

“PRUEBA DE OFICIO” Y “CARGA DE LA PRUEBA”: UNA PROPUESTA EQUILIBRADA*

Renzo Cavani[1]

1. Introducción

Una de las más recientes modificaciones del Código Procesal Civil peruano (en adelante, CPC) fue producto de la Ley N° 30293. Varios artículos fueron modificados pero acaso uno de los que más alteraciones sufrió fue el discutido art. 194. En lo particular, me centraré en una de las nuevas normas consagradas como límite a este poder, consistente en la prohibición de que el juez, al emplear la “prueba de oficio”, reemplace a las partes en su “carga probatoria” (sic)[2].

En ese sentido, en este artículo critico la aplicación del poder probatorio que regula el art. 194 CPC y, evitando referirme genéricamente a la “carga de la prueba” (al menos como es entendida tradicionalmente), diferencio entre “*carga de corroboración*” (*rectius*: deber del juez de fallar según la falta de probanza) y *carga de aportación probatoria* a fin de demostrar que dicho poder probatorio colisiona con la primera y viola diversos derechos fundamentales de las partes. Acto seguido, paso a defender conceptualmente la carga de aportación probatoria diferenciándola de la carga de probar en sentido subjetivo y, a partir de una interpretación poco convencional del art. 51 inc. 2, sostengo que, en vez de usar un poder probatorio *posterior* al debate y actuación de las pruebas (que es precisamente lo que regula el art. 194), sí podría admitirse un poder probatorio del juez en el marco de la decisión sobre la organización de la causa que *excepcionalmente* incida sobre la carga de aportación. Esto conduciría a ofrecer una propuesta más equilibrada entre libertad de las partes y los poderes del juez sobre la prueba en el proceso civil peruano.

2. “Prueba de oficio”: un breve examen analítico

Cuando hablamos del art. 194 CPC es importante reflexionar ante qué situación jurídica estamos. Se suele decir que sería una especie de *poder*

probatorio del juez[3], pero tiene mayores particularidades que vale la pena identificar. Es posible hablar al menos de cuatro características de este poder, a partir de un examen analítico de dicha disposición normativa[4]:

(i) *Presupuesto*: Se trata de un poder que puede ejercitarse a partir de la falta de esclarecimiento o probanza de algún hecho esencial, es decir, de un hecho que conforma el *objeto litigioso del proceso*[5]. Esto es lo que el CPC denomina “insuficiencia en la formación de la convicción judicial”.

(ii) *Oportunidad*: El único momento en el que se puede utilizar el poder probatorio es después de la actuación probatoria, cuando el juez ya se encuentra por sentenciar, dado que es en esa etapa en la que podrá advertir que la hipótesis fáctica formulada no se encuentra aun suficientemente corroborada. La “falta de convicción” se da, por tanto, tras la valoración probatoria[6].

(iii) *Contenido*: Mediante este poder probatorio el juez ordena la incorporación o práctica de un medio de prueba no ofrecido por las partes. No hay propiamente límites para señalar qué medio probatorio podría ser incorporado.

(iv) *Fundamento*: Este poder permite el incremento del acervo probatorio, de manera que el juez tendrá mayores elementos de juicios al momento de fallar. El fundamento de esto reside en una dimensión epistémica (búsqueda de la verdad), que se muestra coherente con el *diseño infraconstitucional* del proceso civil peruano a la función del juez en el CPC: el de lograr la tutela de los derechos sustanciales y promover la “paz social en justicia” (art. III)[7].

Es importante hacer la precisión porque existen *muchos* poderes probatorios del juez[8], como, por ejemplo, la formulación de preguntas a testigos o peritos, e, inclusive, ordenar la incorporación de medios de prueba no ofrecidos por las partes en sus actos postulatorios[9]. El art. 194 no habla de ninguno de ellos. Este poder probatorio, que implica practicar o incorporar un medio de prueba, está vinculado, pues, a un resultado al cual ya ha arribado tras el debate probatorio y la valoración de la prueba. En el siguiente apartado me enfocaré en la problemática regla que limita severamente este poder probatorio y aprovecharé para lanzar algunas críticas.

3. La prohibición de reemplazar la “carga probatoria” de las partes

Del propio art. 194 se desprende una *norma prohibitiva*. En efecto, para el uso legítimo de dicho poder, “el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria”. Este enunciado dista de ser un mero consejo: esa negación (“no reemplazar”) representa una auténtica *restricción*, un límite para la prueba de oficio, sobre todo teniendo en cuenta aquello que no se debe vulnerar: la “carga probatoria” de las partes.

Si esto es así, la gran interrogante es la siguiente: ¿Cuándo es que el juez podría ejercer su poder probatorio *sin reemplazar* la “carga probatoria” de las partes? Esto resulta fundamental, puesto que al referirse a una *carga* de las partes se está aludiendo a un ejercicio de *libertad* que estas gozan para obtener o no el *resultado favorable* que está sujeto a la realización de un cierto comportamiento[10]. Si hablamos de “carga probatoria” en un sentido muy genérico se podría entender, por ejemplo, la libertad de diseñar las actuaciones o la estrategia procesal en cuanto a los hechos alegados y al caudal probatorio que se orienta a acreditarlos. Pero el tema es más complejo de esto. Cabe preguntarse, pues, cuál es esa “carga” a la que se refiere el art. 194.

En primer lugar, existen muchas *cargas procesales* (en plural). Podemos mencionar, por ejemplo, la carga de individualizar el pedido o petitorio, la carga de comparecer al proceso, la carga de recurrir, la carga de identificar los bienes para una futura ejecución, etc. Dentro de las cargas procesales se encuentran las “cargas probatorias”, y dentro de estas tenemos varias: la carga de alegar hechos (o, también, la incorporación de los elementos fácticos en la causa de pedir), la carga de ofrecer medios de prueba (a la que le denominaré “*carga de aportación probatoria*”), la carga de argumentar a partir del material fáctico incorporado por la propia parte y también por la parte contraria, y, finalmente, la “carga de probar” (o, también, “*carga de corroboración*” o, en un término mucho más afín a la teoría clásica, “carga de la prueba en sentido objetivo”[11]), que estaría prevista legislativamente en el art. 196 CPC y que ha sido objeto de incontables trabajos de la procesalística[12].

Una vez individualizadas las cargas probatorias, ¿cuáles serían esa(s) carga(s) que el juez *no puede reemplazar*? Primero me centraré en una: la así llamada “carga de corroboración”[13].

Desde una explicación tradicional, esta “carga” consiste en una regla de juicio que funciona a modo de desempate, a fin de determinar al vencedor en los casos en que existe insuficiente probanza de uno o más hechos esenciales (los así denominados hechos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos). Debe perder, pues, quien tiene la titularidad de la “carga de corroboración” del hecho que no se llegó a probar. Si el demandante alega que se celebró un contrato verbal, pero no lo llega a probar, entonces debe perder. En el caso del demandado, si es que alega que existió pago y no lo llega a probar, entonces vence el demandante (porque el art. 1229 del Código Civil indica que la prueba del pago corresponde a “quien pretende haberlo efectuado”), pero siempre que este pruebe la existencia de la deuda. En materia laboral, por ejemplo, si el demandante-trabajador alega el pago, el incumplimiento de normas, el incumplimiento del contrato, la vigencia del contrato o su exigibilidad, el demandado-empendedor debe probar que no hubo pago, que se cumplieron las normas, que el contrato se extinguió o que ya no es más exigible (art. 23.4 de la Ley Procesal del Trabajo). En materia penal, el Ministerio Público debe demostrar que está probada la hipótesis fáctica que apunta a la comisión de un delito (art. IV.1 del Código Procesal Penal); si esto no llega a estar *suficientemente* corroborado, entonces, aplicando la regla de juicio denominada presunción de inocencia, el acusado es absuelto (art. II.1).

De estos ejemplos vemos que la titularidad es asignada por el legislador (distribución estática), que puede corresponder a la parte que alega el hecho (distribución estática fija) o a la contraparte que no lo ha alegado (distribución estática invertida o “*inversión* de la carga de la prueba”). Excepcionalmente, el propio legislador puede otorgar al juez el poder de ser él quien la distribuya (distribución *dinámica*)[14], como ocurre en el caso del 33 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, específicamente en los casos en que, “por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos”.

La asignación de titularidades de la “carga de corroboración” realizada por ley implica, en el fondo, un *deber* del juez de resolver de una determinada manera *si es que*, luego de valorar, constata la falta de corroboración del hecho alegado por una de las partes[15]. Pero nótese aquí que el poder consagrado en el art. 194, teniendo como presupuesto la falta de probanza, se muestra como

otra alternativa a la aplicación de las normas de la “carga de corroboración”. Aquí el juez *evita resolver la controversia*, no dando como perdedor a quien no cumplió con su “carga”, sino que incrementa el acervo probatorio para buscar aproximarse más a verdad (en la dicción del CPC: para despejar el estado de “falta de convicción”). Se trata, a mi juicio, de una auténtica bifurcación de caminos. Empero, ¿cuál camino elegir y cuáles serían los criterios para optar por uno o por otro?

Sinceramente, no veo la forma de cómo emplear la prueba de oficio *sin reemplazar* la “carga de corroboración” de las partes. Y es que *siempre* hay algo que la parte pudo hacer y que no hizo: solicitar la declaración de un testigo, requerir una inspección judicial, presentar la escritura pública y no simplemente la minuta, etc. Si esto es verdad, si es que nunca puede dejar de haber tal reemplazo, me parece entonces que la modificación del año 2014 creó un *candado aparentemente inexpugnable*[16].

A partir de aquí es posible construir, como primera alternativa, la de recurrir al control difuso sobre la norma prohibitiva del art. 194 CPC para inaplicarla. Esta propuesta, a decir verdad, sería intelectualmente más honesta, pues el juez comunicará, con todas las letras, que *sí reemplazará* la “carga de corroboración”. Las razones pueden ser diversas: porque debe buscar la verdad; porque de no hacerlo de violaría la tutela jurisdiccional efectiva del demandante (acceso a la justicia, paridad de armas, etc.); porque busca aplica el “principio de socialización del proceso”, que le permitiría *asistir* a las partes en caso de desigualdad de algún tipo[17]; o simplemente porque entiende que debe “resolver con justicia” (sea lo que quiera significar esto).

No comulgo en lo absoluto con una posibilidad de este tipo porque, según pienso, el empleo del poder del art. 194 viola irremediablemente la seguridad jurídica (el sistema ofrece de antemano una solución para los casos de falta de probanza) y la imparcialidad judicial (porque el juez pasa a tener funciones postulantes y porque alimenta sus sesgos a favor del demandante)[18]. No obstante, al menos debo reconocer que sería la vía argumentativamente más racional que encuentro si es que se quiere emplear este poder probatorio.

De cualquier manera, el empleo del poder probatorio del art. 194, por afectar decisivamente la “carga de corroboración”, implica un poder intrusivo en extremo con la libertad de las partes en el ejercicio de sus diversas cargas

procesales[19]. Esto implica, también, que deberá modificar el procedimiento, porque *luego del contradictorio previo de las partes para determinar si es que usa o no su poder*, tendría que reaperturar el debate probatorio para que las partes (sobre todo el demandado, que habría ganado si se hubiese resuelto según la “carga de corroboración”) puedan ofrecer nuevos medios probatorios para contraprobar. Se trataría, aquí, de no limitar los derechos de probar y amplia defensa de las partes, por lo que bien se podría ofrecer testigos, pericias, etc. De ahí, inclusive, surge la interrogante de si el juez debería, en esta hipótesis, convocar a una *nueva* audiencia de pruebas.

Esta modificación procedimental bien podría estar sustentada en el art. IX párrafo 3 CPC, que contendría una cláusula general de adaptación de las formas (entiéndase: el procedimiento) al cumplimiento de los fines del proceso (tutela de los derechos y paz social en justicia), de la que el juez se podría valer. No obstante, no queda claro cómo esto sería viable frente a una *garantía* de las partes de no ser desviadas del procedimiento previamente establecido por ley (art. 139 inc. 3) y, también frente a la separación de poderes y al principio democrático, en donde el legislador, en ejercicio de su poder de creación normativa, es quien instituye las disposiciones normativas que expresan las normas, que, a su vez, estructuran el procedimiento; mientras que el juez le corresponde interpretar tales disposiciones de conformidad con las garantías y aplicar el derecho *en el marco de dicho procedimiento*.

4. A propósito del caso que motivó el X Pleno Casatorio Civil: “Infracción normativa” del art. 194 CPC y valoración de la prueba

En una sentencia que va a establecer *reglas jurisprudenciales vinculantes* —es decir, la sentencia que se adoptará por el pleno casatorio— no debe tener como finalidad “hacer doctrina”. La prueba de oficio será un tema sumamente controvertido con o sin la intervención de nuestra Corte Suprema. Pienso, más bien, que ella debería orientar sus esfuerzos a solucionar el caso en concreto que ha motivado la convocatoria al pleno y, a partir de allí, promover la unificación de la interpretación respecto del art. 194 CPC y otras disposiciones normativas de nuestro sistema. Es preferible, pues, pensar primero en la controversia a resolver y no tanto, por ejemplo, en describir la historia de la

prueba de oficio, o dialogar críticamente con el pensamiento de tal o cual académico. Esta es una labor propia de la doctrina, no de la jurisprudencia.

En el caso seleccionado por las Salas Civiles de la Corte suprema, el problema, tal como se desprende de las resoluciones de los jueces de primera y segunda instancia, reside en la falta de prueba de la titularidad sobre el bien reclamado por el demandante en un proceso de reivindicación, pues la memoria descriptiva no tenía el visado respectivo, lo cual privaba del carácter de documento público. Asimismo, el demandante tampoco se cumplió con adjuntar los antecedentes registrales del predio litigioso. Como vemos, aquí estaríamos frente a la situación de aplicar la “carga de corroboración” que, a partir de la valoración dada por los jueces (no probanza de la hipótesis por insuficiencia probatoria), el demandante no llegó a cumplir. Por ello, este perdió la causa en ambas instancias.

El demandante recurrió en casación argumentando, entre otros aspectos, una “infracción normativa” del art. 194. O sea, estaría reclamando que los jueces de instancia *violaron la norma que les reconoce el empleo del poder de incorporar medios de prueba* y, por ello, la Suprema tendría que anular la decisión. Sin embargo, si es que el propio demandante no ha ofrecido suficientes medios probatorios para lograr cumplir con su “carga de corroboración” (esto es: que el juez pueda considerar probada su hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica que se desprendería del antecedente de la norma), veo muy problemático poder alegar exitosamente tal violación. De hecho, viabilizar este tipo de infracciones implicaría que, en *cualquier* caso en que el juez falle según la regla de juicio ante insuficiencia probatoria (y que el juez de apelación confirme), el recurrente pueda acudir a la Corte Suprema buscando la nulidad de la sentencia porque “el juez podía haber hecho más”. Esto terminaría por distorsionar completamente dicha regla que, en adelante, de poco o nada valdría; sin perjuicio de generar un impacto nefasto en las exigencias para que las partes y sus abogados planteen su teoría del caso y la aportación probatoria en los actos postulatorios.

En mi opinión, si es que cabe alguna infracción del art. 194 (*rectius*: de las normas contenidas en el art. 194) se debe fundamentalmente a su *uso indebido* y no propiamente a su *falta de uso*. ¿Y esto por qué? Porque el juez *debe* fallar en contra del demandante cuando existe insuficiencia probatoria.

Cabría, por ejemplo, cuestionar que el juez ordenó la prueba de oficio sin promover previamente el contradictorio, que la prueba no se corresponde con el objeto litigioso del proceso (fuente de prueba) o que hubo efectivamente un reemplazo en la “carga probatoria”. Aquí auténticamente se estarían *violando* estas normas. Empero, cuestionar que el juez *no empleó* la prueba de oficio implica, rigurosamente, cuestionar la valoración probatoria que llevó a que se decida según la “carga de corroboración”: se impugna, pues, que la corroboración de la hipótesis fáctica, en virtud de los medios de prueba que obran en el proceso, no se ha producido. Tolerar la posibilidad de recurrir por infracción normativa del art. 194 en casos de falta de uso, pues, exige que la Corte Suprema dé una respuesta clara y concreta sobre si es que ella misma se considera un órgano que también puede ingresar a revalorar los medios probatorios.

5. En búsqueda de una solución: el poder probatorio reconstruido a partir del art. 51 inc. 2 CPC y la carga de aportación probatoria

5.1. La carga de aportación probatoria

Este callejón sin salida que plantea el propio art. 194 requiere, talvez, de otra perspectiva. Antes de fundamentar mi propuesta, corresponde dedicar algunas líneas adicionales para justificar conceptualmente la *carga de aportación probatoria*.

En primer lugar, estoy de pleno acuerdo que la “carga de probar en sentido subjetivo”, como regla técnica dirigida a las partes a fin de que aporten medios de prueba (pues, de no hacerlo, perderían la causa), no tiene ninguna razón de ser. En efecto, parto de la premisa de que una regla técnica no es una prescripción pues depende de la voluntad de la parte de realizar un cierto comportamiento para obtener un cierto resultado como *condición necesaria*, como sería el caso, por ejemplo, de la siguiente proposición: “Si desea encender la televisión, aprete el botón rojo”[20]. En ese sentido, la doctrina tradicional identifica que, en el caso de la carga de la prueba en sentido subjetivo, el comportamiento “aportar prueba” llevaría al resultado “vencer en la causa”. Pero esto es evidentemente un error. Como se ha defendido, el “principio de adquisición de prueba” implica que las pruebas ofrecidas por las partes pasan a formar parte del proceso y el debate probatorio se desarrollaría a partir de ellas,

sin perjuicio de quién las aportó. De otro lado, el juez valora la prueba y construye inferencias probatorias de *cualquiera* de los medios. Esto quiere decir que no otra cosa que lo siguiente: una parte puede aportar un medio de prueba del cual, a la postre, pueda llevar a la conclusión que el hecho que ella pretendía acreditar no se produjo o que el derecho alegado no le asiste[21].

No obstante, pienso que sí podría formularse una auténtica regla técnica que consista en el comportamiento “aportar prueba” pero ya no más con el resultado “vencer en la causa”. Se podría pensar, en primer lugar, en el simple resultado que dicha prueba ingrese formalmente al proceso (en el lenguaje judicial peruano: “*téngase por ofrecidos los medios probatorios*”). La aportación probatoria es condición necesaria para que tales medios probatorios sean oportunamente calificados para decidir su admisión o rechazo, de ser el caso, actuados, y luego valorados a efectos de emitir la decisión sobre los hechos.

Pero hay más. La carga de aportación podría tener una sólida justificación dogmática, vinculada en este caso a las particularidades del derecho positivo. En efecto, si no se aportan medios de prueba que a un juez, en un examen preliminar, le parezcan suficientemente relevantes para continuar con el procedimiento, entonces el proceso podría concluir inmediatamente (lo cual ocurre en la *preliminary hearing* del proceso penal estadounidense, *ex* Regla 5.1.f de las *Federal Rules of Criminal Procedure*[22]). De esta manera, la aportación de la prueba por el demandante o demandado sería una condición necesaria para no ver la demanda preliminarmente rechazada, por más que esta pueda reproponerse.

En el caso del proceso civil peruano, la falta de aportación de medios prueba por el demandante o demandado podría llevar a que su demanda o contestación sea declarada inadmisibles (o sea, tiene un defecto u omisión pero puede subsanarse) o, eventualmente, improcedente (por no haberse subsanado). Un juez tiene el deber de declarar inadmisibles la demanda si es que no se ofrecen medios de prueba (según el CPC, el ofrecimiento es requisito de la demanda *ex* art. 424 y, materialmente, los medios de prueba se presentan como anexos de la demanda-documento *ex* art. 425).

Asimismo, si una parte ofrece un documento simple para acreditar que existe un contrato, pero en el texto de la demanda ha señalado que ofrece una

escritura pública, el juez, al calificar la demanda, puede indicar que cumpla con ofrecer el instrumento público, dando oportunidad a la parte para que integre el acervo probatorio. Si no hubiese subsanación o si la parte indicase que el instrumento lo tiene la contraparte o un tercero, no correspondería rigurosamente declarar la improcedencia de la demanda, sino entender que se está pidiendo una exhibición, una diligencia específica (art. 425 inc. 5) o, como defenderé más adelante, la posibilidad de que, en la organización de la causa, el juez procure la incorporación de dicho instrumento.

La carga de aportación probatoria, pues, al menos en la legislación procesal peruana, se plasma en diversas reglas específicas, pero se consustanciaría en la siguiente proposición normativa genérica: “*Si quieres que sus medios de prueba X ingresen formalmente al proceso y que su demanda no sea rechazada, entonces debe aportarlos*”. Nótese aquí, a diferencia de la tradicional formulación de la “carga de la prueba subjetiva”, cómo es que el resultado sí que está estrechamente vinculado al comportamiento, siempre que, por supuesto, a su vez, se cumplan con varias reglas procesales que pautean dicho ofrecimiento o aportación.

Podría objetarse que la regla, en realidad, estaría dirigida al juez, colocándole el deber de analizar los requisitos de la demanda y, de constatar alguna omisión o defecto, decidir lo correspondiente. Es incuestionable que existe este deber; sin embargo, esto no quiere decir que no se pueda construir una regla técnica como la mencionada. De hecho, si la parte, a nivel de ofrecimiento de medios probatorios, cumple con todos los requisitos legales, entonces el ordenamiento impone el resultado de que el juez los tenga por formalmente presentados y, por ello, no coloque óbice para la continuación del procedimiento (al menos no por esta causa).

Otra objeción podría consistir en que, existiendo el *derecho a la prueba* cuyo contenido normativo ya asegura a las partes el derecho a ofrecer pruebas, a que sean debidamente admitidas y, oportunamente, que sean racionalmente valoradas, no sería necesario hablar de otra situación subjetiva como la carga de aportación probatoria tal como aquí es defendida. Para responder a esta crítica pienso que la existencia de una norma que consagra un derecho subjetivo no necesariamente elimina la figura de la regla técnica. Piénsese en el ejemplo de la televisión antes referido: para encenderla es necesario presionar el botón

rojo, pero también existe el derecho de propiedad o posesión sobre el bien mueble que deriva, a su vez, a tener el derecho a encenderla (si no hubiese tal derecho habría obstáculos para el disfrute del bien). Así, el derecho subjetivo a la prueba puede coexistir conceptualmente con la carga de aportación si se llega a apreciar que, para la satisfacción del derecho a ofrecer pruebas (dimensión del derecho a la prueba) el juez debe cumplir con su deber de incorporarlas, pero, para ello, la parte, en pleno ejercicio de su esfera de libertad, debe cumplir primero con su carga. Si no se ofrece pruebas, el juez no tiene qué incorporar, con la correspondiente consecuencia de rechazar la demanda.

Finalmente, la carga de aportación probatoria se corresponde íntimamente con la regla que condiciona la alegación de hechos (esenciales) en los actos postulatorios para que se conforme la causa de pedir. Si no se alegan hechos, entonces el juez no podrá pronunciarse sobre ellos ni incorporarlos (principio dispositivo), lo cual se vincula con la inexistencia de un deber jurídico de las partes de decir la verdad, entendiéndose esto como el deber de alegar *todos* los hechos que, según su conocimiento, habrían ocurrido en la realidad.

5.2. Poderes probatorios, organización de la causa y la carga de aportación

Al menos para el caso que motivó el pleno, considero que el verdadero problema no está en la prueba de oficio, sino, por el contrario, en la *organización de la causa*, es decir, en lo que comúnmente se conoce como “fijación de puntos controvertidos”.

La organización de la causa, al menos desde mi visión, consiste básicamente en: (i) identificar cuáles son los hechos sobre los cuales el juez se va a pronunciar (*thema decidendum*); (ii) realizar una labor de calificación para determinar cuáles son los medios de prueba que apoyarán a la verificación de la hipótesis fáctica puesta en discusión (*thema probandum*); y, (iii) constatar las alegaciones fáctico jurídicas que las partes han formulado en sus actos postulatorios[23].

Ahora, ¿por qué resulta importante que el juez organice adecuadamente la causa? Porque si el juez hace un trabajo pulcro en dicha etapa, logrará determinar cuáles son los hechos discutidos y las pruebas vinculadas a la controversia, aspectos que posibilitan la obtención de una decisión adecuada. Dicho de otro modo, es en la organización de la causa el momento en el que el

juez podrá estructurar cabalmente el material probatorio, en la medida de lo posible con la activa participación de las partes, para que, de esta forma, no haya ningún tipo de desvío, alteración o reestructuración del debate cuando esté por sentenciar.

Adviértase que esto no es algo ajeno a nuestro marco normativo: el art. 51 inc. 2 CPC otorga al juez como “facultad”, el “ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos respetando el derecho de defensa de las partes”. Desde una interpretación que considero plausible, esta disposición –bastante vaga, por cierto– expresa cuando menos una norma que le permite al juez organizar el material probatorio, lo cual implica desarrollar una adecuada *metodología* para elaborar los vínculos entre hechos (esenciales) y medios de prueba. El empleo de esta metodología debería revelar, cuando menos, dos preocupaciones: (i) determinar a priori si un hecho tiene un medio de prueba que lo respalde; y (ii) determinar la calidad de tales medios de prueba.

En este momento es que, *muy excepcionalmente*, puede darse, por ejemplo, la posibilidad de que el juez ordene a las partes que incorporen medios probatorios (por ejemplo, si se ofreció una minuta, que se incorpore una escritura pública) o, en los casos de dificultad de probanza debidamente alegada por la parte perjudicada, que ordene a la parte contraria a la que tiene la carga de aportación, que incorpore determinados medios probatorios. Nótese que aquí no se está trabajando con la “carga de corroboración”, que sí es seriamente afectada con el poder del art. 194 CPC, sino con la carga de aportación.

No obstante, el juez debe procurar no incurrir en parcialidad, específicamente la prohibición de ejercitar funciones de parte, tales como incorporar medios probatorios *no solicitados*, y evitar cualquier tipo de conducta maliciosa de las partes, en el sentido de dejar para esta ocasión lo que bien podía haber sido ofrecido al momento de realizar el acto postulatorio.

Debo admitir que existen tres grandes inconvenientes que presenta el CPC peruano para el eficiente uso del poder probatorio que propongo: el primero es la rigidez del art. 189, que determina que *todos* los medios probatorios deban ser ofrecidos en los *actos postulatorios* (para lo que aquí interesa: demanda y contestación); el segundo es la rigidez para la modificación de la demanda, que puede hacerse solo hasta *antes* del emplazamiento (art. 428); y el tercero es la

supresión de la audiencia de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio (modificación operada por el D. Leg. N° 1069), cuando aquí es donde más se necesita un auténtico debate oral. La reforma legislativa es muy urgente en este punto y el Proyecto de Reforma de CPC no ha llegado a tomar cartas en el asunto. Más bien lo ha empeorado, dado que en el nuevo texto del art. 194 ha retirado toda referencia a la prohibición de sustituir cargas probatorias. Mucho me temo que se vuelva, en cierta medida, a una práctica judicial descontrolada puesto que, si bien inserta expresamente el deber de promoción del contradictorio ya es importante, este no remedia las violaciones a la seguridad jurídica ni mucho menos a la imparcialidad.

Sin perjuicio de ello, pienso que es posible que el juez pase a desarrollar una función mucho más detallada y rigurosa al momento de fijar a los puntos controvertidos a partir del poder conferido en el art. 51 inc. 2, teniendo como preocupación el esclarecimiento de los hechos, *respetando el derecho de defensa de las partes*. En ese sentido, luego de las alegaciones de las partes sobre los puntos controvertidos y la admisibilidad de los medios de prueba, el juez procede a convocar simultáneamente a dos audiencias: una para discutir sobre la organización de la causa y otra para la actuación de las pruebas y/o realización de informe oral, respetando la regla del art. 147 respecto del intervalo de tiempo entre la notificación para una actuación procesal y su realización y, además, evitando dilatar en demasía el proceso. El objetivo es que oralmente se pueda discutir sobre el material probatorio y, allí, *siempre a pedido de las partes*, el juez ordene completarlo[24].

La consecuencia de esta iniciativa judicial en la organización de la causa es incrementar el acervo probatorio para que, a partir de este, se emprenda el debate, en la audiencia de pruebas, respecto de la teoría del caso del demandante, la actuación de los medios de prueba que así lo requieran (testigos, exposición sobre la pericia), los argumentos fáctico-jurídicos, y, con ello, encaminarse hacia la decisión del juez. Aquí lo importante: si hubiese una falta de probanza se deberá decidir necesariamente atendiendo a la “carga de corroboración”. De esta manera, el poder contenido en el art. 194, que revela un mal trabajo probatorio y que genera una distorsión procedimental, ya no tendría que ser utilizado *nunca más*.

6. Conclusiones

Para forjar reglas jurisprudenciales vinculantes en la futura sentencia del X Pleno Casatorio se debe dar respuesta primero a esta gran interrogante: ¿qué significa “no reemplazar la carga probatoria” de las partes? En mi opinión, nuestros magistrados supremos cuando menos debe atender a lo siguiente: (i) deben enfrentar los complejos problemas interpretativos que ofrece esta disposición normativa; (ii) evitar sentar un mal criterio jurisprudencial que genere una aplicación del art. 194 que sea arbitraria o descontrolada por los jueces de la República, que fue precisamente lo que se quiso evitar con la modificación por la Ley N° 30293; y (iii) reflexionar sobre la posibilidad de (des)incentivar que las partes recurran en casación alegando la infracción del art. 194 por su falta de uso, ya que ello implicaría que la Sala Suprema deba entrar a la valoración probatoria.

Pero no solo ello.

La propuesta aquí ofrecida, que parte del empleo del art. 51 inciso 2 CPC, resulta ser, a mi juicio, uno menos intrusivo respecto de los poderes y libertades de las partes dentro del proceso que la prueba de oficio regulada en el art. 194 CPC y evitar distorsionar el procedimiento previamente establecido por ley. Esto parte de diferenciar entre carga de aportación y “carga de corroboración” y, además, de resaltar la importancia del debate entre el juez y las partes a fin de conformar mejor el material probatorio no al final del proceso, sino al momento de la organización de la causa (fijación de puntos controvertidos). Esto podría incrementar las chances que el juez pueda emitir una sentencia que esté mejor fundada en derecho, siempre que realice una adecuada valoración probatoria, y, con ello, resolver mejor el conflicto.

7. Referencias

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. (1974). «La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda». *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II. México DF: UNAM, 1974, pp. 547-570.

ALFARO, L. (2015). «Reforma de los poderes probatorios del juez». *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 23, pp. 255-272.

ALLEN, R. y STEIN, A. (2013). «Evidence, Probability, and the Burden of Proof». *Arizona Law Review*, vol. 55, pp. 557-602.

___ (2018). «Aproximación a la dimensión epistémica a los poderes probatorios del juez». *La prueba en el proceso* (coord.: G. Priori Posada). Lima: Palestra, pp. 431-463.

ARIANO, E. (2016). «En los abismos de la “cultura” del proceso civil autoritario» [2006]. In *limine litis. Estudios críticos de derecho procesal civil*. Lima: Instituto Pacífico, pp. 21-37.

BARBOSA MOREIRA, J. C. (2007). «O neoprivatismo no processo civil». *Temas de direito processual*, 9ª serie. São Paulo: Saraiva, pp. 87-101.

BURIL DE MACÊDO, L. y PEIXOTO, R. (2014). *Ônus da prova e sua dinamização* (2ª ed. 2016). Salvador: JusPodivm.

CARPES, A. T. (2010). *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

___ (2015). «Carga de la prueba dinámica y el postulado de la razonabilidad», trad. R. Cavani. *Prueba y proceso judicial* (coord.: R. Cavani y V. de Paula Ramos). Lima: Instituto Pacífico, pp. 349-362.

___ (2017). *Ônus da prova no novo CPC. Do estático ao dinâmico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAVANI, R. (2015). «Prueba de oficio: siete criterios para su uso». *A fojas cero. Diálogos sobre derecho, procesa y cultura*. Disponible: <https://afojascero.com/2015/05/02/prueba-de-oficio-siete-criterios-para-su-uso/> (acceso: 05.11.18).

___ (2016). «Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 6, N° 2, pp. 179-200.

CIPRIANI, F. (2001): «Nel centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)». *Rivista di diritto processuale*, N° 50, 1995, pp. 969-1004 (trad. esp. A. Alvarado: «En el centenario del reglamento de Klein. El proceso civil entre libertad y autoridad». *Revista de derecho procesal*, n. 2, pp. 71-108).

COSTA, E. J. F. (2015). «Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias». *Revista Brasileira de Direito Processual*, N° 90, pp. 153-173.

___ (2018): «O processo como instituição de garantia». *Consultor Jurídico*. Disponible: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-16/eduardo-jose-costa-processo-instituicao-garantia> (trad. esp. R. Cavani y A. Castillo: «El proceso como institución de garantía». *Ius 360*. Disponible: <http://ius360.com/publico/procesal/el-proceso-como-institucion-de-garantia/>) (acceso: 07.11.18).

___, 2017: «Presunção de inocência civil: algumas reflexões no contexto brasileiro». *Revista Brasileira de Direito Processual*, N° 100, pp. 129-144.

DENTI, V. (1971). «Le ideologie del processo di fronte al problema sociale». *Processo civile e giustizia sociale*. Milán: Edizione di Comunità, p. 13-29.

DIDIER JR., F. (2017). «A distribuição legal, jurisdiccional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro». *Revista Direito Mackenzie*, v. 11, N° 2, pp. 129-155. Disponible: <http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p129-155> (acceso: 08.11.18).

FERRER BELTRÁN, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed. [1ª ed. 2002] Madrid: Marcial Pons.

___ (2017). «Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Disponible: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632> (acceso: 07.11.18).

___ (2019). «La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario». *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 53-87.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, R. (2016). «Comentario al art. VI». *Código Procesal Civil comentado* (coord.: R. Cavani), t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 72-84.

KAPLOW, L. (2012). «Burden of Proof». *The Yale Law Journal*, v. 121, N° 4, pp. 738-859.

KIRALFY, A. (1987). *The Burden of Proof*. Londres: Butterworths Law.

MARTEL CHANG, R. (2016). «Comentario al 194». *Código Procesal Civil comentado* (coord.: R. Cavani), t. 1. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 253-267.

MATTOS, S. L. W. (2001). *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense.

MCCAHEY, J. (2008). «The Burdens of Production and Persuasion». *Proof. The Journal of the Trial Evidence Committee*, vol. 16, N° 3, pp. 7-10.

MICHELI, G. A. (1989): *L'onere della prova*. Padua: Cedam, 1942 (trad. esp. S. Sentís: *La carga de la prueba*. Bogotá: Temis).

NIEVA FENOLL, J. (2017). «El mal nombre del principio inquisitivo». *Estudios de derecho procesal en homenaje a Eduardo J. Couture*, tomo II. *Constitución y proceso. Principios y garantías* (coords.: A. Landoni Sosa y S. Pereira Campos). Montevideo: La Ley Uruguay, pp. 611-640.

___ (2019). «La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida». *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, pp. 23-52.

PAULA RAMOS, V. (2013). «Direito fundamental à prova». *Revista de Processo*, v. 224 (trad. esp. R. Cavani: «Derecho fundamental a la prueba»). *Gaceta Constitucional*, N° 65, pp. 286-299).

___ (2015). *Ônus da prova no processo civil. Do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

____ (2015a). «Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro». *Coleção novo CPC. Doutrina Seleccionada*, v. 3. Processo de conhecimento: Provas (coord.: L. Buril de Macêdo, R. Peixoto y A. Freire), 2ª ed. 2016. Salvador: JusPodivm (trad. esp. R. Cavani: «Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño». *Prueba y proceso judicial* (coord.: R. Cavani y V. de Paula Ramos). Lima: Instituto Pacífico).

PEYRANO, J. W. (2004). «Doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica». *Cargas probatorias dinámicas* (dir.: J. W. Peyrano; coord.: I. Lépori White). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pp. 75-98.

ROSENBERG, L. (1956). *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*. Berlín, Munich: Beck (trad. esp. E. Krotoschin: *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA).

SCHAUER, F. (2009). *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge-MA, Londres: Harvard University Press.

TARELLO, G. (1989). «La riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile». *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile* (al cuidado de R. Guastini y G. Rebuffa). Boloña: Il Mulino, p. 7-109.

VAN RHEE, C. H. (2005): «Introduction». *European Traditions in Civil Procedure* (ed.: C. H. van Rhee). Oxford: Intersentia, pp. 3-23 (existe trad. esp. de G. Hermosilla y C. Sandoval: «Evolución del derecho procesal civil en Europa: cómo el juez activo se convirtió en lo normal». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n. 2, 2011, pp. 11-40).

VELASQUEZ, R. (2015). «Líneas generales de las “prueba de oficio”. ¿Por qué, dónde, cuándo y cómo usarlas?». *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 22, pp. 249-271.

* Texto originalmente publicado em: CAVANI, R. (2019). “Prueba de oficio y carga de la prueba”: una propuesta equilibrada. *Garantías procesales y poderes del juez. Ponencias del I Coloquio Internacional de Derecho Procesal* (coord. R. Cavani). Puno: Zela.

[1] Profesor ordinario auxiliar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y docente a tiempo completo en el área «Sistema de Justicia y Solución de Conflictos» de la misma universidad. Miembro del Grupo de Investigación PRODEJUS-PUCP. Doctorando en filosofía del derecho en el Programa *Doctorat in Dret, Economia i Empresa* de la *Universitat de Girona* (UdG). Investigador en la *Càtedra de Cultura Jurídica* de la misma universidad. Magíster en derecho por la *Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS). Miembro de la *International Association of Procedural Law* (IAPL), Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), *Associação Brasileira de Direito Processual* (ABDPro) e *Instituto Brasileiro de Direito Processual* (IBDP). Abogado, consultor jurídico y árbitro. E-mail: renzo.cavani@pucp.pe

[2] Hago esta precisión porque hay muchos otros problemas aplicativos que se desprenden de las diversas normas expresadas por la disposición normativa en cuestión, luego de su modificación por la Ley N° 30293, del 28 de diciembre de 2014 que, por una cuestión de espacio, no abordaré aquí. Al respecto, escribí un brevísimo texto con algunas ideas al respecto, poco después de la promulgación de dicha ley: CAVANI, 2015. Sobre la reforma, cfr. ALFARO, 2015, aunque aquí el autor no desarrolla el problema que busco enfrentar y que, dicho sea de paso, me parece que es el más relevante.

[3] Una preocupación sobre la identificación analítica de los poderes probatorios del juez puede encontrarse en FERRER BELTRÁN, 2017, seguido de cerca por ALFARO, 2018.

[4] Es posible discutir si es que la situación jurídica de titularidad del juez que habilita a ordenar la práctica o incorporación de un medio probatorio no solicitado por las partes es, realmente, una facultad, un poder o un deber. Aquí es necesario un trabajo analítico mucho mayor que el que se ha realizado hasta ahora en la doctrina peruana. Solo a manera de ejemplo, ALFARO (2016: 258-259) entiende que estamos ante un poder (que equipara a “potestad”), pero, simultáneamente, propone hablar de “iniciativa” que, según él, sería un “derecho a hacer una propuesta”. Entonces, si la *potestad*, según se suele entender, es un poder-deber, ¿el juez tiene un “derecho”, pero, a la vez, un poder y, además, un deber? El tema es complejo y, teniendo en cuenta los límites de la propuesta de este texto, procuraré abordarlo en otra ocasión. Lo cierto es que ya no definiendo lo que escribí hace un tiempo (CAVANI, 2015), en el sentido de que esta situación jurídica sería un *deber*. Asumiré, por lo pronto, que se trata de un *poder*.

[5] Sobre el tema, cfr. CAVANI, 2016: 184 ss.

[6] Sobre la convicción como sistema de valoración probatoria, críticamente, cfr. FERRER BELTRÁN, 2005: 80 ss.

[7] Lo cual, a mi juicio, se aleja mucho del modelo constitucional impuesto por nuestra Constitución, que gira en torno a las garantías procesales como contención del poder jurisdiccional. Sobre el tema, cfr. COSTA, 2018.

[8] Cfr. FERRER BELTRÁN, 2017.

[9] Lo cual tiene que ver con la admisibilidad de la demanda. Ver ítem 5.1.

[10] Sobre el tema, criticando el propio concepto de carga de la prueba, cfr. PAULA RAMOS, 2015: 53 ss.; PAULA RAMOS, 2015a y, especialmente, NIEVA FENOLL, 2019 y FERRER BELTRÁN, 2019. Este trabajo no es espacio para controvertir la noción de “carga de la prueba” que estos autores, a mi juicio, cuestionan con buenos y persuasivos argumentos. En buena medida es por mi reflexión —aún inacabada— de estos que coloco abundantemente las comillas. Sin perjuicio de ello, recurro aun a las “cargas probatorias” desarrolladas en el texto para poder defender el argumento que se verá más adelante.

[11] Sobre el punto, ampliamente, FERRER BELTRÁN, 2019: 56 ss.

[12] Cfr. los textos clásicos ROSENBERG, 1956 y MICHELI, 1989. Para un exhaustivo trabajo bibliográfico con textos clásicos sobre el asunto, cfr. PAULA RAMOS, 2015; NIEVA FENOLL, 2019; FERRER BELTRAN, 2019. Para una exposición dogmática sobre la carga de prueba, cfr. DIDIER JR., 2017.

[13] La distinción entre carga de aportación y “carga de corroboración” es bastante nítida en la doctrina del *common law*. Allí se denomina *burden of evidence* y *burden of persuasion*, en donde se admite la distribución (*shifting*) de la primera (con consecuencias que podrían llegar hasta la pérdida de la causa, pero como sanción por no aportar lo que el juez ordena), pero la segunda jamás se puede alterar (McCAHEY, 2008: 8). Sobre el asunto, desde diversos enfoques, cfr. KIRALFY, 1987; SCHAUER, 2009: 223-224; KAPLOW, 2012; ALLEN y STEIN, 2013. La sugerencia de trabajar con las categorías del *common law* ya había sido propuesta por PAULA RAMOS, 2013: 296-297. En ámbito nacional, MARTEL CHANG, 2016: 260, identifica la “carga probatoria” que hace alusión el art. 194 con lo que aquí entiendo como *carga de aportación*. Así, según nuestro autor, no habría violación a esta norma porque las partes ya habrían cumplido con ofrecer sus medios de prueba. No obstante, no se llega a entender bien por qué la prueba de oficio no reemplazaría la carga de aportación si es que el juez está ordenando incorporar medios de prueba que las partes *no ofrecieron*. Finalmente, estoy muy de acuerdo con las críticas de Jordi Ferrer Beltrán en el sentido de que la así llamada “carga de la prueba objetiva” (regla de juicio o lo que aquí se ha entendido como “carga de corroboración”) no tendría ninguna relación con la así llamada “carga de la prueba subjetiva”, que “responde a la pregunta sobre qué parte *debe* aportar prueba al procedimiento” a partir de los incentivos que se generarían en ellas a fin de no perder la causa (FERRER BELTRÁN, 2019: 59 ss., 69-74). A primera vista, esta “carga de la prueba subjetiva” podría asociarse a la carga de aportación, pero creo que no es llega a ser así por razones que esgrimo más adelante. Lo que sí es claro es que *carga de aportación* y “carga de corroboración” son figuras completamente diferentes e independientes entre sí.

[14] Nótese bien: rigurosamente, la distribución dinámica (o “dinamización de la carga de la prueba”) no se da cuando el juez, sin autorización expresa, decide alterar la titularidad de las cargas de corroboración. No obstante, en realidad, no es más que una muy discutible derrotabilidad de la norma que dispone la distribución estática, vía “control de constitucionalidad”. Esto es lo que defiende, por ejemplo, PEYRANO (2004) y, con mayor sofisticación, CARPES (2010) y BURIL DE MACÊDO y PEIXOTO (2014). Ambas posiciones han recibido una dura crítica de PAULA RAMOS (2015: 47 ss. y 75 ss.), quien, a su vez, han tenido réplica por los mismos autores criticados. En el caso del CPC brasileño de 2015 se llegó a consagrar la distribución dinámica (art. 373 § 1 – cfr. CARPES, 2015 y 2017) y una opción similar ha optado el Proyecto de Reforma del CPC peruano. No obstante, tengo muchísimos reparos contra esta distribución realizada por el juez “para el caso concreto” pues, en la misma línea de COSTA (2017: 137 ss.), la decisión contraria al demandante/acusador por falta de probanza tiene sustento constitucional. En efecto, el art. 139 inc. 10 de la Constitución, al consagrar que “no hay pena sin proceso judicial”, en

realidad no se refiere solo al proceso penal sino también al proceso extrapenal, siempre que se entienda que allí donde dice “pena” se habla de una sanción o consecuencia desfavorable para la libertad, patrimonio o la esfera jurídica en general del demandado. Es aquí donde se justifica hablar de “presunción de inocencia civil” (COSTA, 2017: 129-133, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Una crítica bastante dura contra la carga dinámica de la prueba también puede verse en FERRER BELTRÁN, 2019.

[15] Precisamente por ser un deber del juez, que responde a una norma del sistema que le indica cómo *debe* fallar ante la situación de falta de corroboración suficiente de la hipótesis fáctica del demandante, seguir hablando de la existencia de una *carga* (situación subjetiva de la que la parte sería titular) se muestra, como mínimo, como una discutible superposición conceptual y sin un sustento conceptual sólido (conforme: FERRER BELTRÁN, 2019: 63). Para facilitar el lenguaje, sin embargo, seguiré aludiendo a “carga de corroboración”, siempre entre comillas para que no se olvide la impropiedad del concepto.

[16] Raffo Velasquez es de una opinión contraria. Él identifica correctamente la relación entre “prueba de oficio”, carga de la prueba y estándares, en el sentido de que la “carga de corroboración” se aplica en casos de falta de probanza o incertidumbre probatoria. Pero advierte que el uso de la prueba de oficio no debe beneficiar a uno ni perjudicar al otro. En ese sentido, la prueba de oficio se podría emplear en casos de incertidumbre en sentido estricto, esto es, en los casos de empate probatorio, donde ambas partes habrían cumplido con su carga, pero sus esfuerzos resultaron en que se anularon mutuamente. En este caso no cabría aplicar la carga de la prueba porque rompería el equilibrio simétrico impuesto por el estándar de prueba. Asimismo, la prueba de oficio no cabría en casos de *incertidumbre por ausencia* (allí corresponde aplicar la carga de la prueba), pero en casos de desigualdad entre las partes sí se justificaría puesto que la regla de la carga de la prueba consagraría fundamentalmente una situación de igualdad. Se afianzaría una desigualdad, pues, si es que se aplicase dicha regla (VELASQUEZ, 2015). En mi opinión, esta teoría es muy meritoria pues busca encontrar criterios para la aplicación de las pruebas de oficio, pero falla en diversos puntos. En primer lugar, me parece bastante cuestionable determinar, con absoluta precisión y objetividad, cuándo existe lo que el autor denomina “incertidumbre en sentido estricto”, que revelaría un empate (50-50). Digo esto porque ni en doctrina ni en la ley existen tales criterios, por lo que dependería del juez calificar su incertidumbre de tal manera. O sea, en una palabra, va a depender de él que se aplique o no de la regla de la “carga de corroboración” o la prueba de oficio. Pero no solo ello: Velasquez parte de la premisa que sí es posible construir estándares objetivos que respondan al grado de corroboración de la hipótesis fáctica de las partes, al punto de que exista un “empate probatorio”. No obstante, es muy dudoso que no exista aquí algún margen de subjetividad. Si existiese –como yo lo creo– entonces ese 50-50 tal vez podría ser, realmente, 50.01-49.99. Aquí ya no hay más empate y, por tanto, ya no podría darse la prueba de oficio. Peor aún: podría ser 49.99-50.01, ¡en cuyo caso debería vencer el demandado! En segundo lugar, creo que hay una inconsistencia en decir, primero, que la prueba tiene como finalidad la búsqueda de la verdad y encajar aquí el discurso sobre la prueba de oficio (2016: 251 ss.), pero, luego, admitir que esta figura serviría, también, para *equilibrar*

a las partes. Aun criticable es afirmar que este equilibrio se desprendería estaría habilitado por “nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho” (2016: 266), sin identificar con precisión alguna norma jurídica que imponga este deber específico *mediante la prueba de oficio*. Asimismo, si bien aquí se ve una notoria preocupación con la garantía de la paridad de armas, no llego a divisar similar preocupación por los límites que impone la garantía de la imparcialidad. Para mayor profundización, ver el texto principal y las notas subsiguientes.

[17] La *Zivilprozessordnung* austríaca de 1895, de autoría de Franz Klein, apuesta por un modelo de proceso civil que sirva a los intereses públicos y con una fuerte preocupación por su función social. La necesidad de resolver el conflicto (visto como algo negativo) de manera eficiente (rápido y barato) llevó a que se doten de amplios poderes al juez, quien ejercía amplios poderes de dirección y de instrucción (incorporación de medios probatorios de oficio), mediante un proceso dividido en una etapa preparatoria escrita y una audiencia oral. De esta manera, a diferencia del modelo privatista francés, el juez se colocaba en una posición claramente superior a las partes y era el principal responsable de que el proceso cumpla con su finalidad. Sobre Klein, a nivel historiográfico, enfatizando sobre su relación con Anton Menger y la ideología socialista, cfr. DENTI, 1971: 14; TARELLO, 1989: 18 ss.; el clásico ensayo de CIPRIANI, 2001; y, más recientemente, VAN RHEE, 2005: 11 ss. Sobre la influencia de Klein en Chiovenda a nivel ideológico, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, 1974: 561 ss. Al respecto, son inocultables las raíces kleinianas del CPC peruano: esto se verifica en los poderes de dirección (art. II), en los fines del proceso que él debe buscar conseguir (art. III), en el poder de “adecuar” las formas a los fines del proceso (art. IX par. 3) y, sobre todo, en el deber de impedir que la desigualdad entre las partes pueda afectar el desarrollo o resultado del proceso (art. VI, esto es, el “principio de socialización del proceso”: sobre el asunto cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, 2016: 72 ss.). Críticamente sobre el modelo procesal adoptado por el CPC, cfr. ARIANO, 2016. Hay mucho por decir al respecto y este no es el espacio para profundizar en las reflexiones, pero yo defiendo la posición de que el modelo *infraconstitucional* de proceso civil no se muestra para nada acorde al modelo *constitucional* de proceso (penal o extrapenal) diseñado por nuestra Constitución, en donde necesariamente prima un discurso a partir de las garantías. Esto determinar que el proceso deba construirse *para* las partes, protegiéndolas del ejercicio del propio poder jurisdiccional (sobre todo el demandado). Sobre el tema, cfr. COSTA, 2018.

[18] Esto es negado por BARBOSA MOREIRA, en un clásico ensayo muy citado («*O neoprivatismo no processo civil*»), argumentando que el juez no es adivino y, por tanto, no puede saber de antemano a cuál de los litigantes le favorecerá el resultado de la prueba. De ahí que no se perjudique en su imparcialidad (2007: 96 ss.). COSTA (2017: 154 ss.) cuestiona esto porque, en caso de duda (= falta de probanza), puede saber que favorecerá al demandante, al demandado o que no sepa a quién favorecerá. Si se trata de una de las dos primeras situaciones, es claro que no hay justificación para el empleo de la iniciativa probatoria de oficio. En la tercera situación, no habría manera de controlar el mundo intrapsíquico del juez (esto es, determinar si es que realmente se está

favoreciendo a alguien) y de ahí que la imparcialidad que entra a tallar sea la *imparcialidad*, que alude a la prohibición de que el juez desarrolle funciones de parte (que sería, según lo que venimos diciendo, lograr el cumplimiento de la “carga de corroboración”). Así, más allá de las inevitables preferencias y sesgos, según Costa, el juez debe mantenerse *neutral*: ni favorecer ni perjudicar. Este argumento es bastante persuasivo, aunque no conozco evidencia empírica que lo sustente. Hay, sin embargo, *sospechas*. Dado que las hay, ¿por qué insistir en un poder que podría ser muy peligroso? Parecería que, más bien, solo la evidencia empírica que arroje que no hay sesgos o que estos no afectan de manera decisiva el razonamiento es lo que justificaría la prueba de oficio. Mostrándose favorable a la aplicación excepcional de la prueba de oficio y negando que afecte la imparcialidad, cfr. NIEVA FENOLL, 2017: 637 ss., aunque él parte de una premisa bastante clara respecto de la función del proceso: este es un medio de averiguación de la realidad y, por ello, el juez no podría estar sujeto a la prueba que le planteen las partes. En otra oportunidad analizaré con más detalle la interesante propuesta del profesor catalán.

[19] Es común identificar el ámbito de la libertad de las partes con el así llamado “principio dispositivo” y, de ahí, reducir este a la alegación de hechos, pero sin vincularlo al tema probatorio, respecto del cual el juez no tendría limitación, al menos frente a dicho principio. Cfr. MATTOS, 2001: 13 ss. Para una posición que defiende la compatibilidad entre “principio dispositivo” y “principio inquisitivo” (diferenciando el primero del “principio de aportación de parte” y el segundo de “principio de oficialidad”), cfr. NIEVA FENOLL, 2017.

[20] FERRER BELTRÁN, 2019: 61-62, con apoyo en Von Wright y Gavazzi.

[21] Conforme: FERRER BELTRÁN, 2019: 61 ss.

[22] “If the magistrate judge finds no probable cause to believe an offense has been committed or the defendant committed it, the magistrate judge must dismiss the complaint and discharge the defendant. A discharge does not preclude the government from later prosecuting the defendant for the same offense”.

[23] Sobre el tema, ampliamente, CAVANI, 2016.

[24] Lo ideal aquí sería modificar el art. 189 y las reglas sobre cuestiones probatorias para permitir que en la organización de la causa las partes puedan ofrecer más medios probatorios (en caso de incompletitud) y cuestionar los de su contraparte. Con ello, ya no habría ninguna razón para la “prueba de oficio” ni mucho menos la “carga de la prueba dinámica”. Se trataría, pues, de *limitar los poderes del juez, pero aumentar, necesariamente, los poderes de las partes*. Esta idea se la debo al Prof. César Higa.