

LA PRUEBA DE OFICIO

Comentarios al X Pleno Casatorio

ESCRIBEN:

JANET TELLO GILARDI / JOSÉ BONET NAVARRO /
MARÍA ELENA GUERRA-CERRÓN / CARLOS E.
POLANCO GUTIÉRREZ / DANTE REYNALDO TORRES
ALTEZ / AMÉRICO HIDALGO GÓMEZ / JUAN MANUEL
IGLESIAS / SHIRLEY MAYELI MUÑICO PATILLA /
ANDREA CORNELIO MONTERO / JIMENA ZAMBRANO
LÓPEZ / HUNTER JOSÍAS TASAYCO KENGUA

COORDINADORA:

MARÍA ELENA GUERRA-CERRÓN

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

LA PRUEBA DE OFICIO
Comentarios al X Pleno Casatorio

© Janet Tello Gilardi / José Bonet Navarro / María Elena Guerra-Cerrón / Carlos E. Polanco Gutiérrez /
Dante Reynaldo Torres Altez / Américo Hidalgo Gómez / Juan Manuel Iglesias / Shirley Mayeli Muñoz
Patilla / Andrea Cornelio Montero / Jimena Zambrano López / Hunter Josías Tasayco Kengua
© Gaceta Jurídica S.A.

Primera edición: Enero-marzo 2021

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula e interiores: Rosa Alarcón Romero

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

ÍNDICE

La prueba de oficio y la búsqueda de la verdad

Janet Tello Gilardi

I. Introducción	7
II. Análisis del problema en la doctrina y en la legislación	8
III. Análisis de la jurisprudencia nacional	10
IV. Reflexiones finales	11
Fuentes bibliográficas	13

En busca de una mayor calidad resolutoria por el juez

José Bonet Navarro

En busca de una mayor calidad resolutoria por el juez	15
---	----

La convicción como “vértice” y sus “lados” en el artículo 194 del Código Procesal Civil

María Elena Guerra-Cerrón

I. Introducción	21
II. Facultad y no deber del Juez	22
III. La convicción del Juez como “vértice”	23
IV. Los “lados” en la formación de la convicción (“vértice”)	24
1. “Lado” de la exigencia externa (sollen)	25
2. “Lado” de la exigencia interna (müssen)	25
V. Referencias bibliográficas	25

Lo bueno, malo y feo del X Pleno Casatorio Civil y su relación con el proceso oral

Carlos E. Polanco Gutiérrez

I. Introducción	27
II. Lo bueno del X Pleno	27
III. Lo malo	29
IV. Lo feo	31
IV. Conclusiones	32

En busca de una mayor calidad resolutoria por el juez

JOSÉ BONET NAVARRO^(*)



La calidad de la resolución judicial puede medirse en atención a dos aspectos fundamentales: la certeza y las garantías. El establecimiento y respeto de las garantías, tanto de la jurisdicción como de la acción y del proceso condicionan de forma significativa la calidad resolutoria. Por poner un ejemplo obvio, es claro que sin respeto de la contradicción y del derecho de defensa, en modo alguno cabe considerar que la resolución cumple los más mínimos parámetros de calidad. Y lo mismo cabe decir respecto de la necesaria independencia e imparcialidad judicial. Por otro lado, la aptitud de los instrumentos procesales para que los datos fijados se acerquen lo más posible a la realidad igualmente representan un importante índice de calidad. Puede decirse, en definitiva, que cuanta más verdad y garantías mayor será la calidad resolutoria.

En gran parte de los ordenamientos jurídicos, el proceso civil se rige por el principio dispositivo y de aportación de parte, donde las normas sobre carga de la prueba cumplen un importante papel al determinar unas expeditivas consecuencias necesarias para que el titular de la potestad jurisdiccional cumpla con su deber de otorgar una tutela judicial efectiva, para que el juez pueda resolver, aunque no cuente con material fáctico fijado.

Las normas sobre carga de la prueba surgen de dos necesidades: la de contar con un material fáctico fijado previamente para poder aplicar normas sobre los mismos; y la de quien quiera beneficiarse de las consecuencias derivadas de la aplicación normativa, pues para ello necesitará que el citado material fáctico llegue a ser fijado. Y a pesar de que sus consecuencias sean útiles y necesarias para resolver, es innegable que la resolución tendrá un índice superior de calidad en la medida en que se pronuncie sobre un material fáctico fijado en lugar de basarse en el vacío probatorio que presupone la aplicación de las normas de carga de la prueba. En el primer caso, hay más posibilidades de que las normas se apliquen sobre un supuesto real y verdadero y, por tanto, que sea de mayor calidad resolutoria. En definitiva, puede afirmarse que

(*) Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de València

la calidad de la resolución es inversamente proporcional a la aplicación de normas sobre carga de la prueba. Por tal motivo, se presenta conveniente alcanzar un adecuado equilibrio entre garantías y certeza, hasta el punto de que el juez pueda actuar de modo adecuado para que, con la menor afección de garantías pueda aumentarse la certeza. Así, una limitada actividad probatoria de oficio podría reducir los supuestos en los que se resuelve con carencia de certeza y, por ese camino, aumentar la calidad resolutoria, siempre solo sea a costa de una pequeña concesión de garantías que sea compensada por un relativamente grande aumento de certeza.

Todo esto debería consistir en una cuestión meramente técnica que permita obtener un punto de equilibrio adecuado entre cesión de garantías y obtención de certeza. Sin embargo, se mezclan cuestiones políticas en tanto en cuanto el juez ejerce un poder que deriva de la soberanía del estado y el alcance de su intervención refleja el papel que corresponde al Estado, y, por ese camino, se forman posiciones quizá excesivamente dicotómicas y escasamente prácticas.

En cualquiera de los casos, que todos los hechos relevantes que la sentencia lleve a fijar se correspondan con la realidad supondrá un importante índice de calidad en la resolución. Así y todo, el proceso no busca la verdad a cualquier precio. En ocasiones, no es suficiente, ni a veces necesario, que los hechos sean verdad para poder ser fijados. Incluso aunque el juez sepa positivamente que son verdad, requiere para su fijación al menos una de las partes los haya afirmado, pues, de modo contrario, el juez actuaría como parte y, además, produciría indefensión al limitar la contradicción. Por el contrario, aunque el juez sepa positivamente que son inciertos, en caso de haber conformidad y no están controvertidos, el respeto a la libertad de las partes impone al juez considerarlos fijados. Y, por último, aunque los hechos puedan ser verdad, si su fijación deriva de una prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, no surtirán efectos en juicio (en el caso español, arts. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial y 287 Ley de Enjuiciamiento Civil). Incluso algún autor afirma que, debido a la ausencia de facultades investigadoras del juez en el proceso civil, limitadas a la mera verificación, implica una “renuncia a la verdad” por parte del ordenamiento jurídico. Puede decirse, en general, que es factible en la práctica totalidad de los ordenamientos procesales que el juez fije hechos sin ni siquiera valorar su correspondencia con la realidad, y, por el contrario, no fijarlos sabiendo a ciencia cierta que son verdad. Y en los casos de fijación por la vía de la conformidad de las partes, o de no fijación por falta de afirmación de la parte o consecuencia de la vulneración de derechos fundamentales, no se prevé la posibilidad de revisión de la sentencia más que en los casos específicamente previstos en la ley (art. 510 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, el hecho de que básicamente la actividad judicial se limita a valorar si de los medios propuestos por las partes acepta la probabilidad de verdad o si una norma legal impone su fijación, no significa tener que renunciar a una aspiración hacia una resolución de más calidad en cuanto a su certeza. La verdad es importante por mucho de que las dificultades ontológicas y las limitaciones humanas, por un lado, y los condicionantes derivados del contexto procesal en el que se enmarca la prueba judicial por otro, hayan permitido que la ley renuncie a alcanzar siempre y

a cualquier precio la verdad. Y como para resolver es preciso partir de una situación fáctica determinada y cierta, se permite fijar los elementos fácticos en términos de probabilidad, sin que esto excluya la posibilidad de que se aspire al menos a que las normas se apliquen sobre un material fáctico que se corresponda en la medida de lo posible con la realidad.

Lo bien cierto es que, cuando no sea posible fijar los hechos, la aplicación de las normas de carga de la prueba podrían beneficiar a quien material, verdadera o realmente no lo merezca, de modo, bien ponderada con las garantías y derechos propios del proceso civil, parece adecuado una cierta iniciativa de oficio que limite estas situaciones. Esto ha de ser una cuestión técnica, no política. En una aproximación simplista puede que posiciones políticas liberales propugnen como tendencia una mínima intervención estatal, con su reflejo en los poderes del juzgador; y al contrario, ideologías consideradas como totalitarias de distinto signo político puedan haber propugnado por diversos caminos el aumento de la intervención estatal, incluido el ámbito judicial. Pero al margen de esto, cabe defender diversos niveles de intervención sin presuponer necesariamente una base ideológica previa. Y, aunque pueda ser legítimo mantener opiniones con una exclusiva base ideológica, creo que merece afrontarse desde postulados estrictamente técnicos, prescindiendo de calificativos escasamente rigurosos. Se trata de atender asépticamente a las ventajas de cada una de las posiciones, así, a grandes rasgos, el activismo judicial favorece alcanzar resoluciones de mayor calidad en cuanto reduce las consecuencias de insuficiencia o inexistencia de material probatorio, o, en otros términos, por aplicación de la carga de la prueba. Sin embargo, su ausencia ofrece al menos una apariencia de imparcialidad. En mi opinión y al margen de otras consideraciones, la toma de postura sobre esta cuestión debería adoptarse prescindiendo de prejuicios y etiquetas, atendiendo única y exclusivamente a elementos técnicos por los que, ponderando sus ventajas e inconvenientes, pueda mejorarse la tutela judicial y la salvaguarda de los derechos. Por el contrario, circunscribir el debate meramente a su calificación en términos ideológicos no parece lo más adecuado.

En ese debate no se trata de que resulte preferible buscar la verdad material frente a la formal, entre otras cosas, porque ontológicamente no hay categorías de verdad, y ni siquiera su concepto es absoluto. Pero resulta relevante que lo fijado en la resolución, aunque a veces no haya más remedio, sea menos ficción y se corresponda algo más con la realidad. Se trata de encontrar un camino que nos acerque a la justicia, aspirando tanto a fijar hechos lo más reales posible como a respetar las garantías, pero sin que una y otra aspiración se impidan mutuamente. De hecho, negar toda posibilidad de prueba de oficio equivale a mostrar indiferencia a que un juez aplique el derecho sobre unos hechos inexistentes o inciertos.

Sin embargo, la justicia no depende de que todos los hechos hayan de ser verdad. Es claro que en ocasiones las ficciones fácticas en las resoluciones serán imprescindibles. En general, los humanos somos imperfectos, y el logro de la verdad absoluta es un fin más que dudosamente alcanzable. Además, el ordenamiento jurídico renuncia a la verdad por razones tan relevantes como el respeto a la libertad de las partes, que

deciden no contradecir hechos; la salvaguarda de los derechos fundamentales, que impiden fijar hechos ciertos si se han vulnerado en su obtención o introducción en el proceso; o simplemente por exigencia del contexto procedimental en el que se desarrolla la prueba y de la necesaria preclusión de ciertos actos.

El tema merece una postura realista o modesta, pero sin renunciar a la mayor calidad posible. En principio, la justicia se alcanzará ciertamente cuando, entre otras cosas, la fijación del material se produzca mediante los mecanismos formales legalmente previstos para tal fin. Pero sus resultados son relevantes, pues como se ha dicho y ha de insistirse, la libertad y el respeto de los derechos fundamentales exige eximir de prueba sobre los hechos no controvertidos al margen de su correspondencia con la realidad. Ahora bien, en otros muchos casos, el mecanismo de fijación se justifica en la medida que implique certeza y verdad. Y su posible ineficacia, sea por defectos internos o por condicionantes externos al proceso, provocarán una valoración incierta limitativa de la “justicia” en la resolución. Y por esto merecerán ser corregidos por la intervención judicial en justo equilibrio con las garantías de las personas.

Sin duda, las garantías son importantes, hasta el punto de que las consideramos requisitos o presupuestos necesarios también para poder calificar como “justa” una resolución. Pero no son un fin absoluto en sí mismo. Tan malo como una resolución con hechos reales pero sin respeto de las garantías es una resolución con plenas garantías pero sin correspondencia con la realidad. Ambas cosas son necesarias. El problema es que en muchas ocasiones se excluyen mutuamente, por lo que es necesario encontrar el punto de equilibrio en el que podemos maximizar ambas, verdad y garantías. Al final, de lo que se trataría es de aceptar, cuando sea posible, alguna cesión de cualquiera de ellas cuando el beneficio lo compense. Bienvenida una pequeña cesión de verdad si logramos un gran aumento de garantías; y lo mismo a la inversa, podemos aceptar una pequeña cesión de garantías si lo compensa la aportación de verdad.

Desde luego, no parece una opción adecuada justificar déficits de calidad, y por ende de justicia, con una afirmada salvaguarda a ultranza de las garantías de las partes. Soy consciente de los muchos peligros en la aplicación práctica los poderes de oficio por constelaciones de jueces tendentes a ejercer el poder según su particular y muchas veces dudoso sentido de la justicia. Pero esto no debería impedir su ejercicio cuando tiene sus cauces propios de corrección. Creo que la mejora del servicio público de justicia ha de ser una empresa irrenunciable para el Estado, forma parte de su responsabilidad que la calidad de la justicia y las garantías del proceso queden equilibradas, armonizadas y razonablemente ponderadas.

Otra cosa es la aparente incoherencia de que, en relación con los poderes del juez, se propugne una tendencia contraria en el proceso civil respecto del penal. Quizá podría argumentarse que, en el contexto de imposición de penas por el Estado, afectantes a derechos tan fundamentales como la libertad individual, e incluso en ocasiones a la integridad física y hasta la vida, adquiere especial relevancia la salvaguarda de las garantías de las partes. Así, en el proceso penal han de significarse aspectos como la imparcialidad judicial a costa de la realidad de los hechos cuando estos sean condenatorios, de modo similar a como rige en el mismo proceso la presunción de

inocencia y el criterio del *indubio pro reo*, aunque sea a costa de que eventualmente pueda no imponerse la correspondiente pena a quien efectivamente pueda haber sido autor del delito. Y, por la misma razón, tan específica atención a las garantías, cuando únicamente puedan estar en juego aspectos meramente patrimoniales, no sea tan necesaria. De ese modo, la aspiración a una resolución de más calidad a través de la prueba de oficio se presente más idónea en el proceso civil, aunque sea a costa de una cierta mayor afección sobre las garantías en comparación con las que se tolerarían en el proceso penal.

Por lo que se refiere al proceso civil español puede afirmarse que no rige la actividad de oficio en los procesos dispositivos, sin perjuicio de que según arts. 216 y 282 *in fine* LEC, el principio de justicia rogada regirá “excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”, de modo que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”. Cosa que hace básicamente en los procesos no dispositivos (art. 752.1 LEC).

En los procesos dispositivos, en cambio, solo podemos encontrar ciertos vestigios de prueba de oficio. Entre ellos, junto a las posibilidades de concretar el ámbito de la prueba mediante formulación de ciertas preguntas (306.1.II y 2, 347.2, 353.2, 372.2 y 373.1 y 2 LEC), o la previsión de las diligencias finales del art. 435 LEC, destaca el aumento de facultades por la vía del art. 429.1.II LEC, de la que deriva el “deber” (deber según la literalidad del precepto aunque no conforme a la interpretación que la jurisprudencia ha hecho) de advertir la insuficiencia en la proposición de la prueba y la facultad judicial de indicar el medio -o los medios- de prueba que la parte podría instar. Este precepto resulta significativo en orden a las presentes reflexiones sobre el papel del juez en la prueba, pues ofrece grandes posibilidades de mejora de la calidad resolutoria solamente adelantando al momento de la proposición algo que en principio corresponde hacerse al dictar sentencia. Así, el pronóstico sobre la carga de la prueba, en lugar de realizarse para dictar una resolución sobre una base fáctica ficticia, por el contrario, se adelantaría con la finalidad de ofrecer la oportunidad a la parte de ampliar su proposición probatoria y de ese modo conseguir que la sentencia sea dictada sobre una base fáctica más real. Sin embargo, la interpretación jurisprudencial sobre el ar. 429.1.II LEC ha convertido este deber en una mera facultad, quizá no tanto por la afección de garantías como por el aumento de su posible responsabilidad en caso de omitir el deber de advertencia.

GACETA CIVIL & procesal civil

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

Este es un suplemento digital que se distribuye gratuitamente a los suscriptores de *Gaceta Civil & Procesal Civil*, la publicación líder para abogados, jueces, registradores y notarios

Gaceta Civil & Procesal Civil es la publicación pionera y líder en materia civil y procesal del país. A través de sus secciones se analizan los asuntos jurídicos más relevantes en cuatro importantes materias vinculadas entre sí: el Derecho Civil (en sus diversas expresiones: Contratos, Propiedad, Familia, Sucesiones, Personas, Responsabilidad Civil, etc.), el Derecho Procesal Civil (incluyendo el Arbitraje y la Conciliación), el Derecho Registral y el Derecho Notarial.

Proporciona la más novedosa, rigurosa, completa y actualizada información normativa, jurisprudencial y doctrinaria sobre dichas materias.

Así, se constituye en la más importante fuente de información para los profesionales del Derecho en ejercicio, y en el principal referente académico para el debate y estudio de importantes instituciones jurídicas. No hay jurista connotado del país y del extranjero que no escriba en nuestras páginas.

UNA PUBLICACIÓN DEL GRUPO

 **GACETA
JURIDICA**
27 AÑOS DE LIDERAZGO