por lo mismo el X Plena Casatorio Civil, ha establecido reglas y criterios vinculantes para la debida aplicación de las pruebas de oficio, que dota de sustento al presente trabajo de tesis, enfocado desde el ámbito de la aplicación eficaz y eficiente; más, para determinar y evidenciar las causas de su inaplicación.

Estando delimitada la observancia y aplicación de las pruebas de oficio, como un poder-deber del Juez; estas deben responder a la naturaleza del proceso civil y en particular a la decisión y sabiduría del Juez (activismo judicial), todo con el propósito de alcanzar decisiones judiciales justas o verídicas, definiendo o determinando la verdad de los hechos.

### **Postura jurisdiccional sobre la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, denominado también como el desplazamiento de la carga de la prueba**

Al respecto, se tiene que en determinadas sentencias casatorias y en sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional; de forma uniforme y coincidente, se ha desarrollado y establecido las reglas y exigencias para la

correcta aplicación de las pruebas de oficio; bajo el concepto de “poderes procesales del Juez”; estableciéndose en el contexto del X Pleno Casatorio Civil, lo referente a las consideraciones sobre prueba judicial y la diferenciación con las pruebas de oficio, para considerar esta última como “poderes probatorios del Juez- ex oficio; más, se atribuye y reconoce al Juez poderes sobre la actividad probatoria, bajo el irrestricto respeto a los principios procesales que el debate judicial exige; es decir, observando las reglas del principio dispositivo, garantizando el contradictorio, así como observando las reglas y técnicas para la incorporación de las pruebas o medios probatorios; sin alejarse de las pruebas judiciales que garantizan y permiten el aporte probatorio de las partes procesales (actividad probatoria autónoma); pero, también permitiendo que terceros y el propio Juez, incorpore pruebas al proceso, bajo las reglas normativas de las pruebas de oficio (actividad probatoria dinámica), reguladas en el artículo 194 del código procesal civil; bajo cuyo contexto se ha desarrollado el X Pleno Casatorio Civil; asumiendo y estableciendo una postura jurisdiccional, de la debida aplicación de las pruebas de oficio; y, para ello, se ha establecido determinadas reglas como precedente judicial vinculante.

La postura jurisdiccional, asumida y normada por el artículo 194 del código procesal civil, como pruebas de oficio, ha generado una línea jurisprudencial que establece las bases para una debida aplicación eficaz y eficiente; las que se han materializado en diversas sentencias casatorias como:

Expediente N° 01776-2004-AA/TC; (se adjunta como anexo) referido específicamente a las cargas dinámicas probatorias; en efecto, bajo el contexto de la referida sentencia del TC, concluye precisando que *la carga probatoria dinámica es un apartamiento de las reglas comunes de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias disvaliosas para los fines del proceso por lo que se requiere plantear nuevas reglas de reparto de la carga probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba.*

La sentencia del Tribunal Constitucional; STC N°0010-2002-AI/TC; que reitera la aplicación de las nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria en todo proceso y procedimiento. Consecuentemente, la postura jurisdiccional actual es que las reglas del onus probandi (actividad probatoria autónoma), dé paso a la aplicación eficaz y eficiente del dinamismo probatorio o dinámica probatoria, bajo las reglas del activismo judicial, sustentado en el poder-deber de incorporar pruebas de oficio por parte del Juez de la causa quien tiene el imperativo de dirigir activamente el proceso civil (actividad probatoria dinámica).

De otro lado, se tiene reiteradas sentencias casatorias, tales como: la Casación N° 3490-2006-Lima; y, especialmente, la casación N°1628-2015-CUSCO- nulidad de acto jurídico, de fecha 03 de agosto de 2016, que establece: *“se encuentra facultado el juez para actuar medios probatorios no admitidos si se constituyen en prueba”*.

Casación N° 659-2016- AREQUIPA- Violencia Familiar. De fecha 03 de mayo de 2016. Establece expresamente: *“Se vulnera el principio probatorio si el juez no incorporó al proceso los elementos suficientes para determinar el supuesto normativo”*. Esta casación resulta relevante, en razón a que no basta las alegaciones prestadas por la agraviada por violencia familiar psicológica, sino que dicha aseveración debe ser sometida a contrastación con otros elementos periféricos a verificar si se dan la concurrencia de los supuestos previstos por el artículo 2 de la Ley N° 26260, que regula la violencia familiar. Establece, además, que la pericia psicológica practicada a la agraviada, estaría referida a hechos distintos a los que han sido materia de análisis. Establece también, que se evidencia la vulneración al principio probatorio, por cuanto el juez está facultado para incorporar al proceso elementos suficientes para determinar si se dan o no los supuestos que la acotada norma prevé a fin de amparar o no la demanda instaurada.

Casación N° 2992-2007- CALLAO- de fecha 06 de agosto de 2008, sobre pruebas de oficio e independencia judicial; estableciendo que la sala revisora, no puede sostener que las pruebas actuadas por el Juez son insuficientes, ni

conminarlo a actuar nuevas pruebas, puesto que atentan contra el principio básico de independencia en la función jurisdiccional.

Casación N° 4445-2011-Arequipa, de fecha 25 de octubre de 2012. *“sobre la carga dinámica y las pruebas de oficio”*. Estableciendo de forma clara y precisa -cita textual- *“En un proceso de impugnación de acuerdos de asamblea de una asociación, ante la sola afirmación de la parte actora en el sentido que la convocatoria no fue hecho conforme al estatuto, corresponde a la parte demandada acreditar lo contrario; pues, esta, se encuentra en mejores condiciones para acreditar este extremo, debido a que tuvo la responsabilidad de hacer la citación correspondiente, esto, en aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”*.

Las casaciones citadas, encuentran sustento en diversas **sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos**, tales como el caso **Yatama vs. Nicaragua**, de fecha 23 de junio de 2005; en el que se estableció que:” (...) las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos, tales como el derecho a probar de los perjudicados y del órgano que imparte justicia”.

Se tiene también como antecedentes previos para la emisión del X pleno casatorio civil; determinados **acuerdos plenarios**, tales como:

Expediente N° 48526-2005-46-JC-LIMA. Establece como una línea jurisprudencial: *“el Juez deberá agotar todos los medios probatorios necesarios que le produzcan la certeza sobre los hechos materia de discusión; y, asimismo, podrá hacer uso, si lo estima conveniente de actuar de oficio los medios probatorios que sean necesarios para producirle **certeza y convicción**”*.

En esa misma línea jurisprudencial, se tiene el Expediente N° 87154-2004-46-JC-LIMA. Establece: *“(...) advirtiéndose que en el caso de autos, el bien inmueble en referencia no se encuentra debidamente identificado, por lo que, estando a las facultades contenidas en el artículo 194, en concordancia con el inciso segundo del artículo 51 del Código Procesal Civil, el A quo deberá*

*ordenar la actuación de medios probatorios adicionales a fin de lograr el esclarecimiento de los hechos controvertidos en el caso de autos, tal como disponer que previamente a resolver, se practique una inspección judicial con auxilio de ingeniero civil, de modo que se identifique de modo claro y preciso el área y linderos del inmueble”.*

Finalmente, importa precisar que previo a la vigencia y vigor del X pleno casatorio civil, la que finalmente encuentra sustento no solo en la línea jurisprudencial contenidas en casaciones, en sentencias del Tribunal Constitucional, en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sino también, en los enfoques teóricos-doctrinarios y determinados artículos y ensayos sobre las pruebas de oficio y las cargas dinámicas probatorias en el proceso civil.

Importa muy brevemente citar dichos enfoques teóricos-doctrinarios, artículos y ensayos:

**Como doctrina**, se tiene la propuesta sobre las limitaciones probatorias del Código Procesal Civil peruano. Autor: Alfredo Lovón Sánchez, publicado en la revista jurídica de derecho civil del Instituto Pacífico- Volumen 19, enero 2016, pág. 222. *“el autor critica la regulación relativa al tratamiento de la prueba en el Código Procesal Civil, pues a lo largo del iter probatorio se evidencian una serie de limitaciones y preclusiones que terminan por afectar el debido proceso de las partes. Así, se cuestiona la obligatoriedad de ofrecer todos los medios de pruebas en los actos postulatorios; y que la prueba actuada que se traslade de una litis a otra sin que se tenga en cuenta la correspondencia y participación de las mismas partes en ambos procesos (...)”.*

También se tiene como doctrina práctica, la posición y postura asumida por Santiago Molina Sandoval- Universidad Nacional de Córdoba- proponiendo lo referente a las *“Notas sobre la carga dinámica de la prueba. Su aplicabilidad en el Perú y su regulación en el Código Civil y Comercial de Argentina”.* Contiene un estudio ampliado de la ponencia del autor, sobre Algunas reflexiones en torno a la valoración dinámica de la prueba en la responsabilidad civil, presentada en el XXIX Congreso Nacional de Derecho

Procesal de Argentina, celebrada en la ciudad de las Termas de Río Hondo, provincia de Santiago del Estero, en fechas 14,15 y 16 de septiembre de 2017.

Finalmente, se tiene el artículo de la autoría del juez peruano, Pedro Donaires Sánchez, intitulado: “*Aplicación jurisprudencial de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*”, publicada en la revista de Derecho y Cambio Social, en fecha 01 de enero de 2014. Desarrolla lo referente a la presencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la legislación comparada, concluyendo que dicha doctrina tiene relevancia en nuestro continente, gracias a los aportes de Jorge W. Peyrano, quien en coautoría con Julio E. Chiappini, publicaron en Argentina, su aporte doctrinal, respecto a los lineamientos de las cargas probatorias dinámicas.

Todos estos aportes teórico-doctrinarios, sustentan y enriquecen el contexto y el escenario en que se ha puesto en vigencia y vigor el X Pleno Casatorio Civil.

## CAPITULO III

### TOMA DE POSTURA, SOLUCIÓN y TESIS

#### 3.1. Análisis Interpretativo de la Información

Basándonos en las entrevistas efectuadas a los jueces especializados en materia civil, de la Corte Superior de Justicia del Cusco-Sede Central y contrastando con la revisión, análisis y estudio de expedientes en materia civil, se ha verificado y comprobado la hipótesis, arribando a la categoría de verificación plena y adecuada, principal objetivo de esta investigación.

En efecto, la actividad probatoria en el proceso civil, como regla general, se materializada únicamente en la aplicación del sistema de la actividad probatoria autónoma; esto es, aquella carga o imposición normativa contenida en el artículo 196 del código procesal civil, que establece textualmente a que “las partes que aleguen hechos tienen la carga de probar”.

Mientras que la aplicación del dinamismo probatorio o “actividad probatoria dinámica”, considerado como un deber de las partes y fundamentalmente como un deber del “Juez”, cuyo sustento normativo se desarrolla en el artículo 194 del código procesal civil, no se aplica de forma eficiente, oportuna y para una debida resolución de los casos concretos; es decir, se verifica que los Jueces han optado simple y sencillamente en ser receptores de las pruebas ofrecidas por las partes y no en productores o generadores de las pruebas o medios de esclarecimiento en un caso concreto; todo bajo la inaplicación del verdadero contexto del dinamismo probatorio y que pese a estar regulado normativamente, así como el desarrollos jurisprudencial en el X Pleno Casatorio Civil; no aplican ni mucho menos cumplen; todo por razones de desconocimiento de este sistema probatorio, por falta de capacitación en el tema y fundamentalmente, por no haber recibido una formación adecuada y actualizada en los estudios de pregrado y postgrado.

Por tanto, nuestra postura es que la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, definida como “deber” de las partes y del propio juez civil; debe ser la regla general e imperativa y no como se regula en el artículo 194 del código procesal civil, como regla de excepción; por lo mismo, urge la

adecuación a este sistema el contexto de dicha norma procesal; es decir, una modificación en su esencia, para garantizar una debida actividad probatoria, una resolución de los casos concretos sustentado en la verdad no solo jurídica sino material y fundamentalmente, para un pronunciamiento jurisdiccional acorde a derecho y justicia.

Finalmente, importa dejar precisado que una adecuada normatividad genera un imperativo para el Juez Civil; esto es, que la actividad probatoria autónoma (partes prueban sus dichos), no debe ser la regla general; sino la actividad probatoria dinámica, se debe regular como una regla general e imperativa para el Juez Civil.

Precisando que este deber funcional jurisdiccional está referido a aquellos casos en los que la excepcionalidad justifique la actividad jurisdiccional oficiosa en aras de una verdadera justicia, lejos de una justicia formal.

### **3.2. Presentación de la Propuesta de Solución del problema-postura personal con fundamento teórico**

#### **3.2.1. Análisis, interpretación y discusión de resultados. Propuesta de Análisis**

Basándose en las entrevistas efectuadas a los propios jueces civiles de la Corte Superior de Justicia del Cusco –Sede Central-, y contrastando con la revisión, análisis y estudio de expedientes en materia civil, se tiene que los resultados obtenidos guardan coherencia y cohesión con la hipótesis de esta tesis, la cual nos permite arribar a una hipótesis adecuada, principal finalidad y objeto de esta investigación.

Bajo este contexto, las propuestas de análisis que se establecen, nos permiten arribar a conclusiones claras y contundentes, las que, a su vez, permiten establecer las propuestas de solución al problema, corroboradas por la verificación de las variables, indicadores y datos que sustenta esta investigación.



### 3.2.2. Contrastación de resultados

La presente investigación nos permite afirmar que la hipótesis principal y las secundarias han sido validadas, en base, al análisis documental de sentencias casatorias e incluso determinadas sentencias del Tribunal Constitucional.

Se ha podido establecer que las Salas Civiles Supremas en limitado número de sentencias casatorias han invocado en sus considerandos la doctrina de las cargas probatorias dinámicas de modo puntual; es verdad que, sobre prueba de oficio, el número de dichas sentencias es mayor.

Por la naturaleza de la investigación efectuada, no se ha realizado la medición de variables e indicadores, no siendo necesario por consiguiente hacer una presentación exhaustiva de un determinado número de sentencias casatorias como muestra del universo que en este caso está constituido por el conjunto de sentencias casatorias civiles.

Como muestra, respecto a la aplicación de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio se ha revisado ciento veinticinco expedientes civiles, específicamente las sentencias recaídas en dichos procesos civiles, correspondientes a los cinco juzgados especializados civiles de la ciudad del Cusco, veinte por cada juzgado, procesos correspondientes al año 2020.

#### Revisión de ciento veinticinco expedientes civiles, año judicial 2020

Juzgado Civil	Número de expedientes	Resultado
1°	25	0
2°	25	0
3°	25	0
4°	25	0
5°	25	0

Del total muestral, en ningún juzgado se ha aplicado las cargas probatorias dinámicas en el año judicial mencionado; es preciso señalar que la postura asumida por cada una de las partes sobre las cargas probatorias en tales procesos no ha requerido del juez una postura de dinamismo probatorio; no

descartándose por consiguiente que en alguna otra circunstancia cuando el caso lo requiriese los jueces evaluarían la posibilidad de aplicar las cargas probatorias dinámicas.

Entonces, en todos los casos revisados los jueces se han limitado a aplicar las reglas de las cargas probatorias correspondientes a las partes sin ninguna actuación probatoria oficiosa.

**Encuesta a veinte jueces civiles (paz letrada, especializados y superiores)**

Preguntas	SI	NO
¿aplicaría usted las cargas probatorias dinámicas para resolver determinados hechos controvertidos del proceso, si las circunstancias lo requieren?	3	17
¿La actividad probatoria dinámica en el contexto de la prueba de oficio, afecta la imparcialidad judicial?	18	2
¿En los últimos años ha llevado cursos de alta especialización en la academia de la magistratura o en alguna universidad de prestigio sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas?	6	14

¿Tiene usted conocimiento que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en los fundamentos de algunas de sus decisiones ya han invocado las cargas probatorias dinámicas?	1	19

La encuesta a veinte jueces civiles del Cusco (paz letrada, especializados y superiores) quienes mayoritariamente han expresado su posición contraria a la aplicación de las cargas probatorias dinámicas como lo detallamos seguidamente:

**A la pregunta ¿aplicaría usted las cargas probatorias dinámicas para resolver determinados hechos controvertidos del proceso?**

Sólo 3 de los 20 entrevistados respondieron afirmativamente lo que equivale al 15% del total. Los 17 restantes que equivalen al 85% respondieron negativamente. Es decir, se concluye que mayoritariamente los jueces entrevistados no aplicarían las cargas probatorias dinámicas.

Fluye de sus respuestas que ellos consideran que las cargas probatorias por mandato de la ley deben ser asumidas por las partes y no por el juez, quien tiene potestades probatorias para la admisión, rechazo, actuación, y valoración de los medios de prueba, más no para su aportación al proceso.

**A la pregunta ¿La actividad probatoria dinámica en el contexto de la prueba de oficio, afecta la imparcialidad judicial?**

18 jueces encuestados contestaron afirmativamente, lo que representa el 90% del total, es decir que la actividad probatoria dinámica en el contexto de la prueba de oficio afecta la imparcialidad judicial.

Se infiere que consideran imposible que un juez pueda sea visto como imparcial e imparcial luego de haber dispuesto medios probatorios de oficio o el desplazamiento de la carga de la prueba.

A la pregunta **¿en los últimos años ha llevado cursos de alta especialización en la academia de la magistratura o en alguna universidad de prestigio sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas?**

Sólo el 30% del total de entrevistados afirmó haber llevado esta temática como capítulo de algún curso de maestría mas no como una alta especialización. Como en los casos anteriores, la mayoría contestó que no tuvo acceso a dichos estudios, es decir, 14 de los entrevistados, lo que representa el 70% del total.

A la pregunta **¿Tiene usted conocimiento que la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, en los fundamentos de algunas de sus decisiones ya han invocado las cargas probatorias dinámicas?**

Sólo 1 contestó afirmativamente, es decir el 5% del tal. 19 contestaron negativamente: 19 (95%) lo que evidencia el poco conocimiento que tienen los encuestados no solo sobre la temática de la actividad probatoria dinámica o desplazamiento de la carga de la prueba, sino sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

De este modo, reafirmamos que las hipótesis formuladas han alcanzado determinado nivel de confirmación a través de la revisión de expediente, encuestas y el examen de determinadas sentencias casatorias civiles y del Tribunal Constitucional.

### **3.3. IMPACTOS DE LA INVESTIGACION**

Bajo los constructos, categorías y posturas asumidas que contiene esta tesis; corresponde precisar los impactos que generar esta investigación.

#### **3.3.1. Propuesta personal para la solución del problema.**

Como un impacto inmediato, proponemos que las Universidades y a través de sus facultades de derecho, promuevan la enseñanza de la actividad probatoria

dinámica, actualizando la currícula de estudio y a la vez, sean los que generen el cambio del enfoque tradicional de la actividad y producción de la prueba en el proceso civil, no solo considerando a las partes y terceros procesales; sino, fundamentalmente, la producción de la prueba por parte del Juez; no como una simple regla de excepción, sino como una regla imperativa, dado a que el artículo 194 del Código Procesal Civil, contiene una norma de excepción a la actividad probatoria de las partes procesales.

De otro lado, el impacto que genera esta tesis, también está vinculada a la función que debe cumplir la Academia de la Magistratura (AMAG), como tal, debe desarrollar cursos de capacitación y actualización sobre el tema materia de estudio.

### **3.3.2. Costos de implementación de la propuesta**

Consideramos que no generará costos; en razón a que, tanto las universidades y la Academia de la Magistratura (AMAG), tienen presupuestados; en todo caso, cualquier costo que genere, justifica la enseñanza especializada sobre la nueva teoría de la actividad probatoria dinámica, aplicado a todo proceso civil peruano.

De otro lado, la implementación de la propuesta garantizará la debida formación profesional de los futuros jueces civiles y como tal, la debida impartición de la justicia civil, basado en la debida aplicación de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, considerando como un “deber” de las partes y del propio Juez civil; alejado de aquella teoría o sistema que establece como “carga” la actividad probatoria en el proceso civil, vinculada a los dichos y alegaciones de las partes procesales.

Finalmente, la implementación de la propuesta debe ejecutarse con la prontitud del caso; debiendo ejercer el debido control la SUNEDU (Superintendencia Nacional de Educación Universitaria); entidad contralor de la calidad de la enseñanza en las universidades y en lo referente a la función de la AMAG, también debe implementar cursos de actualización para todos los jueces civiles.

## CAPITULO IV

### CONSECUENCIAS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

#### 4.1. Consecuencias de la Implementación de la Propuesta

La debida y urgente implementación de las propuestas personales; generará una impartición de justicia, sustentado en la verdad real y no una simple verificación de los hechos a partir de los dichos y pruebas aportadas por las partes; sino, con la activa y dinámica participación del Juez, quien de forma imperativa está obligado a incorporar pruebas dentro del proceso civil, no como una simple facultad o deber; sino fundamentalmente como un imperativo; todo ello, dentro de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio y bajo la influencia actual del eficientismo procesal en la actividad probatoria en un proceso civil.

Una consecuencia inmediata será la actualización y capacitación de los jueces civiles en el debido como pleno conocimiento del dinamismo probatorio y la aplicación como regla general la actividad probatoria dinámica y no simple y sencillamente sustentar sus pronunciamientos en la fría y congelada aplicación del sistema de la actividad probatoria autónoma, que actualmente es la regla general y bajo las propuestas que contiene esta tesis, se logrará una consecuencia beneficiosa y de solución y resolución de los casos judicializados dentro de los que significa la debida y justa impartición de justicia en materia civil; anhelo y propósito de todo justiciable.

En conclusión, de suyo propio se aprecia los beneficios y ventajas que generará la debida implementación del dinamismo probatorio en el proceso civil peruano. Bajo esta precisión, la consecuencia es favorable y de beneficio para el sistema de impartición de justicia civil; todo bajo la orientación eficientista y publicitación o publicización del proceso civil, dentro de los nuevos enfoques del postmodernismo o pluridimensionalismo de la impartición de justicia civil y bajo los parámetros del sistema positivista, normativismo o estructuralista que ha asumido el sistema judicial peruano.

#### **4.2. Beneficios que aporta la propuesta**

No cabe duda a que son más los beneficios que se pueda obtener con la debida enseñanza, actualización y especialización de todos los operadores del derecho; especialmente, de los Jueces Civiles, quienes deben necesariamente aplicar en todo proceso civil, las reglas y categorías de la actividad probatoria dinámica, no como una regla de excepción, sino como un imperativo propio de la función que cumple dentro de un proceso civil; claro está, sin quebrantar los principios de imparcialidad, bilateralidad, etc., que regulan el proceso civil.

El beneficio que aporta la propuesta es que los jueces civiles, resuelvan los debates judiciales o procesos civiles, con la debida verificación y confirmación de los hechos alegados por las partes; más, con el aporte probatorio que debe ser -reitero- una regla general no una excepción a la actividad probatoria en un proceso civil.

Finalmente, el beneficio inmediato es que todo pronunciamiento judicial que emita el Juez Civil, estará revestido de justicia y acorde al derecho y hechos, materia de debate; además, garantizará una debida tutela jurisdiccional efectiva y una celeridad en la solución de los procesos civiles.

## CONCLUSIONES

1. Que, los Jueces Civiles de la Corte Superior de Justicia del Cusco –Sede Central-, inaplican el contexto del artículo 194 del Código Procesal Civil, generándose una evidente inobservancia de la esencia de las pruebas de oficio e incumpliendo el poder procesal en la actividad probatoria que el Juez debe acatar y observar en el ejercicio de la función jurisdiccional y bajo las reglas del activismo judicial; generándose de esta forma un perjuicio a las pretensiones de las partes y terceros procesales.
2. La inaplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil, por parte del operador jurisdiccional, se debe a: la falta de enseñanza de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, en las facultades de Derecho de las Universidades UNSAAC Y UAC; la adecuada formación y a la falta de actualización y especialización que debe propender la Academia de la Magistratura –AMAG-.
3. Que, la carga probatoria regular es una facultad de las partes y terceros procesales (*onus probandi*); pero, con la observancia y aplicación eficaz de las pruebas de oficio por parte del Juez Civil, la producción de la prueba en el proceso civil tradicional siempre se ha establecido como una actividad estática y como atribución propia de las partes y los terceros procesales, la que generó la teoría clásica de la actividad probatoria autónoma; mientras que la carga probatoria bajo el contexto del dinamismo o dinámica probatoria, se sustenta en la actividad dinámica o activismo judicial de las partes, terceros y especialmente del propio Juez Civil; la que encuentra sustento normativo en el artículo 194 del Código Procesal Civil, bajo la definición como “pruebas de oficio”.
4. Mediante la actividad probatoria dinámica, se establece una activa participación en la producción de la prueba de parte del Juez; por lo mismo, se trata de otorgarle dichas facultades al Juez Civil, no como una simple carga, sino como un “poder-deber imperativo”; teniendo en cuenta que, para resolver un debate judicial, debe sustentarse en medios probatorios aportados por las partes, terceros y por el propio juez, todo



con el propósito de confirmar, ratificar o verificar la verdad de los hechos alegados por las partes procesales.

5. Que, el concepto de la simple constatación de los hechos y alegaciones de las partes y terceros procesales, por parte del Juez Civil; exige el cambio de conceptos, bajo la plena aplicación eficaz de la actividad probatoria dinámica, para dar paso a la verificación y comprobación en base a la verdad. Se debe dejar de lado la simple pasividad probatoria (simple receptor de las pruebas ofrecidas por las partes y terceros); para dar paso al dinamismo en la producción probatoria; no como una simple regla de excepción, sino como un imperativo que exige la debida como justa impartición de justicia en materia civil, para que las partes procesales, alcancen un debido amparo jurisdiccional.
6. Que, los magistrados especializados en materia civil que imparten justicia en la Corte Superior de Justicia del Cusco –Sede Central-; no han recibido una formación académica en las facultades de derecho de la UNSAAC Y UAC; tampoco han recibido cursos de actualización y especialización en el tema de “actividad probatoria dinámica en los procesos civiles”, organizado por la Amag; por lo que, se genera una impartición de justicia, no acorde a los hechos, el derecho y la justicia; menos, observando las reglas establecidas por el X Pleno Casatorio Civil-vinculante.
7. No obstante, que la línea o postura jurisprudencial, respecto a la debida aplicación eficaz y eficiente de las pruebas de oficio, se establece normativamente, como pruebas de oficio; materializado o desarrollado en el contexto del X Pleno Casatorio Civil; no es satisfactorio el ejercicio del poder probatorio del Juez, dentro del proceso civil y bajo las reglas establecidas en el referido Pleno Casatorio; evidenciándose la inobservancia e inaplicación de las pruebas de oficio, dentro de las reglas de la actividad probatoria dinámica o dinamismo probatorio, conocida también el “desplazamiento de la carga de la prueba”.

## RECOMENDACIONES

1. Urge la adecuación de los Currículos de estudio de la UNSAAC y UAC, para la implementación del Curso de Derecho Probatorio, incluso como un curso o asignatura de enseñanza obligatoria, todo para una especialización en el pleno conocimiento de la actividad probatoria dinámica y el cambio de conceptos y constructos en la producción de la prueba en el proceso civil.
2. Urge la implementación de los cursos de capacitación, actualización y especialización en el tema de “actividad probatoria dinámica aplicado al proceso civil, por parte de la Academia de la Magistratura (Amag); todo con el propósito de promover el debido conocimiento de la esencia misma de la nueva teoría de la actividad probatoria dinámica, por parte de los jueces civiles, para la debida aplicación eficaz y eficiente de las pruebas de oficio, bajo las reglas establecidas como “vinculantes”, en el X Pleno Casatorio Civil.
3. Teniendo en cuenta que la función del Juez en el proceso civil debe ser la de “director o conductor del proceso”; y, bajo ese contexto resolver los conflictos en base a la verdad; además, no debe actuar como juez dictador o como un simple receptor y espectador en la producción probatoria, la cual es una muestra de una actitud pasiva; recomendamos y proponemos que los jueces civiles que resuelvan los procesos civiles, aplicando el dinamismo probatorio, sean calificados y premiados con algún puntaje, en los concursos de ascenso y ratificación.
4. Proponemos a que el Juez dentro de un proceso civil, debidamente tramitado y bajo un debido garantismo procesal, activismo judicial y cumpliendo con las garantías mínimas de un debido proceso y antes de dar por concluido la etapa probatoria y para dar paso a la etapa decisoria, emita un “auto relevante”, dejando precisado las razones por las cuales, aplicó o no aplicó las reglas de la actividad probatoria dinámica.
5. Recomendados la modificación del contexto del artículo 194 del Código Procesal Civil, para establecer la aplicación de la actividad probatoria dinámica como una regla general y función imperativa del Juez Civil;

modificación que debe generar el cambio de la ideología y formación en la impartición de justicia por parte de los jueces civiles; además, generar la impartición de los conocimientos sobre el tema, en las facultades de derecho de las Universidades del Perú.

## BIBLIOGRAFIA

### PRIMARIA Y SUSTENTO DE ESTA TESIS

1. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO (1952). Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso. Revista de Derecho Procesal.
2. AZULA CAMACHO, J. (1998). Manual de Derecho Probatorio. Editorial Temis.
3. BENAVENTOS, O. (1998). Clase magistral dictada en la Escuela de Posgrado de la UNSAAC.
4. BRISEÑO SIERRA, H. (s/año) Derecho Procesal, Colecciones Juristas Latinoamericanos. (2da ed.). Editorial HARLA.
5. CAPPELETTI, M. (1972). La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil. Editorial Ejea.
6. CAPPELETTI, M. (1973). El Proceso Civil en el Derecho Comparado, las grandes tendencias evolutivas. Editorial Jurídicas Europa-América.
7. CAPPELETTI, M. (1974). Proceso, Ideología, Sociedad. Editorial Jurídicas Europa-América.
8. CARNELUTTI, F. (1955). La Prueba Civil. Editorial Arauyú.
9. CAVANI BRAIN, R. (2015). Prueba y Proceso Judicial. Instituto Pacífico- Actualidad Civil.
10. ECHANDIA, H. D. (1985). Teoría General del Proceso, aplicable a toda clase de procesos. Editorial Universidad.
11. FERNANDEZ SESSAREGO, C. (2002). Ponencia expuesta en la Conferencia organizada por el Consejo Nacional de la Magistratura.
12. GONZALES ALVAREZ, R. (s/año) La prueba de oficio (proporcionalidad) en el proceso Civil del Estado Constitucional de

Derecho, superando la confusión de un debate entre corrientes procesales sobredimensionadas. Editado por el Instituto Pacífico-Actualidad Civil, en la Prueba y Proceso Judicial.

13. GONZALES ALVAREZ, R. (2014). Constitucionalismo y Procesotendencias contemporáneas. (1ra ed.). Editorial ARA.
14. GOZAINI, O. A. (1997). La Prueba en el Proceso Civil Peruano. (1ra ed.). Editorial Normas Legales S.A.
15. HINOSTROZA MINGUE, A. (1998). La Prueba en el Proceso Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Gaceta Jurídica.
16. Instituto Panamericano de Derecho Procesal. (1994). La Simplificación Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
17. IUS ET PRAXIS. (1994). Proceso Civil ¿Dispositivo o Inquisitivo? En el papel del Juzgador en la Prueba en el Proceso Civil Moderno. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
18. MONROY GALVEZ, J. (1994). La Ideología en el Código Procesal Civil Peruano. Revista IUS et PRAXIS de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
19. MONTERO AROCA, J. (1970). Evolución y Futuro del Derecho Procesal. Editorial Temis.
20. MORELLO, A. M. (1994). Derecho Procesal en el Balance a fin de Siglo. Revista IUS et PRAXIS, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.
21. PALACIO, L. E. (1997). Manual de Derecho Procesal Civil. (13va ed.). Editorial ABELEDO-PERROT.
22. QUINTERO B., PRIETO E. (1992). Teoría General del Proceso. Editorial TEMIS.
23. VESCOVI, E. (1994). Proceso Civil ¿dispositivo o inquisitivo? El papel del Juzgador en la Prueba en el Proceso Civil Moderno. Revista IUS et

Praxis. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

24.X PLENO CASATORIA CIVIL. Emitido por los Magistrados Supremas Civiles. Establece reglas como precedente judicial vinculante.

### **CONSULTADA Y REFERENCIAL**

1. ALFARO VALVERDE, L. (2017). La Iniciativa Probatoria del Juez. (1ra ed.) Editora y Librería Grijley.
2. ALSINA, H. (1961). Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial. (2da ed.). Editorial Jurídicas Europa-América.
3. ALVARADO VELLOSO, A. (2006). La Prueba Judicial. Editorial Tirant Lo Blanch.
4. ALVARADO VELLOSO, A., Zorzoli, O. (2008). Confirmación Procesal. Editorial Tirant Lo Blanch.
5. ALVARADO VELLOSO, A., Zorzoli, O. (2007). Debido Proceso. Editorial Tirant Lo Blanch.
6. BETANCUR JARAMILLO, C. (1982). De la Prueba Judicial. Aspectos Generales. Editorial Bedout.
7. CARNELUTTI, F. (1955). La prueba Civil. Ediciones Arayú.
8. CUELLO IRIARTE, G. (1977). La Sana Crítica. Editorial Temis.
9. DELLEPIANE, A. (1972). Nueva teoría de la prueba. Editorial Temis.
10. DEVIS ECHANDIA, H. (1974). Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Víctor P. de Zavallá.
11. FERNANDEZ ENTRALGO, J. Prueba Ilegítimamente Obtenida. Revista jueces para la Democracia No 7.

12. GORPHE, F. (1971). *Crítica del Testimonio*. Editorial Reus.
13. GORPHE, F. (1985). *Apreciación Judicial de las Pruebas*. Editorial Temis.
14. GOZAINI, A. O. (2004). *El Debido Proceso. Estándares de la CIDH. Modificación a la Regla Probatoria*.
15. LEDESMA NARVAEZ, M. (2017). *La Prueba en el proceso civil*. (1ra ed.) Editorial Gaceta Jurídica.
16. MARTEL CHANG, R. A. (2015). *Prueba de Oficio en el Proceso Civil*, (1ra. ed.). Instituto Pacífico S.A.C.
17. MICHELI, G.A. (1961). *La Carga de la prueba*. Editorial Ejea.
18. MONTERO AROCA, J. (2005). *La Prueba en el Proceso Civil*. Editorial Navarra Civitas S.A. Thomson Reuters.
19. MONTERO AROCA, J. (2014). *La Paradoja Procesal del Siglo XXI- Los Poderes del Juez Penal (Libertad) frente a los poderes del Juez Civil*. Editorial Tirant Lo Blanch-España.
20. MONTERO AROCA, J., ALVARADO VELLAS, A., ARIANO DEHO, E., BARBOSA MOREIRA, J. C., CIPRIANI, F., DIEZ-PICASO GIMÉNEZ, I., DOMÍNGUEZ, F. G. (2011). *Proceso Civil e Ideología* (2da ed.). Editorial Tirant Lo Blanch.
21. PARRA QUIJANO, J. (2000). *Manual de Derecho Probatorio*. (11va ed.) Editorial Librería del Profesional.
22. PARRA QUIJANO, J. (1986). *Derecho Probatorio*. Editorial Librería del Profesional.
23. PARRA QUIJANO, J. *Tratado de la prueba judicial, los documentos*. Editorial Librería del profesional.

24. PARRA QUIJANO, J. (1996). Tratado de la prueba judicial. Ediciones Librería del profesional.
25. PICO JUNOY, J. (1996). El derecho a la prueba en el derecho civil. Editorial Bosch S.A.
26. RAMIREZ GOMEZ, J. F. (1985). La prueba documental. Señal Editora.
27. REYES ALVARADO, Y. (1984). La prueba indiciaria. Ediciones Librería del profesional.
28. ROSEMBERG, L. (1956). La Carga de la Prueba. Editorial Ejea.
29. SALGADO FERNANDEZ, M. X. (1969). La Prueba: Objeto, carga y apreciación. Editorial Jurídica de Chile.
30. TARUFFO, M. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre re los hechos. 20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia.
31. VALENCIA RESTREPO, H. (1993). Normas Principalísticas de los principios generales del Derecho. Editorial Temis.