



CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO II

Análisis y comentarios artículo por artículo
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador:
RENZO CAVANI

 **GACETA**
JURIDICA

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO
TOMO II

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

POR LOS MEJORES ESPECIALISTAS

TOMO II

Análisis y comentarios artículo por artículo
Concordancias / Jurisprudencia / Referencias bibliográficas

Coordinador:
RENZO CAVANI

Sergio Casassa / Fabricio Castellano / Luis Castillo / Renzo Cavani / América Copa /
Karina Díaz / Edward Dyer / Luis Ganoza / César Higa / David Ibarra / Roxana
Jiménez / Marianella Ledesma / Luciano López / Helder Luján / Rolando Martel /
Alexander Rioja / Miguel Rivera / A. Flavio Saavedra / Martín Siccha / Sara Taipe /
Reynaldo Tantaleán / Ary Terrones / Manuel Valverde / Begonia Velásquez / Raffo
Velásquez / Karla Vilela / Juan Wong / Roger Zavaleta

GACETA
JURIDICA

Av. Angamos Oeste N° 526 Urb. Miraflores
Miraflores, Lima-Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

345.7C5 Código procesal civil comentado por los mejores especialistas / Yuliana Arce, Eugenia Ariano, Marco Carbajal ... [et al.] ; coordinador, Renzo Cavani.-- 1a ed.-- Lima : Gaceta Jurídica, 2016 (Lima : Impr. Edit. El Búho).
5 t. ; 18 cm

"Análisis y comentarios artículo por artículo. Concordancias. Jurisprudencia. Referencias bibliográficas".
Incluye bibliografías.

D.L. 2016-11492
ISBN 978-612-311-372-8

1. Perú. Código procesal civil (1993) - Interpretación y aplicación
2. Derecho procesal civil - Perú - Interpretación y aplicación 3. Derecho procesal civil - Legislación - Perú I. Arce, Yuliana II. Ariano Deho, Eugenia, 1962- III. Carbajal Carbajal, Marco IV. Cavani Brain, Renzo Ivo, 1986-, coordinador V. Título

BNP: 2016-371

CÓDIGO PROCESAL CIVIL COMENTADO

Por los mejores especialistas

Tomo II

© Gaceta Jurídica S.A.

© Sergio Casassa / Fabricio Castellano / Luis Castillo / Renzo Cavani / América Copa / Karina Díaz / Edward Dyer / Luis Ganoza / César Higa / David Ibarra / Roxana Jiménez / Marianella Ledesma / Luciano López / Helder Luján / Rolando Martel / Alexander Rioja / Miguel Rivera / A. Flavio Saavedra / Martín Siccha / Sara Taipe / Reynaldo Tantaleán / Ary Terrones / Manuel Valverde / Begonia Velásquez / Raffo Velásquez / Karla Vilela / Juan Wong / Roger Zavaleta

Edición al cuidado de: Manuel Muro Rojo y Miriam Tomaylla Rojas

Primera edición: Setiembre 2016

3100 ejemplares

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú

2016-11492

ISBN Obra completa: 978-612-311-372-8

ISBN Tomo II: 978-612-311-374-2

Registro de proyecto editorial

31501221600941

Prohibida su reproducción total o parcial

D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero

Diagramación de 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.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.

San Alberto N° 201, Surquillo

Lima - Perú

Setiembre 2016

AUTORES DE ESTE TOMO

(por orden de aparición)

1. Martín Siccha Rodríguez

Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Asesor judicial en la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

2. Miguel Ángel Rivera Gamboa

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Maestría en Docencia Universitaria por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial, y de Doctorado en la UNMSM. Con estudios de especialización en Derecho Mercantil por la Escuela Judicial de España. Juez superior de la Corte Superior de Justicia de Lima.

3. Renzo Cavani

Profesor en la Maestría con mención en Derecho Procesal y en el Programa de Segunda Especialidad de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL) y en la Academia de la Magistratura (AMAG). Doctorando en el Programa Doctorat en Dret, Economia i Empresa de la Universitat de Girona (UdG). Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Abogado por la Universidad de Lima (UL). Miembro del Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) y de la Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Asociado en la Firma Javier Valle-Riestra Abogados.

4. Karla Vilela Carbajal

Abogada por la Universidad de Piura (UDEP). Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Docente ordinaria asociada de la UDEP en pregrado y posgrado. Presidenta de la Comisión Regional del Indecopi - Piura en materias de protección al consumidor, publicidad, competencia desleal y barreras burocráticas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP).

5. A. Flavio Saavedra Dioses

Abogado por la Universidad de Piura (UDEP). Exbecario del Programa Futuros Docentes de la misma casa de estudios. Ex defensor público adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Fiscal adjunto provincial titular de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Sullana. Egresado de la Maestría en Derecho Público de la UDEP y profesor contratado en la misma casa de estudios en el área de Derecho Público.

6. Luis Manuel Castillo Luna

Abogado por la Universidad Andina del Cusco (UAC). Magíster en Derecho Civil por la Universidad Católica Santa María (UCSM). Doctor en Derecho por la UAC. Profesor de la Escuela de Posgrado de la UAC y de la Universidad Nacional San Antonio Abad de Cusco (UNSAAC). Profesor contratado de la Academia de la Magistratura (AMAG). Juez titular especializado de la Corte Superior de Justicia de Cusco.

7. Alexander Rioja Bermúdez

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP), y maestría y doctorando en la misma casa de estudios. Profesor en la Universidad Científica del Perú (UCP). Conciliador del Colegio de Abogados del Callao (CAC), árbitro de la Cámara Peruana de Arbitraje. Cuenta con diplomados en Derecho en Función Jurisdiccional, Derecho de la Propiedad Predial y Registro, así como en Derecho Procesal Civil. Magistrado del Primer Juzgado Civil de Maynas.

8. Rolando Martel Chang

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y doctor en Derecho por la USMP. Profesor de posgrado en la UNMSM y en la USMP. Profesor en la Academia de la Magistratura (AMAG). Juez superior de Lima.

9. Raffo Velásquez Meléndez

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Máster en Argomentazione Giuridica por la Universidad de Alicante, España, y Università degli Studi di Palermo, Italia. Especialización en Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca. Asociado del Estudio Grau Abogados.

10. César Higa Silva

Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Teoría de la Argumentación por la Universidad de Alicante. Profesor de la PUCP y de la Academia de la Magistratura (AMAG).

11. Luciano López Flores

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Candidato a doctor en Derecho en la PUCP. Profesor de las Maestrías en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la PUCP. Profesor de la Facultad de Derecho de la USMP. Socio principal del Estudio Javier Valle-Riestra Abogados.

12. Reynaldo Mario Tantaleán Odar

Abogado, magíster en Derecho Civil y Comercial, y Doctor por la Universidad Nacional de Cajamarca (UNC). Conciliador extrajudicial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y árbitro por la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación (APECC). Docente en la UNC, Universidad Privada del Norte (UPN) y Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel (UPAGU). Presidente de la Comisión Adscrita a la Oficina Regional del Indecopi - Cajamarca.

13. Sara Taipe Chávez

Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Estudios de posgrado en Administración de Justicia optado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la Maestría de Derecho Civil con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ingresó a trabajar al Poder Judicial en el año 1981, experiencia como juez de primer y segundo grado por más de trece años. Fue miembro del Estudio Monroy Abogados (2002-2012). Consejera del Estudio Miranda & Amado Abogados desde 2012.

14. Karina Díaz Mori

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional, especialidad en gestión y política judicial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Con estudios concluidos de Maestría en Derecho Civil y Comercial, y doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV). Fiscal adjunta superior civil titular del Distrito Fiscal de La Libertad.

15. Ary H. Terrones Mélendez

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo (UNT). Especialista legal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (enero 2001 - enero del 2007). Juez de paz letrado suplente del Distrito Judicial de La Libertad (febrero 2007 - diciembre 2011). Juez supernumerario del Juzgado Mixto del Distrito Judicial de La Libertad (enero 2012 - diciembre 2013). Juez supernumerario especializado en lo Civil del Distrito Judicial de La Libertad (enero 2014 - abril 2016). Juez titular del Juzgado Especializado en Civil de Chiclayo (junio 2016 a la fecha).

16. Marianella Ledesma Narváez

Abogada y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesora en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Universidad de Lima (UL), Universidad de Piura (UDEP), Universidad de San Martín de Porres (USMP) y Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Ex juez supernumerario en lo Civil de Lima. Actualmente se desempeña como magistrada del Tribunal Constitucional.

17. América Copa Silva

Abogada y magíster en Derecho Privado Empresarial por la Universidad de Piura (UDEP). Profesora en la Facultad de Ciencias Económicas Empresariales de la UDEP. Abogada contratada en el Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

18. Helder Luján Segura

Abogado por la universidad Nacional de Trujillo (UNT). Magíster con mención en Derecho Civil y Comercial, y doctor por la Universidad Nacional de Piura (UNP). Árbitro y conciliador acreditado ante el Ministerio de Justicia. Egresado del VII curso de Formación de aspirantes a la Magistratura. Egresado del 14° Programa de Capacitación para el Ascenso en la Magistratura. Exprofesor de la Escuela de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Piura. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad César Vallejo (UCV) - Piura.

19. David Ibarra Delgado

Abogado por la Universidad Privada Alas Peruanas (UAP). Especialista en Derecho Civil Patrimonial por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del Estudio Javier Valle-Riestra Abogados.

20. Juan Jesús Wong Abad

Abogado por la Universidad de Lima (UL), con estudios de maestría y doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV) - Sede Chíncha. Fiscal Adjunto Superior Civil y Familia de Chíncha - Ica.

21. Fabrizio Castellano Brunello

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha seguido cursos de posgrado en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Conciliador Extrajudicial. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

22. Edward Dyer Cruzado

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría en Filosofía del Derecho en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Becario del Master in Global Rule of Law & Constitutional Democracy de la Universidad de Génova, Italia. Asociado del Estudio Javier Valle-Riestra Abogados.

23. Luis Octavio Ganoza Álvarez

Investigador independiente, con formación en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV). Exasesor parlamentario (2006-2011), exdirector de Trámite y Estadística de Comisiones de la Cámara de Diputados y funcionario del Congreso de la República (1986-1996).

24. Sergio Natalino Casassa Casanova

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magíster con mención en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de posgrado en la PUCP. Profesor de pregrado en la Universidad Tecnológica del Perú (UTP) y en la USMP. Asociado al Estudio Martínez & Torres-Calderón Abogados.

25. Roger Zavaleta Rodríguez

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO). Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante, España. Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG) y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Profesor visitante de la Universidad Autónoma de Bucaramanga - Colombia en el año 2016. Profesor del curso de capacitación en Argumentación Jurídica para los magistrados y especialistas de la Corte Suprema, dictado en los años 2013 y 2015. Socio sénior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

26. Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Maestría culminada en Derecho Civil por la PUCP. Doctorando en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Lima (UL) y de Arbitraje en la Universidad ESAN. Ex jueza superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Árbitro en arbitrajes nacionales e internacionales. Miembro del Tribunal Disciplinario Policial del Ministerio del Interior. Consejera del Estudio Grau.

27. Begonia Velásquez Cuentas

Abogada y magíster en Derecho, con mención en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC). Jueza superior titular de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

28. Manuel Enrique Valverde Gonzales

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM, así como curso de Maestría en Magistratura por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Fue secretario de confianza en la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) del Poder Judicial, asesor integrante del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Poder Judicial, secretario general de la Corte Suprema de Justicia de la República, entre otros. También desempeñó el cargo de secretario técnico del Tribunal de Disciplina Policial del Ministerio del Interior y actualmente integra la Segunda Sala de Segunda Instancia del mencionado tribunal. Docente universitario desde el 2009 hasta la fecha.

TÍTULO IV

OFICIOS Y EXHORTOS

Artículo 148 | **Oficios a otros Poderes y a funcionarios públicos**

A los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él.

La comunicación entre jueces se hace también mediante oficios o por notificación electrónica de acuerdo a lo regulado en la Ley 30229 en lo pertinente, teniendo la misma validez. De realizarse la notificación electrónica, se deja constancia de tal hecho en el expediente, anexándose el reporte que acredite la recepción de la comunicación, fecha que se considerará para el cómputo de los plazos a que hubiere lugar. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. III, 141, 149, 150, 152, 159, 563; L.O.P.J. arts. 156, 185 inc. 4.

Martín Siccha Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

Resulta claro, y de esto ha de partirse, que la regulación de los actos de comunicación entre jueces y entre estos y las entidades públicas y/o privadas debe someterse a las reglas y principios que rigen la actividad procesal civil en general; así se deduce de la ubicación del articulado pertinente, esto es, sobre *oficios* y *exhortos* dentro de la *Sección sobre actividad procesal* en general (Título IV: Sección Tercera del CPC). En este sentido, de dicha normativa se extrae no solo el decurso procedimental de los mismos, sino que la misma nos informa también sobre la naturaleza jurídica de ellos en tanto *actos de comunicación procesal*.

En ese mismo sentido, también resulta relevante el hecho de que el legislador haya decidido separar en dos diversos *títulos* los actos de comunicación entre *oficios* y *exhortos* (para la comunicación *entre órganos jurisdiccionales de distinta dependencia territorial entre sí, y entre órganos jurisdiccionales y entidades*

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

públicas o privadas, respectivamente), por un lado, y *notificaciones judiciales* (para la comunicación *entre los partícipes del proceso*), por el otro. Esta separación, no obstante, no es trascendental ya que ambas especies, tanto oficios (y exhortos) como notificaciones, forman parte, como dijimos, de la categoría general de *actos de comunicación procesal*.

Esta es la disposición *bipartita* que se ha elegido para nuestro ordenamiento procesal civil, *distinción que nace de la diversidad de los destinatarios de ambas formas de comunicación*, sin que esta diferencia pueda ocultar la misma premisa según el cual, *para requerir algo de alguien, dicho requerimiento debe serle comunicado (notificado) previamente*. Podemos concluir, *prima facie*, que la forma más adecuada de encarar el análisis de las reglas que rigen la emisión, notificación y diligenciamiento de oficios y exhortos es considerándolos como *actos de comunicación*.

2. LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

Advirtamos que los actos de comunicación procesal son especies de la categoría general de actos procesales; en tal razón, observemos que los actos de comunicación procesal presentan elementos tanto subjetivos (*emisor y destinatario*) como objetivos (*lugar, tiempo y modo –o forma–*). Los primeros permiten clasificar los actos de comunicación procesal aquí estudiados (oficios y exhortos) *según el emisor* (jueces y/o secretario judicial) pero, sobre todo, permiten clasificarlos, más útilmente, *según el destinatario* de los mismos: o bien otros jueces y entidades de Derecho Público o Privado, por un lado, o bien personas particulares (generalmente partícipes del proceso: partes, terceros con interés, órganos de auxilio judicial, etc.), por el otro. Como se adelantó, los primeros se denominan exhortos y oficios y, los segundos, notificaciones (en sentido estricto), citaciones, emplazamientos, requerimientos, etc.

De otro lado, resulta útil atender también a los elementos objetivos de los actos de comunicación procesal; estos son: *lugar, tiempo y forma*. El *lugar* es el espacio geográfico en el que se tiene por realizado el acto de comunicación, generalmente, el *lugar* de los actos procesales es el local del juzgado (salvo los casos de *inspección judicial* u otras diligencias que deben realizarse necesariamente fuera de él); sin embargo, el lugar de los *actos de comunicación*, por su especial naturaleza, no se encuentra en el recinto judicial (lugar en el cual se emitió el acto), sino en el domicilio al que fue dirigida dicha comunicación, y esto por cuanto *dicho acto procesal recién cumple su finalidad al ser debidamente diligenciado y puesto en conocimiento (o en posibilidades de conocerse)* por el destinatario (domicilio real o legal –procesal, fiscal, etc.–). Cabe aquí señalar también que la recepción del oficio o exhorto debidamente diligenciado (sin importar si hubo ulterior

respuesta) inmediatamente generará un grado de certeza en el órgano judicial para poder considerar como válidas las posteriores notificaciones siempre que se dirijan a dicho domicilio, salvo variación debidamente informada. De otro lado, el *tiempo* en dichos actos procesales comprende dos cuestiones distintas: a) el *plazo en el que debe realizarse dicha comunicación*; y b) *los días y franja horaria de la semana en los que puede ser realizada*. Ahora bien, el *plazo* en el que estos actos deben realizarse varía según el tipo de acto del que se trate (cuya particular especificación rebasaría los límites del comentario a este artículo) bastando señalar que todos los actos de comunicación, pese a que en determinados casos no cuentan con plazo legalmente establecido para su realización, sí deben efectuarse rápidamente en atención al principio de *celeridad procesal*. Finalmente, el segundo punto, esto es, los días y las horas en los que puede realizarse dicho acto de comunicación depende también del tipo de acto del que se trate; sin embargo, le resultan plenamente aplicables las reglas generales sobre el tiempo en los actos procesales detalladas en el artículo 141 y ss. del Código adjetivo.

En cuanto a la *forma* (externa) de los actos de comunicación procesal, estos adoptan generalmente la forma de un soporte físico (p. ej. oficios o cédulas), electrónica (correo electrónico) y otros (radiodifusión, edictos, etc.).

3. LA COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE OFICIOS

El tema que ahora nos ocupa trata acerca de la comunicación procesal a través de oficios; se entiende, al respecto, que el acto de *oficiar* consiste en:

“Comunicar o notificar una resolución, decisión, providencia u otro asunto de modo oficial, por escrito y con la firma de la autoridad competente. Es también el acto del órgano jurisdiccional consistente en dirigir oficios a otra autoridad o funcionario de jerarquía, formulándole un pedido concreto o poniéndolo al tanto de un hecho o acto”.

Como señala el propio texto de la norma, los oficios son medios de comunicación procesal dirigidos a funcionarios públicos (pero también a representantes de entes privados, aunque no se diga) que no sean parte del proceso, así a otros jueces, siendo su finalidad la de *comunicar* una resolución, decisión o providencia, *hacer un pedido* u *ordenar algo* a otra autoridad, de modo oficial y por escrito.

Dentro de las categorías que anteriormente estuvimos mencionando, los *oficios* son formas de comunicación procesal por los cuales se pone en conocimiento de un determinado destinatario (jueces, funcionarios públicos o representantes de entidades privadas que no forman parte del proceso, pero también –como lo señala el artículo 149 del CPC– a miembros de embajadas o consulados peruanos en el exterior) una petición, mandato o decisión dispuesta así por resolución

judicial (p. ej. *el mandato de prohibición de ausentarse del país* señalado en el art. 563 del CPC, *in fine*, entre otros); el *lugar* en el que esta forma de comunicación surte sus efectos es el *lugar en el que le es entregada a su destinatario*, y aquí se diversifican los supuestos: para el caso de los oficios a otros jueces el lugar de destino es el local del juzgado o sala, para el caso de los funcionarios públicos se entiende notificados por lo general en la sede institucional del órgano u organismo al cual se encuentren adscritos, e igualmente tratándose de comunicaciones a entidades privadas. El *tiempo* en el que se realizan estos actos procesales (distinto del plazo para la ejecución de la actuación material objeto del mandato o petición) se determina en razón del plazo que, sin sujetarse a un lapso de tiempo expresamente establecido, se ha fijado para la remisión de cédulas de notificación a la central de notificaciones (art. 159 del CPC); asimismo, también se deben realizar dentro de días y horas hábiles como regla común para todos los actos procesales.

4. LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

La Ley N° 30293 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28/12/2014 con una *vacatio legis* de treinta días) ha traído, entre sus muchas e importantísimas novedades, la modificación del dispositivo legal *in comento*. En el (segundo) párrafo modificado agrega a la remisión del oficio por facsímil, la posibilidad de que la comunicación entre jueces (no se dice nada si esta modalidad de comunicación vale para la remisión de oficios a otros funcionarios, por lo cual se debe considerar como aplicable solo a la comunicación entre jueces) se haga mediante notificación electrónica según las normas establecidas en la Ley N° 30229. Estas modificaciones tienden a agilizar la comunicación entre órganos jurisdiccionales a través de la *remisión electrónica del oficio*, de cuyo reporte (el mismo que señalará el momento de “lectura” del correo) se debe dejar constancia en el expediente a fin de que contabilizar el plazo que se haya señalado (el que inicia, en todo caso, al día siguiente de producida dicha recepción y cuya actuación debe realizarse dentro del término de cinco días); esto, conforme al criterio según el cual el momento en el que se debe tener por perfeccionado el acto de comunicación es aquel en el que el oficio es puesto dentro del ámbito de conocimiento del destinatario (aun cuando este, en los hechos, no haya recibido el oficio de primera mano). También es pertinente precisar que en estos casos es aplicable la Ley N° 27269 en cuanto a la firma electrónica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 149**Trámite y certificación del oficio**

El oficio se remitirá por facsímil oficial u otro medio. El secretario respectivo agregará al expediente el original del oficio y certificará la fecha de remisión.

Cuando el trámite no se realice a través de facsímil, el auxiliar entregará el original al interesado dejando copia de este en el expediente, con certificación de su fecha de entrega.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53 inc. 1, 148, 150.

Martín Siccha Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del párrafo agregado mediante Ley N° 30293 al artículo 148 del CPC, atendiendo a la materia que regula, creemos debería estar regulado en este dispositivo legal; evidentemente, en este artículo se precisa el trámite legal que corresponde al envío y certificación de la entrega del oficio, lugar en el que debería incluirse también el trámite de los oficios entre jueces. La inexactitud reside en que, si bien este artículo se intitula “trámite y certificación del oficio”, tratándose de la comunicación vía notificación electrónica entre jueces, el legislador ha dispuesto regular esta especie de forma especial de comunicación en el artículo anterior.

Como resultado, tenemos la regulación del trámite y certificación de los actos de comunicación procesales (oficios y notificación electrónica) innecesariamente repartidos en dos dispositivos legales; así, por un lado, está el artículo 148 del CPC que no solo determina la finalidad del oficio como acto de comunicación procesal frente a sus destinatarios, funcionarios y jueces (a lo que se limitaba su versión original), sino que, como producto de la reciente modificación legislativa, también reglamenta el trámite y certificación de la novedosa comunicación electrónica entre jueces, cuando esta materia debería estar normalmente regulada en el presente dispositivo legal (tanto más cuando la comunicación electrónica parece ser la opción a la que paulatinamente se busca uniformizar los actos de comunicación), el mismo que señala el trámite y certificación de envío de la comunicación por oficio para todos los demás casos (funcionarios públicos o representantes de entidades privadas que no forman parte del proceso, miembros de embajadas o consulados peruanos en el exterior).

2. DILIGENCIAMIENTO DEL OFICIO A CARGO DEL SECRETARIO JUDICIAL

Dicho lo anterior, corresponde ahora detallar la regulación del “trámite y certificación del envío (de oficios) a domicilio”. Lo que establece la parte primera de la norma es la *forma* por la cual se remite el oficio, el cual es básicamente el facsímil oficial (que no es otra cosa que la reproducción, con sello y firma institucional del juzgador, respecto del documento original que se emite); aunque se permite la adopción de otras formas (aunque la norma no precisa cuáles son) que puedan dejar constancia de su remisión.

Es precisamente este aspecto del acto (complejo) de comunicación procesal el que es materia de reglamentación en la siguiente proposición del dispositivo legal; se señala ahí que la primera de las dos opciones posibles para el diligenciamiento del oficio es aquella por la que el secretario respectivo agrega al expediente el original del oficio certificando únicamente la fecha de la remisión (entendiéndose que los otros medios por los cuales se remite el oficio deben contar con una constancia que igualmente se adjuntará al expediente), esto para el control del plazo en el que deben remitirse los oficios, el cual es dentro del mismo día de emitida la resolución a la que corresponden, así como para desligar responsabilidad (de carácter doble: administrativa, respecto de su condición de trabajador del Poder Judicial, y civil, frente a las partes procesales perjudicadas con la demora u omisión de la tramitación) por el diligenciamiento del oficio una vez este sale del ámbito de control de la respectiva secretaría.

3. DILIGENCIAMIENTO DEL OFICIO A CARGO DE UN INTERESADO

La segunda vía para tramitar el oficio consiste en entregar, en forma personal, el facsímil para su diligenciamiento a través de un “interesado”, quien puede ser, por ejemplo, una de las partes del proceso, así como el abogado o representante de estas o de los destinatarios. Esta persona se hace cargo del debido diligenciamiento del oficio original, para lo cual el secretario realiza la entrega del mismo en el local del juzgado y certificando en su copia del oficio la fecha, hora y los datos de la recepción por parte del interesado para su diligenciamiento.

Debemos percatarnos de que en este punto se ha optado por el diligenciamiento del oficio a cargo una de las partes procesales que, sin embargo, no se encuentra obligado a tal acto; mas, se acepta su participación por razones de economía procesal, en la espera de que siendo él el principal interesado en la pronta remisión del oficio, realizará el diligenciamiento en forma pronta y eficiente. Ahora bien, creemos que el interesado, quien diligencia el oficio, se encuentra obligado

a indemnizar a los perjudicados por la tardanza o la omisión total en el diligenciamiento del oficio, este derecho no nace de una relación contractual, sino de una obligación procesal (semejante a la obligación del secretario frente a las partes procesales respecto al diligenciamiento eficaz del oficio); más bien, debemos partir de la consideración de que, al recibir el oficio y certificar dicha recepción con su firma, el interesado asume voluntariamente la obligación procesal de realizar dicho diligenciamiento *en forma oportuna y eficaz*. Por otro lado, siendo que esta *obligación* jurídica procesal (como toda obligación) genera, como contraparte, una *pretensión* de exigir su cumplimiento a favor de las partes procesales, el cumplimiento deficiente o total de dicho diligenciamiento también se encuentra sujeto a *apremios* que permitan constreñirle a observar su función; en tal sentido, estas consecuencias desfavorables no pueden ser otras que los apercibimientos señalados en el artículo 53.1 del CPC (*astreintes*), en tanto medidas tendientes a compulsar al interesado a satisfacer una obligación de hacer determinada.

Se ha observado, finalmente, que en el supuesto de entrega del oficio para su diligenciamiento por un interesado no se ha previsto plazo legal; consideramos que esta situación no excluye la posibilidad alguna de controlar el cumplimiento de la obligación de tramitar el oficio; esto, por cuanto debemos considerar que la conducta adecuada del interesado debe observar un mínimo de diligencia en su actuar, para lo cual el juzgador *debe otorgarle* un plazo perentorio al interesado, bajo apercibimiento de los apremios correspondientes.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 150 | **Oficios al exterior**

Los jueces se dirigen a los funcionarios públicos extranjeros y a los miembros de embajadas o consulados peruanos en el exterior, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y conforme a las disposiciones de los convenios internacionales y de la ley.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 148, 149.

Martín Siccha Rodríguez

Existen casos en los cuales los oficios se deben cursar a funcionarios que no se encuentran dentro del ámbito de jurisdicción nacional (que se limita al territorio nacional, como lo precisa el art. 1 del CPC), sino fuera de él. En estos casos, el juzgador se vale del Ministerio de Relaciones Exteriores, órgano que, por facultad expresa otorgada por el presente dispositivo legal, entre sus funciones tiene la de remitir estos oficios a los funcionarios destinatarios.

Un ejemplar del oficio, igualmente que en los casos anteriormente señalados, debe anexarse en el expediente del que forma parte; mientras que otro ejemplar del mismo se enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de que sea diligenciado a los funcionarios extranjeros o a los miembros de embajadas y consulados peruanos en el extranjero.

Debemos tener en cuenta que, dentro del régimen de actos de comunicación del juez del proceso hacia los funcionarios públicos extranjeros (la ley aquí no distingue entre si estos funcionarios deben encontrarse en el extranjero o pueden encontrarse transitoriamente en nuestro país, por lo que corresponderá aplicar este artículo en cualquiera de ambos casos), o hacia los miembros del consulado o embajadas peruanas en el extranjero, la norma de mayor jerarquía es el tratado internacional que regule los actos de comunicación procesal entre los jueces de nuestro país con el otro Estado parte. En tanto estos tratados tienen la misma jerarquía normativa que la Constitución, de colisionar con alguna de las reglas previstas en el CPC o en la LOPJ, deberá preferirse la aplicación de dichos instrumentos normativos internacionales.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 151 | Exhortos

Cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto. El juez exhortado tiene atribución para aplicar, de oficio, los apremios que permite este Código.

El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios.

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. V párr. 1, 7, 14, 141, 151 a 154, 157, 162, 164, 219, 432, 839;
C.D.I.P. arts. 388, 391, 392, 393; L.O.P.J. arts. 156 a 168.*

Martín Siccha Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

Las autoridades jurisdiccionales necesitan apoyarse mutuamente a fin de lograr su finalidad de administrar justicia en los plazos y términos que señale la ley. A este fin, se reglamentan, entre otros, los actos de comunicación del órgano judicial con otros órganos judiciales o con entidades públicas, que son los actos de cooperación jurisdiccional o de colaboración y que pueden consistir en el exhorto o el oficio.

Como se dijo anteriormente, los oficios son aquellos actos de comunicación procesal que sirven para la solicitud de un informe o la realización de una determinación judicial por parte de un funcionario público o representante de un ente privado. Los exhortos, en cambio, sirven para la comunicación entre jueces.

No debemos confundir el acto de comunicación con el documento que lo contiene; así, el primero (exhorto) se produce por una declaración de voluntad del juzgador que se sustenta en una determinada decisión mental. El acto, como se ha dicho con claridad, precede al documento: lo que queda en el expediente es el documento; el acto es su antecedente (lógico) necesario.

El exhorto, como su mismo nombre lo indica, es un pedido (*mandato* –cuando se comunique a jueces de inferior jerarquía–, o *rogación* –tratándose de jueces de igual jerarquía–) que se hace a otro juez (o cónsul, en su caso) para que preste auxilio en las diligencias que sean necesarias.

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXHORTOS ENTRE JUECES DEL TERRITORIO NACIONAL

La reglamentación del exhorto se encuentra tanto en el CPC (arts. 151 a 154) como en el TUO de la LOPJ (arts. 156 a 168). Empezaremos por definir a esta forma de comunicación procesal: se dice en el artículo *in comento* que se trata de un acto de comunicación procesal por el cual se encarga a un juez de otra competencia territorial el cumplimiento de una actuación judicial que necesite realizarse en dicho espacio geográfico y que no pueda practicar personalmente el juez del proceso; la LOPJ precisa que los exhortos no podrán ser dirigidos a jueces de la misma localidad (distrito judicial), es decir, que las actuaciones judiciales que deban realizarse en la localidad del juez del proceso no podrán ser comisionadas a otros.

El exhorto se emplea siempre que un determinado órgano judicial requiera la colaboración de otro para la realización de una determinada actuación procesal, el cual, en virtud del principio de cooperación judicial, deberá prestarla obligatoriamente. Es un acto procesal que solo puede ser emitido por los jueces (en oposición a actos efectuados por auxiliares judiciales como, p. ej. la suscripción de oficios en determinados casos), siendo que la posterior tramitación a cargo del auxiliar es solo un acto complementario al mismo. En tal sentido, un *elemento estructural* del exhorto es la declaración de voluntad del juez que conoce el proceso; de otro lado, tenemos los elementos *formales* del exhorto: aquellos que tratan acerca del *tiempo*, *lugar* y *formalidad* del exhorto.

El *tiempo* en el que puede ser evacuado se sujeta a las reglas generales de los actos procesales (días y horas hábiles, art. 141 del CPC); el exhorto debe cumplirse por el juez comisionado sin exceder a los cinco días hábiles contados a partir del día siguiente de recibida la comisión. En caso de incumplimiento de lo comisionado en el plazo previsto, creemos que el obligado solo puede exonerarse de responsabilidad (civil o funcional) en casos de *caso fortuito* o *fuerza mayor* debidamente acreditada. Finalmente, cabe señalar que el juez comisionado se encuentra obligado a devolver el exhorto tres días después de (satisfactoriamente) efectuada la diligencia (art. 157 de la LOPJ); la norma ha dejado este plazo de tres días, entendemos, a fin de darle el tiempo necesario para que las personas sujetas a la diligencia comisionada puedan someter al juez comisionado las incidencias de la actuación encargada; tras lo cual, vencido este plazo, el juez comisionado devolverá el exhorto debidamente diligenciado al juez del proceso, dando por terminada su función.

En cuanto al *lugar* de dicho acto procesal, este es el despacho judicial desde donde se remite el exhorto, ya sea que se envíe por conducto regular o se entregue directamente al interesado para el diligenciamiento a su cargo hasta que sea recibida por el juez o sala comisionada.

La *forma* que adopta el exhorto, en tanto acto de comunicación procesal, es la del facsímil oficial suscrita por el juzgador (o la sala respectiva) y se diligencia a través del correo certificado, registrando el secretario cursor el libramiento del exhorto así como la recepción del mismo el secretario que recibe el mismo. Aquí nos limitaremos a señalar algunos puntos que no se detallan en el Código adjetivo; primero, que en cuanto a los exhortos (a diferencia de los oficios) la norma permite expresamente que sean diligenciados por el interesado, quien asume la obligación de diligenciarlo en el término de la distancia, bajo responsabilidad penal (art. 164 de la LOPJ). Asimismo, hemos de considerar que la norma también permite abandonar la forma del facsímil oficial por correo certificado y adoptar la diligencia por vía de telegrama, telégrafo, u otro medio (p. ej. correo electrónico), cuando la remisión del mismo sea urgente; entendiéndose dicha urgencia en un sentido objetivo, es decir, que no responde únicamente al parecer subjetivo del interesado (quien asume el costo del envío en estos casos), sino que responde únicamente a la salvaguarda de bienes e intereses de mayor valor (art. 165 de la LOPJ).

3. DILIGENCIAMIENTO DEL EXHORTO AL EXTRANJERO. FUNCIONES DEL CÓNSUL

En cuanto al *diligenciamiento* del exhorto al extranjero, el CPC señala muy poco, limitándose a precisar que “[e]l exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios”; un poco más detallada es la LOPJ al prescribir:

“(…) se envía exhorto legalizado, utilizando el conducto establecido en el respectivo Tratado, y a falta de este por el Ministerio de Relaciones Exteriores (...) Cuando los exhortos se libren a Cónsules y Agentes Diplomáticos del Perú en el extranjero, se remiten por conducto de Relaciones Exteriores”.

Sin embargo, el Reglamento Consular (D.S. N° 076-2005-RE, modificado mediante D.S. N° 091-2011-RE) precisa en su artículo 524, como regla general, que el diligenciamiento del exhorto se hará conforme a los acuerdos (tratados internacionales) vigentes con el Estado receptor o, en todo caso, de forma concordante con sus reglamentos y leyes aplicándose, en cuanto no se oponga a dichas normas, las reglas previstas en la ley nacional.

Los exhortos son recibidos y devueltos a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, inclusive en los casos en los que no haya sido posible la realización de la diligencia (en este último caso exponiendo las causas de dicha imposibilidad), siendo entregada la cédula y los anexos del exhorto al destinatario permitiéndose la utilización del periódico y otros medios solo con expresa autorización del juez del proceso.

Por lo demás, se siguen reglas semejantes a las de nuestro CPC: en caso de notificaciones se entrega la cédula al receptor dejando constancia en acta, indicando lugar, fecha, hora, nombre y documento de identidad de la persona que reciba la notificación; si se notifica en lugar fuera de la ciudad sede de la oficina consular se emplea el correo; tratándose de absolución de pliego de posiciones o declaraciones (u otra diligencia que requiera la presencia personal del notificado), se cita a este a la oficina consular, ante cuya tercera inasistencia se deja constancia de la misma y se tiene por frustrada la diligencia devolviéndose el exhorto.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La empresa demandada no fue notificada debidamente con el emplazamiento de la demanda por tener domicilio en la ciudad de Panamá, y no la consignada en el acta de conciliación objeto de ejecución, motivo por el cual se expidió la resolución que declaró la nulidad de todo lo actuado desde fojas noventa, en virtud de la cual el juzgador ordenó sobrecartar la demanda y librar exhorto a la ciudad de Panamá el cual no se ha verificado, como lo reconoce el propio impugnante en el presente recurso, en tal virtud, es obvio, que la resolución recurrida no infringe el artículo 343 del Código Adjetivo, desde que al no haberse notificado con la demanda no se requería de la conformidad del demandado (*Cas. N° 5098-2006-Lima*).

Si el exhorto señala que efectúe la notificación en dos direcciones; y la misma solo se diligenció en una dirección de ellas, no se cumple con la debida actuación de lo que se ordenaba con el exhorto, infringiéndose los artículos 151 y 153 del Código Procesal Civil (*Cas. N° 1652-2003-Lima*).

El emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado se hará por exhorto; en este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias. Si bien el CPC no regula la forma en que debe computarse el plazo para los términos de la distancia, esto es, si son días hábiles o calendario, debe entenderse en aplicación del inc. 1 del artículo 183 del CC, como días calendario (*Exp. N° 385-7-1997-Lima*).

Artículo 152 | **Contenido del exhorto**

El exhorto contiene el escrito en que se solicita, la resolución que lo ordena, las piezas necesarias para la actuación judicial y el oficio respectivo.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 148, 149, 151, 153, 154; L.O.P.J. arts. 158, 159.

Martín Siccha Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos expuesto en el comentario al artículo anterior, los exhortos son actos de comunicación procesal emitidos por el juez del proceso y dirigidos o bien a otros jueces de igual o inferior grado, a jueces extranjeros o bien a cónsules del Perú en el extranjero (quienes, en este caso, tienen las mismas atribuciones que el juez menos la *coertio*).

Como acto de comunicación procesal que se dirige a personas con quienes el juez no puede comunicarse en forma directa; el exhorto, generalmente, adopta la forma de un facsímil y se cursa a través de los mecanismos permitidos por ley; asimismo, va acompañado de otros anexos que se requieren para el fiel cumplimiento de la diligencia objeto de la comunicación.

2. CONTENIDO DEL EXHORTO

El exhorto, en tanto declaración de voluntad, requiere estar representado en un medio escrito el cual es, típicamente, el facsímil, el cual empieza de la forma señalada en el artículo 158 de la LOPJ (“a nombre de la Nación, la Corte o Juzgado de ... a la Corte o Juzgado de...”), exponiendo a continuación la causa o motivo del exhorto y, finalmente, el mandato o rogación para el diligenciamiento de la actuación judicial encargada.

Corresponde en este punto considerar el contenido normal del exhorto; el dispositivo legal comentado precisa que este viene plasmado en el escrito en el que se solicita, al cual se agrega copia certificada de la resolución que ordena la remisión de dicho exhorto, así como de las piezas necesarias para la actuación judicial encargada (que deben precisarse en la misma resolución) y el oficio respectivo.

Para los exhortos en el extranjero se deben adjuntar los mismos anexos, tal y como lo precisa el artículo 526 del Reglamento Consular (D.S. N° 076-2005-RE, modificado mediante D.S. N° 091-2011-RE).

Finalmente, cabe precisar que los exhortos son autorizados por el juez o sala remitente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 153 | **Trámite del exhorto**

Los exhortos se tramitan y devuelven a través del facsímil oficial. Los documentos originales se mantienen en posesión de cada juez, formando parte del expediente en un caso y agregándose al archivo del juez exhortado en el otro.

Cuando el uso del facsímil no sea posible, los originales son tramitados por correo oficial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 151 a 154; L.O.P.J. arts. 157, 164 a 168.

Martín Siccha Rodríguez

1. INTRODUCCIÓN

Los exhortos son actos de comunicación procesal emitidos por el juez del proceso y dirigidos bien a otros jueces peruanos de igual o inferior grado, a jueces extranjeros o bien a cónsules del Perú en el extranjero.

El trámite que sigue el exhorto ha sido reseñado en el artículo bajo comentario, así como explicitado en el artículo 157 y ss. de la LOPJ, articulado que intentará ser explicado en orden didáctico tal y como sigue.

2. ENVÍO DEL EXHORTO

Una vez emitida la resolución que ordena remitir el exhorto, el juzgador genera el respectivo escrito que contiene dicha comunicación, así como el oficio para el órgano receptor, indicándose en la misma resolución todo esto así como las piezas judiciales que sean necesarias para la actuación de la comisión. El secretario respectivo lo remite por correo certificado (aquí, el art. 153 del CPC señala que el uso del correo se hará en caso de inexistencia de facsímil) adjuntando un ejemplar del exhorto al expediente, anotando la fecha y enviando al juez comisionado el ejemplar correspondiente así como las copias certificadas de los documentos anexados necesarios para la actuación (arts. 164 y 165 de la LOPJ).

La LOPJ precisa aquí (como se dijo ya anteriormente), que la remisión (y la devolución) del exhorto pueden ser realizadas por el “interesado” (parte, abogado o apoderado), quien asume la obligación de tramitar el exhorto al juez correspondiente dentro del término de la distancia, generando el incumplimiento responsabilidad penal, pero estimamos que también civil, aunque la norma no lo precise expresamente. En el caso de que el envío del exhorto sea urgente, el juez (a

través del secretario) puede autorizar a emplear medios más céleres (el art. 167 de la LOPJ señala, entre ellos, el telégrafo, cable, radiograma, facsímil u otro medio análogo), cuyo costo lo asumiría el interesado.

Tratándose de exhortos a juez extranjero o cónsul peruano en el exterior, no se hace por correo; el artículo 168 de la LOPJ establece que la vía por la cual se envía el exhorto es la fijada en el tratado que existiese con el respectivo país de recepción y, en su ausencia, se envía a través del Ministerio de Relaciones Exteriores. En esta regulación ya hay una supeditación de la norma procesal de Derecho Procesal nacional a la norma internacional de Derecho Procesal; sin embargo, el artículo 524 del Reglamento Consular (D.S. N° 076-2005-RE, modificado mediante D.S. N° 091-2011-RE) es mucho más enfático precisando que “los funcionarios consulares podrán realizar dichas diligencias [exhortos solo] si los acuerdos vigentes con el Estado receptor no las prohíbe y, a falta de acuerdo, proceder de manera compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor”. Por lo demás, el trámite que se le da al diligenciamiento del exhorto al extranjero en la LOPJ es semejante al trámite señalado para los exhortos a jueces nacionales, como ya se mencionó anteriormente en el comentario al artículo 151.

3. RECEPCIÓN Y DILIGENCIAMIENTO DEL EXHORTO

Al recibir el exhorto, el secretario respectivo generará una constancia de dicha recepción para su archivamiento en el Libro de Exhortos con el que se cuente (art. 166 de la LOPJ); el juzgador emite la resolución primera que corresponda al diligenciamiento del exhorto, en la cual tendrá por recibido el mismo y ordenará el cumplimiento de lo solicitado (u ordenado) apegándose al tenor de lo solicitado, salvo causal de impedimento o incidencia que la vuelva inejecutable debidamente acreditadas.

La actuación del juez exhortado, como se dijo, se ceñirá lo más estrictamente posible al tenor de lo señalado por el juez emisor en el exhorto, para cuyo fin se encuentra facultado a ordenar todas las medidas conducentes al cumplimiento de la comisión, dictando de oficio las providencias y los apremios que sean necesarios (en este punto, los cónsules peruanos no gozan de la facultad de dictar ni efectivizar apremios, aunque sí de las demás propias del juez). Esta facultad (potestad) no proviene de una competencia originaria (fijada al momento que se instaura la demanda y que, como regla general, es indelegable) que la tiene siempre el juez de la causa, sino de una delegación de la misma (esto es, una excepción en los casos de comisión de ciertas diligencias a jueces de distinta competencia territorial).

El juzgador, una vez recibido el exhorto, tiene un plazo perentorio para el cumplimiento del mismo (cinco días), vencido el cual devolverá el exhorto al juzgador dando por cumplido el encargo o, en su caso, determinando la causal de inejecución.

Siempre que suceda alguna incidencia en el diligenciamiento del exhorto, el juez comisionado cuenta con las facultades y potestades suficientes para resolver aquellas (siempre que se traten de aspectos de notificación o devolución de la cédula); a su vez, las partes interesadas pueden fijar domicilio y otorgar poder por acta a fin de resolver las cuestiones suscitadas en el trámite de estas incidencias (art. 162 de la LOPJ).

Finalmente, el juez que se encuentre impedido para tramitar el exhorto (por alguna de las causales establecidas en la ley) no devolverá el exhorto al juez comitente sino que, en su lugar, remite nuevamente el exhorto hacia el juez que corresponda, dando informe inmediato al juez del proceso (comitente) sobre el impedimento y la denominación del juzgado que lo reemplaza.

El artículo 157 de la LOPJ precisa que la devolución se hará tres días después de cumplida la diligencia.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el exhorto señala que efectúe la notificación en dos direcciones; y la misma solo se diligenció en una dirección de ellas, no se cumple con la debida actuación de lo que se ordenaba con el exhorto, infringiéndose los artículos 151 y 153 del Código Procesal Civil (*Cas. N° 1652-2003-Lima*).

Artículo 154 | **Intervención de las partes**

Las partes o sus abogados pueden intervenir en las actuaciones materia del exhorto, señalando para el efecto el domicilio correspondiente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 151, 162; L.O.P.J. arts. 162, 164.

Martín Siccha Rodríguez

El presente dispositivo menciona la facultad que tienen los litigantes y sus abogados patrocinadores de poder realizar actuaciones de diverso tipo con el fin de que la notificación del mismo se lleve a buen término y dentro del plazo más corto. Aunque no se explicitan cuáles son las actuaciones materia de exhorto a las que se refiere en el texto, podemos advertir que en la ejecución del acto material dispuesto en el exhorto pueden presentarse diversos supuestos que retarden el cumplimiento célere y eficaz de lo ordenado o rogado, y a veces resulta determinante que el órgano jurisdiccional exhortado cuente con el apoyo de las partes interesadas a fin de que se concrete el acto procesal que es materia del exhorto. Siendo así, toda vez que las partes o sus abogados solo pueden intervenir, entre las diversas etapas del *iter procesal*, solo en la de *ejecución* del exhorto (ya que la *emisión* del mismo solo puede efectuarla el juez y la *notificación* al juez exhortado si bien puede hacerla el interesado, se hace por lo general a través del conducto regular), se entiende que la finalidad de la facultad prevista en el presente artículo es la de no frustrar el cumplimiento de lo exhortado.

A fin de que el magistrado que va a realizar el exhorto pueda llevar a cabo la diligencia encomendada, y toda vez que se encuentra investido de todas las facultades para lograr tal cometido, puede permitir la intervención (dentro de lo permitido) de las partes o de sus abogados, para lo cual la norma procesal exige únicamente se fije un domicilio legal dentro de su radio de competencia.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; DIVISIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE GACETA JURÍDICA (2014): *El Código Procesal Civil explicado en su doctrina y jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

TÍTULO V

NOTIFICACIONES

Artículo 155

Objeto de la notificación

El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El juez, en decisión motivada, puede ordenar que se notifique a persona ajena al proceso.

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 103, 122, 146, 157 a 172, 356, 430, 459, 506, 589, 792, 832, 833; C. de P.P. art. 305; C.T. arts. 104 a 108; C.P. Const. art. 9; L.P.A.G. arts. 18, 19, 20; L.O.P.J. arts. 259, 264, 266; R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN

La notificación es un acto procesal no contenido en resolución, de allí que de ordinario no concita mayor atención al estudiarse la normativa del CPC, pues tácitamente se le asume como una categoría inferior acaso irrelevante; sin embargo, la práctica forense demuestra lo contrario, pues los abogados litigantes conocen muy bien las implicancias prácticas que en el decurso y resultado de un proceso puede tener su omisión o diligenciamiento defectuoso, sobre todo en un ordenamiento caracterizado por la perentoriedad y rigidez de los plazos procesales, conforme al artículo 146 del CPC.

Asimismo, los operadores de justicia saben con certeza que, en gran medida, la demora en la tramitación de las causas judiciales se explica por el diligenciamiento de las notificaciones, pues usualmente la devolución de los cargos respectivos condicionan el siguiente acto procesal y con ello el progreso del trámite, amén que los requisitos y formalidades de tal diligenciamiento se convierten en epicentro de nulidades y apelaciones que dilatan los procesos. De allí que la notificación ostente verdadera relevancia, no solo en los términos prácticos anotados sino además —como se verá más adelante— por su íntima vinculación con el contradictorio y el derecho de defensa que tipifican el debido proceso.

Cabe recordar la noción del proceso como “el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las apersonas privadas o públicas, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción” (DEVIS ECHANDÍA, 1997: p. 155). Tal aproximación conceptual nos revela de suyo evidente el carácter relacional e instrumental del proceso, en virtud de lo cual no reviste mayor dificultad advertir que este supone la existencia de varios sujetos que interactúan entre sí, en una dinámica regulada de sucesivos actos regidos por formalidades, requisitos, plazos, etc.; y que toda esa actividad se orienta a la eficacia del ordenamiento jurídico, “en el sentido de permitir que los derechos o intereses materiales inciertos o discutidos –con contenido jurídico social– sean reconocidos o cumplidos, respectivamente” (MONROY GÁLVEZ, 2011: p. 365); de lo cual se derivan los principios que, orientados a la realización de dicho fin valioso, responden a un arquetipo: el debido proceso, con base en lo cual definen la estructura y desenvolvimiento del proceso en general.

Entre tales principios son de singular importancia para el tema que nos ocupa los de bilateralidad o contradictorio y de igualdad procesal. El primero informa que la parte debe estar en condiciones de poder ejercer la defensa de su derecho con sujeción a las formalidades legales; el segundo, supone la *paridad* de condiciones de las partes de tal manera que una no se encuentre en situación de inferioridad jurídica respecto de la otra, de modo que –en *igualdad de circunstancias*– no deba concederse a uno lo que se niega a otro.

2. LA COMUNICACIÓN PROCESAL

Pero no debe perderse de vista que el proceso, más allá de la sofisticación de los conceptos aportados por el Derecho Procesal, no es sino una específica forma de gestión y resolución de conflictos humanos, que se caracteriza por la remisión de las partes parciales a la decisión de un tercero, juzgador imparcial, que resolverá con arreglo a derecho sobre la base de las posiciones que aquellas le expongan. En ese sentido, el proceso judicial es esencialmente dialéctico y supone la existencia de pretensiones contradictorias de cuya fundabilidad las partes buscan persuadir al órgano de resolución, mientras que este ha de elevarse por encima de tales afanes y, desde su otredad, determinar cuál es la verdad real a fin de decidir en consecuencia.

Evidentemente, esa lógica adversarial y dialéctica impone la necesidad de reconocer en el proceso un continuo comunicacional, pues es solo a través de la comunicación recíproca entre los diversos sujetos que se puede desarrollar el

debate. Dado que las partes realizan ciertos actos procesales y el juzgador, otros, cuyo conjunto constituye el proceso, es indispensable que tales actos sean conocidos por todos los sujetos intervinientes, por tanto la comunicación es un componente esencial de todo proceso judicial, pues sin ella no existe proceso como tal o, al menos, no uno que satisfaga el estándar del debido proceso, pues ¿cómo defenderse de lo que no se tiene conocimiento? ¿Cómo cumplir las obligaciones o cargas procesales de las que no se ha sido informado?

Esa comunicación procesal puede ser inmediata o mediata. La primera se produce cuando el proceso se rige por el principio de inmediatez y prima la oralidad del procedimiento, lo que permite que los actos procesales sean de conocimiento directo al mismo tiempo en que se producen, por lo que no se necesita un acto procesal específicamente destinado a proveer dicho conocimiento. Tal es el caso, por ejemplo, de las resoluciones expedidas en el curso de la audiencia única del proceso sumarísimo, según se desprende del segundo párrafo del artículo 556 del CPC. Por el contrario, la comunicación mediata se presenta cuando no tiene lugar la presencia física de las partes, por imperar la escrituralidad del procedimiento, y se hace por tanto necesario que los actos producidos por una parte sean puestos en formal conocimiento de la otra a través de un acto procesal específico: la notificación. De allí lo expresado en el artículo en comento: “El acto de la notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales”.

3. COMUNICACIÓN PROCESAL Y DEBIDO PROCESO

Así entendida la notificación procesal es clara su trascendencia en orden al respeto del debido proceso, pues la ausencia o defecto de la comunicación de los actos procesales repercute directamente en el ejercicio del derecho de defensa, habida cuenta que no puede imponérsele a la parte obligada las consecuencias jurídicas del incumplimiento de sus obligaciones o cargas procesales, si no ha tenido cabal conocimiento de aquello que le era exigible. Así se desprende de la jurisprudencia del TC que sanciona el impedimento injustificado de poder argumentar a favor de los derechos e intereses legítimos por vicios de notificación, como afectación del derecho de defensa:

“Al respecto, en la STC Exp. N° 5871-2005-PA/TC este Tribunal ha sostenido que el derecho de defensa ‘(...) se proyecta (...) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de un tercero con interés (...). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a

todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan. 4. Las exigencias que se derivan del significado constitucional del derecho de defensa no se satisfacen con la posibilidad de que in abstracto las partes puedan formalmente hacer ejercicio de los recursos previstos en la ley, sino también con la garantía de que puedan interponerlos de manera oportuna. Por ello, el artículo 155 del CPC dispone, en su segundo párrafo, que ‘Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código (...)’; de modo que la falta de notificación es considerada un vicio que trae aparejada la nulidad de los actos procesales, salvo que haya operado la aquiescencia” (STC Exp. N° 00748-2012-PA/TC).

4. LA NOTIFICACIÓN

Notificar proviene etimológicamente, de *notum facere*, y significa “hacer conocido, poner en conocimiento o hacer conocer”, esto es, equivale a comunicar, que en su sentido obvio significa “descubrir, manifestar, hacer saber a uno alguna cosa”. De allí que se afirme: “La notificación, es pues, un acto de comunicación. Ese es su fin: el de transmisión” (VÉSCOVI, 1999: p. 243). Dicha notificación es en verdad un acto procesal cuyo reconocimiento como tal no encuentra óbice en que dicho acto sea material y no esté plasmado en una resolución, ya que nuestro ordenamiento jurídico admite dicha posibilidad como se desprende de la norma del artículo 356 del CPC. En tal orden de ideas, puede definirse la *notificación* como el formal acto procesal destinado a poner en conocimiento de las partes o terceros en un proceso, una resolución dictada en el mismo, a partir de cuya actuación tal resolución surte eficacia, como dispone el segundo párrafo del artículo en comento. De esta noción de notificación se desprenden determinados requisitos en orden a los sujetos, al objeto y a la actividad *per se*.

En cuanto a los sujetos, se aprecia el sujeto activo, que es en forma *mediata* el juzgador, pues es este de quien proviene la comunicación, cuya notificación se encuentra formalmente bajo responsabilidad del secretario de juzgado (o de sala), conforme a los artículos 259 inciso 12, 264 inciso 4 y 266 inciso 8 de la LOPJ, sustituido nominalmente en la práctica por el “especialista legal” surgido del modelo de corporativización impuesto durante de la experiencia de reforma judicial de la década de los noventa. Y en forma *inmediata*, el sujeto activo es el funcionario judicial que realiza la actividad material de la notificación como tal, es decir, quien la diligencia o efectúa. Este último de ordinario debiera ser el

personal (notificador) de la secretaría de juzgado o de sala que bajo el control y responsabilidad del secretario se encargaba de la entrega de las notificaciones, pero que actualmente se limita a la elaboración de las notificaciones cuya entrega sin embargo está a cargo de una organización administrativa del Poder Judicial a la que se le ha asignado la prestación del servicio de notificaciones a nivel nacional: el Sernot (Servicio de Notificaciones). Esto tratándose de la notificación convencional por cédula, lo cual cambia sustancialmente tratándose de otras modalidades, como se verá más adelante.

El sujeto pasivo de la notificación es el destinatario de la misma, pudiendo ser una persona natural o jurídica, cuya condición procesal normalmente será la de parte; sin embargo, en el proceso pueden existir también sujetos que sin ser parte propiamente, ostentan algún interés que legitima su presencia procesal y les confiere derecho a ser comunicados de determinados actos procesales (por ejemplo, el ocupante de un inmueble objeto de una ejecución de garantía hipotecaria debe ser notificado con la demanda, *ex artículo 720 del CPC*), e incluso puede haber terceros absolutos a quienes debe, también, notificárseles determinados actos (por ejemplo, al tercero a quien se le deniega el apersonamiento, deberá notificársele de tal denegatoria). Es así que el artículo 155 del CPC refiere en general a los destinatarios del acto de comunicación como *interesados* y no como *partes*; incluso, expresamente prevé que el juez puede disponer motivadamente la notificación a una persona ajena al proceso, es decir, a un tercero absoluto.

Ahora bien, eventualmente podrá concurrir un sujeto pasivo material (denominado en doctrina *mediador de la notificación*), que es aquel con quien se entiende el acto de notificación, pero que en puridad no es su destinatario y por ende esta le es ineficaz. Así, por ejemplo, aquel que recibe la cédula bajo la fórmula del artículo 161 del CPC.

En cuanto al objeto o función de la notificación, conforme reza el artículo 155 del CPC, es el poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. La notificación es en puridad un formal acto de comunicación, el medio a través del cual se pone en conocimiento el acto procesal (resolución) emanado del órgano de juzgamiento, que puede corresponder a previos actos de las partes o puede también ser oficioso. Dicha comunicación, sin embargo, no puede ser confundida con el efecto que surte el acto del cual se pone en conocimiento al destinatario, lo cual sucede usualmente cuando se considera equivalentes los conceptos de “notificación”, “citación”, “emplazamiento” y “requerimiento”, que ciertamente son ontológica y funcionalmente diferentes.

Así, por ejemplo, (GUASP, 1943: p. 706) en referencia al otrora ordenamiento procesal español diferencia dichos conceptos señalando:

“Acto de comunicación, en sentido estricto, es solamente el que atiende a poner en conocimiento de alguien un dato determinado; en este sentido nos encontramos tan solo en este punto con la notificación: la notificación es, en efecto, el único y verdadero acto exclusivo de comunicación a particulares (...) Cuando se quiere imponer o invitar a un particular a realizar una determinada conducta, más que de acto de comunicación debe hablarse de acto de intimación; ahora bien, como para realizar dicha imposición o intimación es preciso dar a conocer antes al destinatario la conducta que se le pide, el acto de intimación va unido a un acto de comunicación en sentido estricto, y el derecho positivo engloba el conjunto dentro de la categoría de estos últimos actos, creando una figura de actos de comunicación impuros o mixtos, que pueden todavía subdistinguirse según el tipo de conducta que imponen o invitan a realizar: si se trata de imponer o invitar a una comparecencia ante la presencia judicial, puede ocurrir que dicha comparecencia ante la presencia judicial haya de realizarse en un momento determinado (término) o en un lapso de tiempo (plazo): en el primer caso de trata de una citación; en el segundo, de un emplazamiento; si se trata de imponer o invitar a otra conducta cualquiera distinta de la comparecencia, nos hallamos ante un requerimiento”.

Así, *citación, emplazamiento y requerimiento* son, en realidad, actos de intimación, esto es, actos que —expresados formalmente en resolución— traducen el poder coercitivo procesal del órgano jurisdiccional, en virtud del cual se intima a la parte o sujeto parcial, o a un tercero, a que asuma una determinada y correspondiente conducta, para cuya eficacia y exigibilidad se requiere del conocimiento del sujeto, que es procurado mediante la notificación. De lo que se colige que en tanto el sujeto no haya sido notificado, no tendrá legalmente la calidad de citado, emplazado ni requerido, ni por tanto, tendrá que soportar consecuencia jurídica alguna por su acción u omisión procesal. Por tanto, en orden lógico puede afirmarse que el acto de intimación (citación, emplazamiento o requerimiento) es un supuesto del acto de comunicación (notificación) y este, a su vez, es un supuesto del cumplimiento del acto de intimación, que es un acto procesal distinto de ambos supuestos (CAMIRUAGA, 1991: p. 19). Esto se traduce normativamente en lo previsto en el artículo en comento, según lo cual *las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código, salvo los casos expresamente exceptuados*.

Tal diferencia conceptual debe tenerse presente, por ejemplo, para entender a cabalidad normas como las de los artículos 431 a 437 del CPC, que regulan el *emplazamiento con la demanda*, y de modo específico la forma respectiva de *notificación*, esto es, de comunicación de tal emplazamiento y los efectos de un eventual “emplazamiento defectuoso” (léase “notificación” defectuosa); o la norma del artículo 103 que refiere al emplazamiento del denunciado civilmente “con las formalidades establecidas para la notificación de la demanda”; asimismo, el artículo 690, segundo párrafo del CPC, que refiere a la *notificación* al tercero;

el artículo 720, último párrafo del CPC, que refiere a *notificación* con la demanda que en verdad parece referir a un *emplazamiento*, lo que, sin embargo, no puede predicarse del poseedor distinto al deudor respecto de quien se trata más bien de una simple comunicación que posibilitará más adelante el *requerimiento* a que se refiere el artículo 739 inciso 3 del CPC, segundo párrafo.

Ahora bien, del artículo 155 del CPC se desprende con claridad que la eficacia de las resoluciones judiciales se encuentra condicionada a su conocimiento por el interesado, sin embargo, la misma norma reza *salvo los casos expresamente exceptuados*, por lo que dicha regla admite excepciones previstas por la ley. Pero ¿cuáles son estas? Al respecto, de una revisión del ordenamiento procesal civil se advierte, no sin dificultades y sin pretensión de *numerus clausus*, los siguientes supuestos de excepción:

a) *La notificación ficta*

El ordenamiento procesal preveía originalmente en el artículo 156 del CPC, la denominada “notificación por nota” de los decretos, que generó descontento generalizado entre litigantes y abogados por la incertidumbre que producía en el conocimiento de los actos procesales y las dificultades prácticas que acarrearaba, por lo que esta modalidad fue derogada por la Ley N° 27524 del año 2001; y si bien posteriormente la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (Ceriajus) propuso la restitución con modificaciones de esta modalidad de notificación, tal propuesta no prosperó. No obstante, con la nueva modalidad de la notificación electrónica regulada por la Ley N° 30229, se ha dado lugar a una modalidad excepcional de notificación tácita prevista en el segundo párrafo del artículo 155-F de la LOPJ, relativa a la notificación de los medios probatorios no pasibles de digitalización que deben ser recogidos por el interesado en el local del juzgado o sala, en dos días, y “vencido dicho plazo, con o sin su recojo, la notificación del acto procesal se entiende perfeccionada”.

b) *Medidas cautelares y de incautación*

De otro lado, en la normativa vigente podemos encontrar algunos casos en que la ley admite la eficacia de actos procesales emitidos *inaudita pars* y sin conocimiento del interesado, como en el caso de las medidas cautelares y las órdenes de incautación al amparo de la Ley de la Garantía Mobiliaria N° 28677. En estos casos es claro que la decisión judicial surte efectos jurídicos en la esfera de derechos del afectado con la medida cautelar o de incautación, antes de haberle sido puesta en conocimiento; esto es, antes de notificársele la resolución respectiva. Esto era más nítido tratándose de la medida cautelar, antes de la modificación del artículo 637 del CPC, por la Ley N° 29384, pues era práctica uniforme que en tanto que no se ejecutaba la medida, no se notificaba la resolución cautelar al

afectado y no se admitía a este ningún medio de defensa, incluso si manifestare conocimiento de la misma; actualmente, con la modificación aludida, el afectado con la medida puede formular oposición *dentro de un plazo de cinco días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar*, siendo aún discutido si esto alude al acto formal de notificación o si tal conocimiento puede darse de otra forma (por ejemplo, con vista al asiento registral de una medida de inscripción, lectura del título archivado, etc.).

Es obvio que normalmente el conocimiento de la resolución cautelar no puede provenir sino de la notificación, mas si el interesado manifiesta tener conocimiento de la resolución que aún no le fue notificada, corresponde al imperativo de su propio interés decidir si tal conocimiento le es suficiente para aventurar un medio de defensa que podría no prosperar al formularse prematuramente con base en un conocimiento defectuoso, parcial o insuficiente del acto procesal impugnado, mas no corresponde al órgano jurisdiccional vedar o diferir esa defensa que el interesado formule, hasta después de la notificación formal del acto cuestionado.

c) *Notificaciones al rebelde*

Otro caso de eficacia de acto procesal no supeditada a su notificación lo encontramos en la norma del artículo 459 del CPC, que consagra la notificación tácita al rebelde de aquellas resoluciones diferentes a la declaración de rebeldía, saneamiento, citación a audiencia, citación para sentencia, la sentencia y la de requerimiento de la misma. Aquellas resoluciones “se tendrán por notificadas el mismo día que lo fueron a la otra parte” reza el artículo referido, lo que implica que surten plenos efectos para el rebelde, aun cuando no se produjo un acto formal de notificación, esto es, sin comunicación no conocimiento real de su contenido.

El supuesto esencial de toda notificación es la existencia previa de una resolución judicial que debe ser comunicada, sin lo cual no puede haber notificación alguna o, en todo caso, esta carecería de sentido dada la naturaleza funcional de la notificación como acto destinado a comunicar. Es así que de ordinario se afirma que notificación es “el acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial” (CABANELLAS, 1996: p. 243), lo que era acogido en nuestro país por el maestro ALZAMORA VALDEZ (s/a: p. 231), quien denominaba notificaciones a “los actos del juez o del tribunal destinados a hacer saber en forma legal a las partes o a terceros una resolución”. Sin embargo, ello no impide reconocer a la notificación la calidad de acto procesal autónomo, independiente de su contenido, pues la notificación se refiere al cómo del conocimiento, y no al qué del mismo, lo que explica la antes acotada diferencia de la *notificación* y los *actos de intimación*.

En orden a asegurar dicho conocimiento del acto comunicado es que se reviste a la notificación de determinados requisitos y formalidades. Esto implica dos cosas: la primera, que la notificación sea un acto esencialmente formal (“las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a lo dispuesto en este Código”); y la segunda, que esa formalidad está influida por el tipo de acto procesal que se comunica.

En efecto, dada la trascendencia de la comunicación procesal, la ley establece para la notificación formalidades estimadas necesarias para asegurar que dicho acto cumpla su cometido: poner en conocimiento a aquello que se busca comunicar. Pero tales formalidades obedecerán a determinadas especificidades de aquello que se comunica, por lo que puede afirmarse que “la formalidad de la notificación es determinada por la función de dar a conocer, mientras que las formas de la misma consisten en lo que se da a conocer en cada caso en particular. Sobre estas formas influye también la posición procesal del sujeto pasivo de la notificación” (CAMIRUAGA, 1991: p. 29). De allí que la ley contemple diversas modalidades de notificación, en orden a lo que se va a comunicar o a quién se va a comunicar.

Así, por ejemplo, el artículo 161 del CPC se refiere a la notificación a persona distinta del interesado, el artículo 162 del CPC regula la notificación a persona fuera de competencia territorial; el artículo 163 del CPC regula la notificación por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio, no aplicable, sin embargo, para la notificación del emplazamiento con la demanda o de la reconvenición, la citación para absolver posiciones y la sentencia; los artículos 165 y 166 del CPC se refieren a la notificación edictal para personas inciertas, de domicilio ignorado o partes plurisubjetivas; el artículo 431 del CPC prevé la notificación por cédula, para el emplazamiento del demandado dentro de la competencia territorial; el artículo 432 del CPC se refiere a la notificación mediante exhorto para el emplazamiento del demandado domiciliado fuera de competencia territorial; el artículo 433 del CPC regula la notificación mediante exhorto consular para el emplazamiento fuera del país; el artículo 435 del CPC prevé la notificación edictal para el emplazamiento de personas inciertas o desconocidas; el artículo 436 del CPC regula la notificación; el artículo 506 del CPC norma la notificación de la demanda de título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación o delimitación de áreas o linderos, para el caso de predios rústicos; el artículo 658 del CPC se refiere a la notificación al retenedor con la orden de embargo en forma de retención; entre otros.

Los requisitos legales pueden estar especialmente referidos a la forma, el lugar o tiempo de la notificación, cuyas variantes determinan las diversas modalidades de notificación previstas en nuestro ordenamiento procesal: notificación por cédula, con aviso, por comisión, por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio, por edictos, por radiodifusión, que serán abordadas al comentar el articulado correspondiente.

Es menester precisar, sin embargo, que las formalidades del acto de notificación son por definición de carácter imperativo, a la luz de la norma IX del Título Preliminar del CPC, por lo que de ordinario no puede prescindirse de ellas sino bajo sanción de nulidad, sin perjuicio de la eventual pertinencia del principio de convalidación previsto en el artículo 172 del CPC.

Es, precisamente, de dicho carácter formal e imperativo de la notificación que otros ordenamientos procesales contienen normas que expresamente disponen que la validez y eficacia de este acto procesal opera *per se*, independientemente de cualquier acto de voluntad del destinatario. Así, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil chileno dispone como principio general que “para la validez de la notificación no se requiere el consentimiento del notificado”, sino que tal validez deriva del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos por ley. La razón de esto es evidente, pues en atención a la finalidad de la notificación no puede esta estar sujeta o condicionada al consentimiento del destinatario, quien podría, en tal caso, por su negativa a ser notificado impedir el establecimiento de la relación procesal y entorpecer el proceso. En complemento con ello, el mismo Código dispone en su artículo 57 que “las diligencias de notificación que se estampen en los procesos no contendrán declaración alguna del notificado, salvo que la resolución ordene o, por su naturaleza, requiera esa declaración”. En el mismo sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil española establecía en su artículo 276 inciso 1) que “en las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admitirá ni consignará declaración alguna del interesado”.

Al respecto, si bien la ley nacional no contempla normas como las glosadas, tal silencio no impide acoger la misma regla, que deriva de la propia naturaleza de la notificación como acto procesal autónomo y de formalidades y requisitos imperativos, de cuyo cumplimiento y diligenciamiento se deja constancia oficial por el funcionario judicial designado para tal efecto, cuya declaración goza por tanto de presunción de validez que no puede ser enervada por la sola anotación o declaración que consigne el destinatario.

Como es usual en la doctrina jurídica, los autores proponen diversas clasificaciones de la notificación, entre las cuales resaltan aquellas que las dividen en notificaciones expresas y tácitas (RODRÍGUEZ, 1987: p. 223) y en personales, por conducta concluyente, por aviso, por edictos y en estrados (DEVIS ECHANDÍA, 1997). La notificación expresa requiere un acto formal de comunicación, (entrega de cédula, publicación de edicto, etc.) mientras que la tácita prescinde de dicho acto formal y se infiere de la conducta asumida por la parte; incluye esta última a la notificación ficta (por ejemplo, al rebelde *ex artículo* 459 del CPC). Las otras son modalidades de notificación según la forma que legalmente debe diligenciarse el acto de comunicación, según la norma procesal.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALZAMORA VALDEZ, Mario (s/a): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*, 8ª ed. Lima: Eddili; CABANELLAS, Guillermo (1996): *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*, 24ª ed. Buenos Aires: Heliasta; CAMIRUAGA, José Ramón (1991): *De las notificaciones*, 3ª ed. Santiago de Chile; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1997): *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, 3ª ed. revisada y corregida. Buenos Aires: Universidad; GUASP, Jaime (1943): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Madrid; MONROY GÁLVEZ, Juan (2011): "Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo". En: *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*. Jesús Córdova Schaefer (editor). Lima; RODRÍGUEZ, Luis (1987): *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Universidad; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. actualizada. Bogotá: Temis.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

MAURINO, Alberto Luis (1985): *Notificaciones procesales*. Buenos Aires: Astrea; MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto; BARONA VILAR, Silvia (2009): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, 17ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ROCCO, Ugo (1970): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo III. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma; SOSA, Toribio (2011): *Notificaciones procesales*, 2ª ed. Buenos Aires: La Ley.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Como fundamento de su recurso, la empresa recurrente denuncia: a) La infracción normativa procesal del artículo 155 del Código Procesal Civil, toda vez que la impugnada como la confirmada señalan que el momento de constituir el veinte por ciento (20 %) de socios es con el envío de una carta notarial con incertidumbre de identidades y no en el momento en que recibida la notificación del admisorio de demanda recién uno puede contradecirla, siendo ese el momento de sanear o no la *litis*, puesto que según dicho artículo las notificaciones tienen por objeto poner en conocimiento las resoluciones judiciales (*Cas. N° 3009-2013-Lima*).

Conforme aparece del aviso y cargo de notificación dirigido al ejecutado, el recurrente fue debidamente notificado con la copia de la demanda en el domicilio señalado, advirtiéndose que el notificador dejó constancia que se notificó en segunda visita y al no encontrar a nadie procedió a dejar la cédula de notificación bajo puerta. Por ende, no se advierte la vulneración al derecho de defensa y a la tutela jurisdiccional efectiva que señala el impugnante (*Cas. N° 544-2012-Lima*).

La circunstancia que el banco demandante haya sido sometido al régimen de intervención, por resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros, no importa la constitución de una persona jurídica distinta de la demandante, por lo que la notificación con la sentencia practicada al banco demandante, surte sus efectos. Si el banco demandante en modo alguno ha formulado observación a dicha notificación, ella cumple su objeto, conforme al artículo 155 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 317-2002-Lima*).

Artículo 156 | **Notificación por nota (DEROGADO)**

En todas las instancias, las resoluciones judiciales, con excepción de las señaladas en el artículo 157, quedan notificadas en la secretaría correspondiente de la corte o del juzgado los días martes o jueves, o el día hábil siguiente si alguno de ellos fuera inhábil.

En los días de notificación se publicará de manera clara y visible en el local del juzgado y en la secretaría correspondiente, una relación firmada y sellada por el Secretario respectivo en la que se hará constar un listado numérico de los expedientes con resoluciones a notificarse en la fecha. Copia de este listado será entregado al juez el día hábil siguiente, quien dispondrá su archivamiento.

El acto de la notificación por nota puede ser realizado por la parte, su abogado, o la persona o personas que este haya designado por escrito presentado en el expediente, y se realiza mediante lectura de la resolución respectiva a la vista del expediente.

No se considera cumplida la notificación si el expediente no está en secretaría, siempre que el interesado concurrente deje constancia del hecho en el Libro de Asistencia a Notificaciones, indicando día y hora, nombre, firma e identificación del expediente. ()*

(*) Artículo derogado por el artículo 3 de la Ley N° 27524 del 06/10/2001.

Artículo 157**La notificación de las resoluciones judiciales**

La notificación de las resoluciones judiciales, en todas las instancias, se realiza por vía electrónica a través de casillas electrónicas implementadas, de conformidad con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado con Decreto Supremo N° 017-93-JUS, con las excepciones allí establecidas. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 60, 103, 108, 121, 157 a 162, 171, 430, 459, 587, 816 inc. 2, 832; L.O.P.J. arts. 155-A a 155-L; L.P.T. art. 13; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN

El texto original de esta norma establecía que se notificaban por cédula las siguientes resoluciones: 1) la que contenía el traslado de la demanda, de la reconvencción y de sus contestaciones, si las hubieran; 2) la que contenía la admisión de un tercero con interés, de un sucesor procesal o de un sustituto procesal; 3) la que declaraba fundada una excepción o una defensa previa; 4) la que declaraba saneado el proceso; 5) la que contenía un juzgamiento anticipado del proceso; 6) la que citaba a alguna de las audiencias previstas en este Código; 7) la que contiene una declaración de suspensión o de conclusión del proceso; 8) la que contenía una sentencia o alguna forma especial de conclusión del proceso; 9) la que contenía una medida cautelar; 10) los autos y sentencias que expedían las salas de la Corte Suprema; y 11) otras resoluciones que el juez disponía motivadamente. Posteriormente, la Ley N° 26808 publicada el 15/06/1997, modificó dicho listado añadiendo la resolución que declaraba inadmisibles o improcedentes la demanda, y suprimiendo la que declaraba saneado el proceso.

Dicha regulación correspondía con el esquema de comunicación procesal asumido por el CPC, según el cual la regla era la notificación ficta bajo la modalidad de *notificación por nota*, otrora prevista en el artículo 156 del CPC, y la excepción era la notificación mediante cédula, tratándose de las resoluciones especificadas en este numeral 157 del CPC. Sin embargo, con la Ley N° 27524 desapareció la notificación por nota, y este artículo pasó a tener un texto que establecía la obligatoriedad de la notificación mediante cédula, “de todas las resoluciones,

(*) Texto según modificatoria efectuada por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley N° 30229 del 12/07/2014.

en todas las instancias, y aún en la Corte Suprema”, con lo cual se restableció el procedimiento tradicional de notificaciones que había imperado con el Código de Procedimientos Civiles de 1912.

2. EL ESQUEMA LEGAL VIGENTE DEL PROCEDIMIENTO DE COMUNICACIÓN PROCESAL

La anterior regulación de la notificación mediante cédula ha sido progresiva aunque radicalmente variada con la dación diversas normas, la última de las cuales es la Ley N° 30229 (Ley que adecúa el uso de las tecnologías de información y comunicaciones en el sistema de remates judiciales y en los servicios de notificaciones de las resoluciones, publicada el 12 de julio de 2014), que consagra legalmente, con carácter obligatorio general, la “notificación electrónica” detallada en los artículos 155-A a 155-L de la LOPJ, igualmente modificada por la precitada ley, a partir de lo cual el esquema del procedimiento de comunicación tiene como regla que la notificación se efectúa con modalidad electrónica y, por excepción, solo mediante cédula en los casos a que se refiere el artículo 155-E de la LOPJ. En consecuencia, por aplicación de la Ley N° 30229, las resoluciones expedidas en todas las instancias deben notificarse por vía electrónica, subsistiendo en forma residual, excepcional, la notificación por cédula tratándose del emplazamiento con la demanda, la declaración de rebeldía, la medida cautelar y la sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier momento.

Este nuevo esquema nace de la iniciativa legislativa del Poder Judicial, de incorporar en la gestión de los procesos judiciales las modernas tecnologías de la comunicación y las informaciones (TIC), y de aprovechar las ventajas que su empleo previsiblemente ha de acarrear, a saber, mayor rapidez, seguridad y economía en el procedimiento de comunicación procesal y, consecuentemente, mayor celeridad en la tramitación de los procesos, que es un aspecto de generalizado reclamo por los usuarios del servicio de justicia. Es así que en ejercicio de su facultad constitucional de iniciativa legislativa, el Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa N° 010-2010-SP-CS-PJ, aprobó someter a consideración del Congreso de la República, el que sería el Proyecto de Ley N° 1600/2012-PJ sobre Ley General de Notificaciones Electrónicas, que contó con opinión favorable y franco respaldo de la Presidencia del Consejo de Ministros y la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico e Informática, y con dictamen favorable de la Comisión de Justicia fue finalmente aprobado, con modificaciones, por el Congreso de la República.

Es de recalcar que este nuevo esquema legal de la notificación electrónica se inscribe no solo en la ruta de la modernidad institucional procurada por el Poder Judicial, sino además dentro de los lineamientos de gobierno electrónico, que

como política de Estado se orienta a proveer a los ciudadanos, servicios públicos haciendo uso de las TIC, con el propósito que los trámites sean eficientes, efectivos y oportunos.

Al respecto, recuérdese que el artículo 40 del Decreto Supremo establece que el ciudadano tiene derecho al acceso a los servicios públicos a través de medios electrónicos seguros para la realización de transacciones de gobierno electrónico con las entidades de la Administración Pública, como manifestación de su voluntad y en el marco de lo previsto en la Ley N° 27444. Es así que por Decreto Supremo N° 066-2011-PCM se aprobó el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - Agenda Digital Peruana 2.0.

3. ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

El primer antecedente normativo de la notificación electrónica aplicable en un proceso judicial lo encontramos en la modificación del artículo 163 del CPC, efectuado por la Ley N° 27419 publicada el 07/02/2011, que incorporó a las modalidades de notificación previstas por el texto original del citado artículo 163, el correo electrónico, con el siguiente texto:

“Artículo 163.- Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio.-

En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvencción, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción.

La notificación electrónica surte efectos desde el día siguiente que llega a la dirección electrónica.

Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas”.

Sin embargo, tal inicial incorporación de la notificación electrónica tenía un severo limitante: no era de carácter obligatorio sino que estaba sujeta a la petición de parte.

Esto fue superado parcialmente en el proceso contencioso administrativo, a partir de la dación del Decreto Legislativo N° 1067 que modificó –entre otros– el artículo 26 de la Ley N° 27854, que posteriormente quedó como artículo 29 del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-PCM, con el siguiente tenor:

“Artículo 29.- Notificación electrónica

Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectuarán mediante sistemas de comunicación electrónicos o telemáticos, tales como el correo electrónico, Internet u otro medio idóneo que permita confirmar fehacientemente su recepción, salvo cuando se trate de las siguientes resoluciones:

1. El traslado de la demanda, inadmisibilidad o improcedencia;
2. La citación a audiencia;
3. El auto que se pronuncia sobre el saneamiento procesal, fijación de puntos controvertidos, saneamiento probatorio y/o el juzgamiento anticipado;
4. Las sentencias, y;
5. Las otras resoluciones que el juez disponga motivadamente.

Las resoluciones mencionadas se notificarán mediante cédula.

Para efectos de la notificación electrónica, las partes deben consignar en la demanda o en su contestación una dirección electrónica, bajo apercibimiento de declararse la inadmisibilidad de actos postulatorios”.

Como puede advertirse, dicha disposición no refería que tal modalidad de notificación operase a pedido de parte, por lo que así entendido su carácter obligatorio –sin perjuicio de las excepciones previstas, se hacía necesaria la regulación de su implementación, por lo que con tal fin el Poder Judicial expidió la Resolución Administrativa N° 214-2008-CEPJ que aprobó el “Proyecto de implementación de la notificación electrónica en el Poder Judicial”, aplicable “en los órganos jurisdiccionales de las Cortes superiores de Justicia a nivel nacional que cuenten con el Servicio Integrado Judicial -SIJ”. Posteriormente, por Resolución Administrativa N° 336-2008 se aprobó la Directiva N° 015-2008-CE-PJ que estableció el Sistema de Notificaciones Electrónicas en el Poder Judicial. Luego por Resolución Administrativa N° 356-2009-CE-PJ, se dispuso que en los procesos contencioso administrativos, debía requerirse a los abogados, representantes del Ministerio Público y Procuradores Públicos, como requisito de admisibilidad de la demanda y contestación de demanda, el señalamiento de una casilla electrónica suministrada por el Poder Judicial; y de otro lado, se autorizaba a que en los procesos de conocimiento de los juzgados civiles de subespecialidad comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, las partes pudieran –facultativamente– señalar igualmente una casilla electrónica gratuita, con lo cual se habilitaba implícitamente a que en esta subespecialidad se pudiera realizar notificación electrónica a pedido de parte. Esto fue reiterado por Resolución Administrativa N° 08-2014-CED-CSJLI-PJ, pero sin mayor acogida por los litigantes, que no solicitaron esta nueva modalidad de notificación por lo que el número de notificaciones electrónicas producidas por los juzgados de la subespecialidad comercial fue ínfimo.

A su vez, la Ley N° 29497 - Ley Procesal de Trabajo, publicada el 15 de enero de 2010, estableció en su artículo 13:

“Artículo 13.- Notificaciones en los procesos laborales

Las notificaciones de las resoluciones que se dicten en el proceso se efectúan mediante sistemas de comunicación electrónicos u otro medio idóneo que permita confirmar fehacientemente su recepción, salvo cuando se trate de las resoluciones que contengan el traslado de la demanda, la admisión de un tercero con interés, una medida cautelar, la sentencia en los procesos diferentes al ordinario, abreviado y de impugnación de laudos arbitrales económicos. Las resoluciones mencionadas se notifican mediante cédula.

Para efectos de la notificación electrónica, las partes deben consignar en la demanda o en su contestación una dirección electrónica, bajo apercibimiento de declararse la inadmisibilidad de tales actos postulatorios.

La notificación electrónica surte efectos desde el día siguiente que llega a la dirección electrónica.

En las zonas de pobreza decretadas por los órganos de gobierno del Poder Judicial, así como en los procesos cuya cuantía no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP) las resoluciones son notificadas por cédula, salvo que se solicite la notificación electrónica. Las notificaciones por cédula fuera del distrito judicial son realizadas directamente a la sede judicial de destino.

Las resoluciones dictadas en la audiencia se entienden notificadas a las partes, en acto”.

Dicha norma tampoco precisa que la notificación electrónica sea facultativa, a pedido de las partes, con lo cual dentro del ordenamiento judicial se tenía dos especialidades jurisdiccionales (contencioso-administrativo y laboral) en los que dicha modalidad de comunicación procesal era obligatoria, lo que se ha generalizado a partir de la Ley N° 30229.

Sin embargo, tratándose de una innovación tecnológica no basta la sola modificación normativa, sino que la efectividad de esta se encuentra sujeta a su implementación mediante el desarrollo de los aplicativos informáticos, dotación de quipos necesarios, capacitación al personal jurisdiccional y difusión a los usuarios del servicio de justicia, lo que supone el despliegue de un esfuerzo institucional que debe ser programado meticulosamente. En esa línea, mediante la Resolución Administrativa N° 069-2015-CE-PJ se aprobó el proyecto de “Implementación del Sistema de Notificaciones electrónicas (Sinoe) en el ámbito nacional y en todas las especialidades”, que con un cronograma detallado apunta a que en diciembre de 2016 dicho sistema se encuentre implantado en la Corte Suprema de Justicia de la República y las 33 Cortes Superiores de

Justicia, cubriendo el 70 % de las notificaciones que producen los órganos jurisdiccionales a nivel nacional.

4. LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

El artículo 157 del CPC nos remite a la LOPJ, cuyo artículo 155-A, igualmente incorporado por la propia Ley N° 30229, define que la notificación electrónica es un medio alternativo a la notificación por cédula y se deriva a la casilla electrónica de manera obligatoria en todos los procesos contenciosos y no contenciosos tramitados ante los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial. De dicha definición legal pueden extraerse los siguientes elementos: la obligatoriedad general; la casilla electrónica; la firma digital y el procedimiento de notificación.

4.1. La obligatoriedad general de la notificación electrónica

A partir de la modificación de la LOPJ por la Ley N° 30229 que incorpora los artículos 155-A y ss., queda indubitablemente consagrado en el ordenamiento procesal la obligatoriedad con carácter general de la notificación por vía electrónica, aplicable en todos los procesos de conocimiento de los órganos jurisdiccionales de todas las especialidades e instancias del Poder Judicial, quedando superado así el carácter facultativo o parcial que hasta entonces ostentaba producto de su regulación por las normas específicas antes acotadas, y queda además estandarizado el procedimiento de comunicación en todo tipo de procesos, incluidos los laborales y contencioso administrativos. Sin embargo, dicha obligatoriedad general reconoce excepciones, esto es, supuestos específicos y restringidos en los que la notificación operará mediante cédula. Tales supuestos de excepción dependen del tipo de resolución y de proceso de que se trate en el caso concreto.

Así, el artículo 155-E de la LOPJ prevé que solo podrá notificarse mediante cédula, las siguientes resoluciones: 1. la que contenga el emplazamiento de la demanda, la declaración de rebeldía y la medida cautelar; y, 2. la sentencia o auto que pone fin al proceso en cualquier instancia.

Y el artículo 155-G de la LOPJ dispone que tampoco es obligatoria la notificación electrónica en aquellos procesos en que no se exige defensa cautiva, tales como en el proceso de alimentos, de hábeas corpus y proceso laboral, siempre que no se consigne abogado patrocinante, pues si pese a que la defensa no es cautiva, la parte actúa con defensa técnica de abogado, *ab initio* o desde una determinada etapa del proceso, entonces tendrá que señalar una casilla electrónica para la notificación respectiva. Incluso, si la parte no actúa patrocinado por abogado, pero señala una casilla electrónica, las notificaciones se efectuarán bajo esta modalidad;

e igualmente, si en el curso del proceso lo que reafirma el carácter restrictivo del tratamiento de excepción.

Finalmente, conforme al artículo 13 de la Ley N° 29497 - Ley Procesal del Trabajo, en su texto subsistente luego de la modificación efectuada por la Ley N° 30229, se efectuará por cédula y no por vía electrónica, en las zonas de pobreza declaradas por los órganos de gobierno del Poder Judicial, así como en los procesos cuya cuantía no supere las 70 URP, salvo que el interesado solicite la notificación electrónica.

4.2. La casilla electrónica

El diseño técnico recogido en la normativa acotada supone la comunicación desde el órgano jurisdiccional al destinatario por medios electrónicos, esto es, prescindiendo del soporte papel (ya no se empleará las famosas “cédulas de notificación”), sino mediante el envío del archivo digital de la resolución judicial que se notifica, así como de los documentos, escritos y anexos que la motiven y que hubieran sido presentados por las partes, órganos de auxilio judicial o terceros. Tales archivos se envían con un formato digital de notificación a una casilla electrónica equivalente a una dirección o correo electrónico del abogado de la parte, sea de oficio o no, del procurador público o fiscal; dicha casilla electrónica es de carácter institucional, esto es, será suministrada por el Poder Judicial en condiciones de gratuidad y de dominio exclusivo del titular, sin excepción alguna, según las disposiciones que a tal efecto emita el CEPJ conforme al artículo 155-D de la LOPJ.

Para ello, el artículo 155-B de la LOPJ precisa que en los escritos postulatorios que presenten las partes, los mismos que los terceros al apersonarse, deben consignar la casilla electrónica respectiva; para tal efecto, el artículo 155-L de la LOPJ precisa que cualquier disposición procesal que refiera al señalamiento de domicilio procesal, se entiende que debe consignarse además del domicilio procesal postal, el domicilio procesal electrónico constituido por la casilla electrónica. En ese sentido, la indicación de la casilla electrónica judicial constituye un requisito de admisibilidad del apersonamiento de la parte o tercero, asumiendo la misma calidad del requisito previsto en el artículo 424, inciso 2 del CPC, cuya omisión determinará la declaración de inadmisibilidad prevista con carácter general por el artículo 128 del CPC y de modo específico, tratándose de la demanda o contestación de demanda, por el artículo 426 inciso 1) concordante con el artículo 442, inciso 1 del CPC.

Cabe acotar que la obligatoriedad de consignar casilla electrónica judicial rige incluso para los recursos de casación, pues en la instancia suprema también

se efectuará la notificación por conducto electrónico, aun cuando se prevé que en tanto que la misma no sea implementada en la Corte Suprema, subsistirá la notificación por cédula, según el artículo 155-D de la LOPJ, lo cual, entonces, se encuentra sujeto al cronograma de implementación aprobado por la Resolución Administrativa N° 069-2015-CE-PJ.

4.3. La firma digital

Dado el carácter de comunicación procesal de la notificación electrónica, esta debe reunir una característica esencial para reconocerle validez y eficacia legal: la seguridad, tanto del origen de la notificación como de la información comunicada. Así, la notificación electrónica debe ser garantizar su carácter fidedigno, su confidencialidad, trazabilidad y no repudio, que imponen las normas de gobierno electrónico, esto es, de implementación de servicios públicos por medios electrónicos seguros. Es así que el artículo 155-A de la LOPJ precisa que la notificación electrónica debe contar con la firma digital a que se refiere la Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales, aprobada en mayo de 2000, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM y normativa conexa, que establecen la infraestructura oficial de la firma electrónica - IOFE.

La firma digital es definida por la Ley N° 27269 como “aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único; asociadas una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí, de tal forma que las personas que conocen la clave pública no puedan derivar de ella la clave privada”; sin embargo, en términos más inteligibles, puede decirse que consiste en un mecanismo *criptográfico* usualmente con base en algoritmos que permiten al receptor de un mensaje firmado digitalmente determinar la entidad originadora de dicho mensaje, y confirmar que el mensaje no ha sido alterado desde que fue firmado por el emisor; en tal sentido, la firma digital convierte a la notificación electrónica en una comunicación de autenticidad asegurada.

La firma digital es, por tanto, “una herramienta tecnológica que permite garantizar la autoría y la integridad de los documentos digitales, posibilitando que estos tengan una característica que era propia únicamente de los documentos en papel” (ÁLVAREZ, 2009: p. 31). A efectos de la notificación electrónica, el Sistema de Notificaciones Electrónicas (Sinoe), diseñado por el Poder Judicial, prevé que la firma digital identificará al individuo como funcionario judicial, es decir, al magistrado o personal jurisdiccional en específico que suscriba el documento digital. Para tal efecto se planteó el plan de asignación progresiva de los certificados digitales respectivos emitidos por el Reniec al personal judicial.

4.4. Procedimiento de notificación electrónica

El artículo 155-F de la LOPJ dispone que en el caso de los actos postulatorios el escrito y los medios probatorios que se acompañen deben presentarse en documentos físicos y, además, en soporte digital con indicación del formato de archivo autorizado por el Poder Judicial para su notificación respectiva. A su vez, la Directiva N° 015-2008-CE-PJ sobre notificaciones electrónicas regula el procedimiento operativo, que comprende: 1) la digitalización o escaneado de todos los documentos presentados por las partes, en la mesa de partes, para que puedan ser utilizados como anexos de la notificación electrónica; 2) sin perjuicio de ello, en el juzgado podrá efectuarse también dicha digitalización, con lo cual el asistente de notificaciones procederá a generar las cédulas de notificación en el Sistema Integrado Judicial, adjuntando los archivos correspondientes en formato PDF, remitiendo virtualmente las cédulas al secretario o especialista legal a cargo del proceso, a fin de que las suscriba digitalmente y las remita a la casilla electrónica judicial de las partes, luego de lo cual el sistema genera un cargo de notificación que deberá anexarse al expediente físico como constancia del acto de notificación.

Es característica esencial de la notificación por vía electrónica, que la comunicación es depositada en tiempo real en la casilla electrónica del destinatario, es decir, casi simultáneamente a su emisión, con microsegundos de intervalo.

La notificación así realizada surte efectos desde el segundo día siguiente en que se ingresa su notificación a la casilla electrónica, tal como lo dispone el artículo 155-C de la LOPJ.

Tratándose de medios probatorios ofrecidos o anexos presentados que no pudieran ser digitalizados (escaneados) y, por ende, no pudieran notificarse electrónicamente, el artículo 155-F de la LOPJ dispone que el juez ordenará que sean recogidos de la oficina del secretario judicial de sala o juzgado en un plazo no mayor de dos días. Vencido dicho plazo, con o sin su recojo, la notificación del acto procesal se entiende perfeccionada. Precisa, además, que solo las partes pueden recoger los recaudos, además de sus abogados y sus apoderados autorizados para dicho efecto. El secretario o especialista judicial debe certificar la firma y comprobar la identidad de quien suscribe la constancia de entrega bajo responsabilidad funcional.

Tratándose de un acto procesal, la notificación electrónica puede ser objeto de pedidos nulificantes por omisión de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad, fundamentando el vicio de que se trate, como lo dispone el artículo 155-H de la LOPJ, por ejemplo, si el archivo digital estuviera incompleto o averiado, y no pudiera accederse a su contenido, si la comunicación fuera trunca,

si la digitalización del archivo físico estuviera incompleta o defectuosa, etc. Sin embargo, tales nulidades se sujetarán a las normas que regula la nulidad procesal en general, conforme a los artículos 171 y siguientes del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ DUEÑAS, Pedro (2009): *Notificación electrónica en el Poder Judicial*. Arequipa: Adrus.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el caso de autos se constata que tanto en el cargo de notificación correspondiente al mandato de pago, como en el cargo de notificación correspondiente a la sentencia se ha omitido dejar constancia del nombre, firma e identificación del receptor o de su negativa a firmar; sin embargo, tales vicios no son sancionados con nulidad por la ley. Por consiguiente, obrando en ambos cargos de notificación el sello de recepción de la empresa apelante, y habiendo manifestado esta que no le han sido notificados “los actos procesales anteriores a la sentencia” se concluye que la ejecutada está afirmando, en forma inconsistente que a pesar de aparecer su sello de recepción en ambos cargos de notificación la primera vez no recibió la cédula pero sí la segunda (*Exp. N° 006-2005-Lima*).

La resolución que hace efectivos los apercibimientos en una prueba anticipada, debe ser notificada por cédula (...), por lo que habiéndose omitido en el presente caso dicha notificación, el recaudo acompañado para la acción ejecutiva adolece de nulidad, por haberse incumplido esta formalidad procesal (*Cas. N° 802-95-Lima*).

La resolución que resuelve motivadamente el rechazo de la demanda por inadmisibile tiene las características exactas de un auto y constituye la primera respuesta del órgano jurisdiccional al ejercicio del derecho de acción, por lo que debe procederse a su notificación por cédula (*Exp. N° 1272-1995-Lima*).

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC. La entrega de la cédula al interesado debe hacerse constar con la firma del encargado, señalando día y hora del acto (*Exp. N° 1191-1995-Lima*).

Artículo 158**Contenido y entrega de la cédula**

La forma de la cédula se sujeta al formato que fija el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

En los demás casos y considerando la progresiva aplicación de la notificación electrónica que determine en cada especialidad el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la cédula se entrega únicamente en la casilla física correspondiente del abogado patrocinante en la oficina de casillas judiciales del distrito judicial o del colegio de abogados respectivo. Para este efecto, el abogado patrocinante, debe contar con la respectiva casilla.

Esta disposición no rige para los casos en los que no se requiera defensa cautiva o el litigante se apersona al proceso sin abogado. ()*

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 37; C.P.C. arts. 136, 155, 158 a 161, 168, 424, 459; L.O.P.J. arts. 155-A a 155-L; L.P.T. art. 13; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN

El texto consignado obedece a la modificación efectuada por la Ley N° 30293, publicada el 28/12/2014, dictada con la finalidad de “promover la modernidad y celeridad procesal”. En esa línea, y sobre la base de la obligatoriedad de la notificación electrónica previamente dispuesta por la Ley N° 30229, la norma referida aborda de manera diferente el contenido y entrega de la cédula de notificación, aplicable para aquellos casos en que esta debe notificarse en soporte papel y no digital, mediante la forma convencional. A tal efecto, debe tenerse presente los supuestos de excepción a la obligatoriedad de la notificación electrónica referidos en el comentario al artículo 157 del CPC, que se desprenden de los artículos 155-E y 155-G de la LOPJ, así como el artículo 13 de la Ley N° 29497 - Ley Procesal del Trabajo.

2. LA NOTIFICACIÓN FÍSICA MEDIANTE CÉDULA

Antes de tal modificación, la notificación por cédula se efectuaba mediante su remisión y entrega por el órgano de auxilio judicial o por el encargado de la

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

oficina respectiva (entiéndase: Sernot), en el domicilio real o legal, o el procesal señalado en autos, de lo cual se dejaba constancia con el nombre, firma e identificación del receptor. Esto suponía que el Poder Judicial debía hacer llegar las comunicaciones procesales al lugar que para tal efecto pudiera señalar libremente el interesado; con la nueva norma la notificación por cédula se efectúa únicamente en la casilla física que el abogado patrocinante tenga en la oficina de casillas judiciales proporcionadas por el Poder Judicial en cada distrito judicial, o en el colegio de abogados respectivo, lo cual significa que ahora el Poder Judicial define de antemano dónde podrá el interesado señalar su domicilio procesal para que se le hagan llegar las comunicaciones procesales.

Dicho cambio no puede ser cuestionado de lesivo del derecho de acceso a la justicia, pues en modo alguno podrá considerarse que afecta su contenido esencial, máxime si se tiene en cuenta que instituye una carga para los abogados y no para los justiciables, por lo que no perjudica a estos. En efecto, la notificación física, por cédula, tiene como supuesto necesario que el abogado debe contar con una casilla y no podrá ya señalar como domicilio procesal una dirección inmobiliaria, oficina o vivienda, como era práctica acendrada propiciada por la norma anterior.

El propósito de la nueva norma es otorgar celeridad, seguridad y economía a las notificaciones físicas, que aunque residuales, constituirán, sin embargo, un número nada desdeñable e importante dado el tipo de resoluciones que se notificarán bajo dicha modalidad. Y es que la experiencia informaba que el procedimiento de las notificaciones físicas evidenciaba diversas disfuncionalidades y deficiencias, pues en gran número se producía en segunda visita conforme al artículo 161 del CPC, por ausencia del destinatario, lo cual significaba demora en cada notificación individualmente considerada, que repercutía en la dilación procesal; asimismo, generaba mayores costos al servicio de notificaciones en general por el empleo de una gran cantidad de personal de campo (notificadores) y mayor cantidad de horas-hombre por la reiteración de visitas. Además de ello, el sistema tradicional generaba espacios de encuentro o puntos inconvenientes de contacto entre el litigante y el funcionario judicial (notificador), que propiciaba actos de corrupción y malas prácticas, lo que a su vez redundaba en reclamos y pedidos de nulidad que incidían en el decurso y duración del proceso.

Tales inconvenientes se verán sustancialmente reducidos al disponerse por la Ley N° 30293 que la notificación física, en los casos que residualmente proceda, ya no se efectuará en direcciones inmobiliarias sino en la casilla judicial del abogado, sea aquella suministrada por el Poder Judicial o por el colegio de abogados al que el letrado pertenezca, pues ello permite la remisión concentrada de un elevado número de cédulas a un solo lugar físico (la central de casillas de que se trate) por un solo personal, quien no tendrá contacto con el litigante destinatario

y cuya recepción será objeto de mayor control por la entidad que presta el servicio de casillas.

Ciertamente, esta innovación solo podrá funcionar respecto de aquellas notificaciones que se efectúen a quienes ya se encuentran apersonados al proceso y, por ende, tienen señalado un domicilio procesal, por lo que es preciso reconocer que existirán supuestos en donde la notificación física se deberá realizar siempre en dirección inmobiliaria, con los inconvenientes ya anotados. Así, es evidente que tratándose del emplazamiento dicho acto procesal no podrá ser de ordinario notificado en casilla, pues se entiende que el emplazado o demandado aún no tiene presencia procesal (salvo casos excepcionales, como, por ejemplo, un emplazamiento producto de una anulación de actuados). Asimismo, no será obligatorio notificarse en casilla tratándose de procesos en los que no se requiera defensa cautiva, como prevé el artículo 158 del CPC, se entiende siempre y cuando la parte no se hubiera apersonado al proceso con abogado.

3. LA CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

El artículo en comento, antes de su modificación, regulaba los requisitos que debía reunir la cédula de notificación, lo que, sin embargo, no era propio de una norma de rango legal y más bien debía estar sujeto a la regulación administrativa, a fin de permitir la adaptabilidad a las nuevas circunstancias y necesidades que evidenciare la realidad. Esto ha sido corregido adecuadamente por la modificación introducida por la Ley N° 30293, que dispone que el formato de la cédula de notificación está sujeto al diseño y requisitos que define el CEPJ.

Cualquiera que sean tales requisitos, no debe perderse de vista que “la cédula de notificación es un documento público extendido por un auxiliar judicial para notificar a las partes, sus representantes o terceros legitimados en el proceso de una resolución judicial” (LEDESMA. 2008: p. 547) y, como tal, debe dar fe y certeza al órgano jurisdiccional de la entrega de la comunicación procesal respectiva (resolución, escrito y anexos), lo que impone requisitos mínimos en el contenido de la cédula, a saber, la referencia del proceso de que se trate, nombre del destinatario, el acto notificado, el lugar (dirección inmobiliaria o casilla) y fecha de su diligenciamiento, así como los datos de identidad de quien efectuó el acto de notificación; y usualmente se emite en doble ejemplar, pues uno de ellos se entrega al destinatario y otro sirve de cargo que se anexa al expediente.

Esa naturaleza de documento público implica que los datos consignados por el funcionario encargado de la notificación, es decir, el notificador judicial, deben prevalecer sobre cualquier anotación que pudiera consignar el destinatario, tanto en el ejemplar que le es entregado como en el ejemplar que sirve de cargo; sin

embargo, LEDESMA (2008: p. 549) informa de la existencia de jurisprudencia que sostiene que ante la falta de coincidencia de fecha entre el original y duplicado se da nulidad de notificación. Como se anotó en el comentario del artículo 155 del CPC, nuestra norma no establece expresamente, a diferencia de otros ordenamientos procesales comparados, que la validez y eficacia de la notificación por cédula opera *per se* independientemente de cualquier acto de voluntad del destinatario, lo cual, sin embargo, no es óbice para asumir la misma regla, que deriva de la propia naturaleza de la notificación como acto procesal autónomo, y de formalidades y requisitos imperativos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de la notificación hecha con arreglo al CPC. La entrega de la cédula al interesado debe hacerse constar con la firma del encargado, señalando día y hora del acto (*Exp. N° 1191-1995-Lima*).

Si bien es cierto que en la cédula de notificación aparece el nombre del demandado con el apellido paterno cambiado, ello no es óbice para determinar que el demandado no tuvo conocimiento del proceso, es más, ello ha motivado precisamente su apersonamiento, es decir, que la notificación ha cumplido con su objetivo (*Exp. N° 16-1996-Lima*).

Artículo 159 | Diligenciamiento de la cédula

Las cédulas se enviarán a la oficina de notificaciones dentro de las veinticuatro horas de expedida la resolución, debiendo ser diligenciadas y devueltas en la forma y en los plazos que disponga el reglamento correspondiente.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 155, 459; L.O.P.J. art. 266 inc. 8.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

Esta disposición contiene una norma de regulación del procedimiento estrictamente operativo y se entiende que tiene por finalidad asegurar la celeridad de la notificación de las resoluciones judiciales a fin de posibilitar su conocimiento lo más inmediato posible. Sin embargo, en la práctica poco efecto ha tenido, más allá de servir de referencia formal para la atribución de responsabilidad funcional al personal jurisdiccional por parte del órgano de control, en casos concretos en los que se advirtió el incumplimiento de los plazos establecidos.

Y es que la fijación de plazos procesales por la ley suele ser una opción arbitraria, pues no atiende a criterio técnico alguno, más allá de lo que al legislador le parece deseable o adecuado, pero sin sustento alguno. Así, individualmente considerada, la actividad de notificación de una resolución o revela complejidad que requiriese mayor tiempo para su realización; pero si se considera la existencia de numerosas resoluciones que deben notificarse dentro el mismo plazo, y además la atribución de otras tareas y responsabilidades al personal encargado de ello, entonces el plazo fijado pudiera realmente no resultar tan adecuado o razonable, sin efectuarse previamente un estudio de carga procesal, de tiempos de las actividades jurisdiccionales y de requerimientos y posibilidades logísticas.

No obstante, la necesidad de información inmediata de las resoluciones judiciales es un requerimiento legítimo que debe ser atendido. A ello responde en gran medida la incorporación de las notificaciones electrónicas, pero incluso tratándose de aquellos supuestos en los que no puede esta realizarse, debe rescatarse la gran innovación de transparencia efectuada por el Poder Judicial, en gran parte de los órganos jurisdiccionales y procesos a su cargo, en los que se produce la descarga de las resoluciones en el Sistema Integrado Judicial que las exhibe al conocimiento público en tiempo real, pues dicho sistema de información es accesible por cualquier persona a través de la Internet. De allí que no es poco frecuente que las partes tomen conocimiento de las resoluciones de su interés, mucho antes de que siquiera se haya generado la cédula de notificación, lo que les permite incluso

interponer los medios de defensa y recursos que franquea la ley, aun antes de que hubieran sido formalmente notificados con el acto que impugnan.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El acto de notificación adquiere singular importancia cuando lo que se pretende hacer conocer al demandado es la demanda interpuesta contra él; de modo que el juez debe cautelar que el emplazamiento sea efectivo y oportuno, pues solo así se le garantiza el derecho de contradicción, derecho que tiene rango constitucional y no admite limitación ni restricción para su ejercicio (*Exp. N° 1371-2001-Lima*).

Artículo 160 | **Entrega de la cédula al interesado**

Si la notificación se hace por cédula, el funcionario o empleado encargado de practicarla entrega al interesado copia de la cédula, haciendo constar, con su firma, el día y hora del acto. El original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora del acto, suscrita por el notificador y el interesado, salvo que este se negare o no pudiere firmar, de lo cual se dejará constancia.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 155, 157, 158 párr. 3, 161, 459.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

Esta norma regula el diligenciamiento propiamente dicho de la notificación física por cédula, mediante su entrega por el funcionario o empleado judicial encargado de tal función, al interesado. Al respecto, deberá tenerse presente el caso del diligenciamiento de la notificación en dirección inmobiliaria, que debe entenderse con el interesado; supuesto diferente a la notificación conforme al artículo 158 del CPC modificado por la Ley N° 30293, esto es, la notificación en domicilio procesal, en cuyo caso la entrega se entiende con el personal de la central de casillas judiciales, sea del Poder Judicial o del colegio de abogados.

Así, esta norma regula el supuesto de notificación en domicilio no procesal, es decir, en el domicilio real (persona natural) o legal (persona jurídica) de la parte, que debe realizarse como notificación en mano propia, es decir, la cédula de notificación debe ser entregada al destinatario en persona quien es a la vez el receptor. No se refiere, por tanto, a la notificación en domicilio procesal que se encuentra regulada por el artículo 158 del CPC, en cuyo caso el destinatario (la parte) nunca será el receptor (el servidor de la central de casillas judiciales encargado de la recepción de las notificaciones).

Esto se entiende con claridad si se tiene presente que en caso de no encontrarse al destinatario de la notificación deberá procederse en la modalidad prevista en el artículo 161 del CPC, de notificación con aviso.

La constancia de la entrega de la cédula al interesado será, obviamente, la suscripción por parte de este, del cargo respectivo, como lo exige el artículo en comento, con lo cual se genera la presunción del conocimiento por parte del destinatario de la comunicación, del acto comunicado, sin que pueda oponer en contrario un acto de voluntad propio, como sería una constancia de disconformidad, pues como quedó dicho en comentario anterior, prevalece la fe de entrega de parte del funcionario notificador.

Es así que muchas veces el destinatario de la cédula consigna una fecha de recepción diferente a aquella en que le ha sido entregada la cédula, con el propósito de diferir el plazo legal que le sea aplicable, ante lo cual, sin embargo, bastará la constancia del notificador para que el juzgador desestime aquella consignada por el interesado y efectúe el cómputo respectivo según lo afirmado por dicho notificador. Además de ello, el actual registro de todo el circuito de notificación de las resoluciones, en el sistema del Servicio de Notificaciones (Sernot), permite establecer con certeza los diferentes hitos temporales de dicho proceso, desde la generación de la cédula hasta la devolución del cargo respectivo, lo que puede ser verificado no solo por el juez y el personal judicial, sino también por las partes y abogados mediante el Internet, lo que aporta transparencia, posibilidad de control y mayor certidumbre a tan importante acto procesal.

Pero si dicho sistema permite verificar el tiempo de la notificación, no sirve para verificar el cumplimiento de la formalidad prevista en este artículo para lo cual deberemos remitirnos siempre al soporte papel, esto es, el cargo de la notificación, en la que deberán constar los requisitos a que se refiere el artículo 158 del CPC, y constancia de entrega a que se refiere el artículo en comento, cuyo cumplimiento es de crucial importancia, a la luz de la norma del artículo 155 del CPC, según la cual las resoluciones judiciales solo producen efectos si su notificación ha sido efectuada con arreglo a la normativa procesal.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las formalidades de la notificación a que se contraen los numerales 160 y 161 del Código Procesal Civil han sido satisfechas en los actos que contienen los avisos y cédulas. En efecto: i) las notificaciones de su propósito aparecen dirigidas a la dirección domiciliaria que el apelante fijó como suya en la Solicitud de Afiliación de Tarjeta de Persona Natural, ii) las mismas notificaciones contienen: la primera copia de la demanda, anexos y mandato ejecutivo, y, la segunda copia de la sentencia, y, iii) las notificaciones evidencian el cumplimiento estricto del procedimiento de entrega de la cédula a persona distinta a los destinatarios, específicamente el depósito de un aviso previo y el dejar las cédulas debajo de la puerta al no haberse encontrado a nadie en el domicilio en la segunda visita (*Exp. N° 1282-2005*).

No puede darse por válida la notificación dirigida al centro de trabajo del recurrente code mandado, tan solo por el hecho que su codemandada haya contestado la demanda, luego de notificada también en su centro de labores. El derecho a la defensa del recurrente no puede verse afectado; máxime, que no está probado que este se encuentre trabajando en dicho centro, como sostiene la demandante (*Exp. N° 1348-1998-Lima*).

Artículo 161 | **Entrega de la cédula a personas distintas**

Si el notificador no encontrara a la persona a quien va a notificar la resolución que admite la demanda, le dejará aviso para que espere el día indicado en este con el objeto de notificarlo. Si tampoco se le hallara en la nueva fecha, se entregará la cédula a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio, procediendo en la forma dispuesta en el artículo 160. Si no pudiera entregarla, la adherirá en la puerta de acceso correspondiente a los lugares citados o la dejará debajo de la puerta, según sea el caso.

Esta norma se aplica a la notificación de las resoluciones a que se refiere el artículo 459.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 155, 158 párr. 3, 160, 459.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. LA NOTIFICACIÓN EXTRAORDINARIA “CON AVISO”

Dada la trascendencia de la comunicación procesal que condiciona la efectividad de las resoluciones emitidas por el órgano jurisdiccional (último párrafo del art. 155 del CPC), para que el acto de notificación genere la presunción de conocimiento del acto procesal comunicado, debe revestir formalidades y requisitos esenciales, que como se vio al comentar el artículo 160 del CPC, radica fundamentalmente –además de los requisitos formales de la cédula de notificación– en la recepción personal por el destinatario quien debe rubricar el cargo respectivo, en el que deben constar fecha y hora del diligenciamiento de la notificación. Así, la notificación debe ser, en principio, personal o en mano propia.

Sin embargo, la ley prevé el caso en que aquello no sea posible por no encontrarse el destinatario en su domicilio real o legal, circunstancia en la que no debería frustrarse la notificación, pues ello importaría condicionar la efectividad de dicho acto procesal –y con ello el decurso mismo del proceso– a un acto de voluntad de la parte que, por vía de su ausencia en su domicilio, podría obstaculizar la prosecución de la causa. En ese sentido, el artículo 160 del CPC, regula la modalidad extraordinaria de notificación, que permite superar el *impasse* generado por la no presencia física del destinatario de la notificación, y que se conoce en el mundo forense como “notificación con aviso”.

Esta modalidad específica de notificación consiste, básicamente, en una segunda oportunidad de realización de la notificación personal a través de una nueva visita del notificador, en fecha y hora prefijadas y comunicadas a la persona a quien se va a notificar mediante un aviso que a tal efecto deberá dejarse, en el que se especifica cuándo se realizará esa segunda visita, de modo que el destinatario pueda esperar y recibir personalmente la cédula de notificación dirigida a su persona, de modo que se logre finalmente la notificación personal prevista en el artículo 160 del CPC.

2. RESOLUCIONES QUE PUEDEN NOTIFICARSE “CON AVISO”

Entonces, el supuesto de esta modalidad de notificación es la no realización de la notificación personal que manda el artículo 160 del CPC, en la primera ocasión o visita del notificador, por la ausencia del destinatario. Pero esta modalidad de notificación no puede operar respecto de todas las resoluciones que se expidan en el proceso, sino únicamente en los casos expresamente previstos en la ley.

Al respecto, LEDESMA (2008: p. 554) expresa: “Esta exigencia del aviso previo, solo procede para el caso de la notificación que admite la demanda, pues con ella se entabla la relación procesal; ello es atendible por la especial trascendencia que tiene la notificación del traslado de la demanda, para lo cual, se establecen formalidades especiales, con el fin de asegurar la garantía del derecho de defensa”. Sin embargo, ello es parcialmente correcto, pues el artículo 161 del CPC –por las razones descritas– dispone expresamente que la modalidad de notificación con aviso resulta pertinente para la notificación de la resolución admisorio de la demanda, pero también por remisión efectuada en su último párrafo al artículo 459 del CPC opera respecto de la resolución que declara la rebeldía de la parte, la que declara saneado el proceso, las que citen a audiencia, la citación para sentencia, la sentencia misma y la que requiera su cumplimiento, siempre que se trate de la notificación al rebelde.

En la práctica, sin embargo, la “notificación con aviso” se ha extendido a la notificación de todas las resoluciones sin distingo alguno, siempre que en primera visita no se hubiera encontrado al destinatario. TANTALEÁN (2011: p. 472) deja constancia de ello, cuando escribe respecto de la modalidad de notificación “bajo puerta” que es una especie derivada de la “notificación con aviso”: “Lo lamentable de la situación es que la notificación bajo puerta se ha convertido en un tratamiento usual y hasta norma en sede procesal, cuando estrictamente, no debiera serlo. Es decir, la notificación bajo puerta implica un diligenciamiento excepcional, sin embargo, en nuestra realidad –como suele suceder con muchas actuaciones judiciales– lo particular se ha trocado en cotidiano”.

Pero producido el cambio de esquema legal de la comunicación procesal, con la incorporación de la notificación electrónica por mandato de la Ley N° 30229, y según el cual solo determinadas resoluciones se notifican físicamente mediante cédula, en el domicilio real o legal, y aquellas que se notifican en el domicilio procesal, lo serán en casilla judicial, se concluye que los supuestos de utilización de la modalidad de notificación con aviso debe quedar reducido a su mínima expresión, debiendo concordarse los supuestos previstos por el artículo 161 del CPC, con los supuestos de notificación física previstos en el artículo 155-E de la LOPJ, con lo cual se concluye que, ahora sí de modo efectivo, la notificación con aviso solo deberá operar en los supuestos previstos en el artículo bajo comentario.

3. LA NOTIFICACIÓN POR INTERPÓSITA PERSONA

La notificación con aviso implica, como se dijo, una nueva oportunidad concedida al destinatario, para que reciba personalmente la notificación que le es dirigida a su persona. Sin embargo, puede suceder que en esa segunda visita el destinatario tampoco se encuentre, lo que puede ser algo circunstancial u obedecer a una decisión deliberada destinada a entorpecer el acto de notificación. Comoquiera que la notificación no se encuentra sujeta a acto de voluntad del destinatario, la entrega personal de la cédula respectiva es sustituida por su entrega a la persona que se encuentre en el inmueble respectivo, que si bien no es el destinatario de la notificación y, por tanto, no es el sujeto pasivo de la notificación, será el receptor de la misma, conocido en doctrina como *mediador de la notificación*, quien deberá identificarse y suscribir el cargo de recepción, pero respecto de quien la notificación es ineficaz.

La entrega de la notificación a dicho *mediador* ubicado en el inmueble al que se dirige la comunicación, genera, igualmente, la presunción de conocimiento por el destinatario del acto procesal notificado, sin dilación alguna, como si se tratase de la notificación personal del artículo 160 del CPC. No se admite excusa alguna o alegación de falta de representación del receptor de la cédula de notificación, ni tampoco la no obligación de este de entregar la notificación a su destinatario, pues la ley se basa en el hecho objetivo de su presencia en el inmueble al que se dirigió la cédula de notificación, que ha sido señalado o establecido como domicilio real o legal del destinatario.

La ley expresa que dicho receptor deberá ser una persona capaz, por lo que no podrá entenderse el acto de notificación con un menor de edad, amén de otros supuestos de incapacidad legalmente previstos, pues es evidente que tratándose la notificación de un acto procesal, su diligenciamiento debe entenderse con un sujeto cuya manifestación de voluntad puede generar efectos jurídicos.

4. LA NOTIFICACIÓN “BAJO PUERTA”

No obstante, puede darse el caso de que en esa segunda visita tampoco exista persona capaz alguna a quien pueda entregarse la notificación. Incluso, puede ser que estando el destinatario o existiendo un tercero capaz estos se nieguen a recibir la notificación, a identificarse o a suscribir el cargo de recepción, sea por temor basado en desconocimiento de asumir alguna obligación legal en el proceso, sea por ánimo deliberado de frustrar el acto de notificación y evitar que esta surta efecto en el proceso. En tal caso, la ley, para garantizar la inevitabilidad y efectividad de la notificación, dispone que la notificación deberá ser adherida en la puerta de acceso correspondiente al inmueble al que se dirige la notificación e, inclusive, que puede ser dejada bajo puerta. Obviamente, esta circunstancia debe constar documentalmente, debiendo ser anotada por el notificador como cumplimiento real del acto de notificación, que deberá ser meritudo por el órgano jurisdiccional a efectos de tenerlo como un acto válido.

Esta notificación por adhesión o pegado de la cédula a la puerta de acceso era denominada en el CPC como “notificación por cedulón” y tenía por característica que su diligenciamiento debía efectuarse con testigos, sin lo cual carecía de valor, lo que no ha sido recogido en el CPC vigente, pues supone desconocer la calidad de funcionario público del notificador cuyos actos gozan de la presunción de realidad y licitud. Además, la presencia de testigos se había convertido en una mera formalidad vacía de contenido, pues en la práctica era el mismo personal del despacho secretarial el que aparecía suscribiendo como testigos y *ex post* todas las constancias de notificación por cedulón.

Ante la no exigencia de testigos y comoquiera que la notificación así realizada es pasible de cuestionamientos por falta de veracidad, se ha extendido la práctica de consignar en el cargo de notificación respectivo la descripción del inmueble —como, por ejemplo, el color de la fachada, las características de la construcción, etc., e incluso el número de suministro de un servicio público que sea visible, usualmente de alumbrado— que sirva de referencia para sumir la realidad de la concurrencia del notificador el inmueble en cuestión, y por ende del acto de notificación en sí mismo.

5. PROBLEMÁTICA DE LA NOTIFICACIÓN “BAJO PUERTA”

Cabe acotar que esta modalidad de notificación lo mismo que la notificación por pegado o “cedulón” son absolutamente extraordinarias, excepcionales y solo están permitidas por la ley para las resoluciones antes acotadas en el ítem 2 del presente comentario. Sin embargo, en la realidad se aplican para la notificación

de cualesquiera resoluciones, lo que incluso ha sido considerado como una costumbre *contra legem*.

Así, TANTALEÁN (2011: pp. 472-474) expresa:

“Con todo lo dicho se puede verificar diáfanoamente que la notificación bajo puerta solamente está prevista para dos supuestos muy excepcionales, siendo que en todos los demás casos la entrega de la cédula debe hacerse de modo personal con el interesado, sea este la parte en el proceso, el apoderado judicial o el propio abogado patrocinante (...) la notificación bajo puerta implicaría más una costumbre procesal que un acto regulado por nuestra codificación. En efecto, la notificación bajo puerta es practicada en un sinnúmero de jurisdicciones y se trata más de un uso procesal que los abogados, los litigantes y la judicatura aceptan (...). Sin embargo, si se observa más detenidamente, se trataría más de una costumbre *contra legem*, toda vez que se intenta subordinar una formalidad estatuida legalmente a un conjunto de actos repetitivos instalados en la conciencia colectiva”.

Como el mismo autor reconoce, se argumenta a favor de dicha práctica el principio de libertad según el cual al no estar prohibida, estaría permitida; y como razón material se aduce la dificultad de seguir al pie de la letra lo mandado por el CPC, que podría implicar mayor dilación en la tramitación de los procesos debido a los tiempos requeridos para la notificación personal de todas las resoluciones, de lo que se colige que la práctica establecida no es del todo irrazonable. En ese contexto no puede uno menos que preguntarse cuál es la lógica de la ley al reservar la notificación bajo puerta para las resoluciones pretendidamente más importantes como el emplazamiento con la demanda y la sentencia, pues precisamente por ser actos trascendentales, su notificación debía revestir las máximas formalidades y garantías. No se entiende, entonces, cómo pudieran notificarse sin entrega personal al interesado y otras resoluciones simples no.

Sin embargo, a partir de la vigencia del nuevo esquema de comunicación procesal, de notificación electrónica como regla y de notificación física con carácter residual, a realizarse esta última en casilla judicial y solo excepcionalmente en el domicilio real o legal de la parte, las resoluciones que pueden ser notificadas bajo esta modalidad “con aviso” serán solamente las previstas expresamente en el artículo 161 del CPC, con lo que encuentra solución la inconveniente situación anotada, atenuándose la potencialidad nulificante de una indebida notificación bajo esta modalidad.

De otro lado, la casuística judicial revela una problemática creciente, derivada del cada vez mayor número de personas que vive en condominios o edificios multifamiliares, cuyo ingreso es restringido y se encuentra sujeto al control directo o indirecto del destinatario, que, por lo mismo, se encuentra en la

posibilidad de permitir o impedir el acceso interior hasta su inmueble y con ello la materialización del acto de notificación conforme a las reglas de los artículos 160 y 161 del CPC. En estos casos es frecuente que la notificación se efectúe mediante la entrega de la cédula respectiva al portero, conserje o administrador o que, en su defecto, se realice mediante el pegado o bajo la puerta principal del edificio, incluso mediante el depósito de la cédula en el buzón de correspondencia de uso común del edificio. En estos casos surge la pregunta de si el diligenciamiento así efectuado permite tener por bien realizado el acto de notificación al amparo del artículo 161 del CPC.

En principio, debe resaltarse que dicha norma al regular la notificación por interpósita persona refiere que de no encontrarse al destinatario la cédula de notificación será entregada “a la persona capaz que se encuentre en la casa, departamento u oficina, o al encargado del edificio”, mención esta última que podría entenderse de forma extensiva al administrador, conserje o portero.

Y tratándose de la notificación mediante pegado o bajo la puerta de acceso principal del edificio, la jurisprudencia no es uniforme. Al respecto, es menester considerar que la imposibilidad de la materialización de la notificación mediante pegado o bajo la puerta del inmueble específico del destinatario no obedece a lenidad o deficiencia del funcionario judicial ni del servicio de notificaciones, sino que deriva de la situación material en que por acto de voluntad se ha colocado el propio destinatario, que, al vivir en un edificio o condominio, debe asumir las consecuencias de las barreras a la comunicación propias de dicha forma de vida, no debiendo perder de vista que se encuentra dentro de la posibilidad material y jurídica del destinatario el fijar las reglas internas para que tales barreras o constituyan verdadero impedimento a un acto oficial como es el de notificación. Asumir lo contrario implicaría desvirtuar la inevitabilidad de la notificación judicial, sometiendo la eficacia de esta a la unilateral voluntad del destinatario.

En esa línea la Corte Suprema ha resuelto que:

“Tratándose de edificio el citado artículo ciento sesentiuono [sic] faculta a que, al no existir persona con quien entenderse, la notificación se realice ante la puerta de acceso al edificio, que es lo que efectuó el notificador en el presente caso; y en cuanto a que no se dejó la notificación adherida a la puerta ni debajo de ella, ello, al margen de no acreditarse suficientemente, tampoco enerva la notificación dado que, siguiendo la hipótesis de la recurrente, el buzón fue puesto precisamente para que se dejara en él toda misiva, carta, notificación, etcétera, dirigida a los residentes de dicho edificio (...) no siendo responsabilidad del órgano jurisdiccional, la poca diligencia de los ejecutados, de revisar el buzón o de tener un sistema non idóneo para la revisión del buzón (Cas. N° 672-2005-Lima, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, 31/03/2006; GACETA JURÍDICA, 2007: pp. 146-152).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GACETA JURÍDICA (2007). Año 12, N° 104. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario (2011): "El dilema de las notificaciones bajo puerta". En: *El Proceso Civil. Problemas fundamentales del proceso*. Jesús Córdova Schaefer (editor). Lima: Caballero Bustamante.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No pueden enervarse las notificaciones señalándose que estas no se efectuaron en la puerta de su domicilio sino en el buzón de la entrada del edificio, si dicho buzón fue puesto precisamente para que se dejara en él toda misiva, carta, notificación, etcétera, dirigida a los residentes de dicho edificio, no siendo responsabilidad del órgano jurisdiccional la poca diligencia de los ejecutados en revisar el buzón o el hecho de no tener un sistema idóneo para la revisión del buzón (*Cas. N° 672-2005-Lima*).

El agravio relacionado con la invalidez de las notificaciones por haber sido devueltas por persona ajena al proceso, no es razón suficiente para que dicha situación convierta por se en inválidos los actos que observen rigurosamente las formalidades de la notificación (*Exp. N° 478-2005*).

Si bien la demandada ha reconocido que domicilia en el Perú, el cargo de notificación conteniendo el auto admisorio de la instancia, demanda y anexos, se aprecia que el diligenciamiento ha sido realizado a una persona jurídica distinta, conforme al sello de recepción, que domicilia en otro piso del edificio donde vive la demandada y que devolvió la cédula de notificación. Asimismo la demandada se le notificó válidamente la resolución que declaraba su rebeldía y saneado el proceso y señalaba día y hora para la audiencia conciliatoria, lo que dio origen a que de inmediato planteara la nulidad de todo lo actuado por no haber sido notificada del auto admisorio de la demanda con arreglo a ley, es decir en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, por lo que no existe convalidación (*Cas. N° 3226-002-Lima*).

Si el domicilio se encuentra en un edificio, debe entregarse preferentemente la notificación al encargado del edificio y solo de negarse a recibir la cédula dicha persona, con la constancia respectiva, adherirlo en la puerta de acceso o dejarlo bajo puerta (*Exp. N° 1685-1998-Lima*).

No obstante el demandado al no haber recibido personalmente la cédula de notificación con la sentencia, sino su hijo, el que además es codemandado y domicilia en la misma dirección conjuntamente con su padre, se infiere que sí tuvo el demandado conocimiento oportuno de la expedición de la sentencia (*Exp. N° 1369-1994-Lima*).

Artículo 162

Notificación por comisión

La notificación a quien domicilia fuera de la competencia territorial del juzgado dentro del país se realiza por la central de notificaciones del distrito judicial correspondiente al domicilio donde se efectúa dicho acto por el servicio de notificaciones que se hubiera contratado, sin perjuicio de que el juez disponga un medio de notificación diferente. El Poder Judicial puede instaurar, en estos casos, mecanismos para la certificación digital de la documentación remitida. Si la parte a notificar se halla fuera del país, la notificación se realiza mediante exhorto, el cual se tramita por intermedio de los órganos jurisdiccionales del país en que reside o por el representante diplomático o consular del Perú en este. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 151 a 154, 163, 219, 433; L.O.P.J. arts. 156, 161, 163, 168; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. ANTECEDENTES

El texto vigente obedece a la modificación efectuada por la Ley N° 30293, publicada el 28/12/2014, con el propósito de alcanzar la modernidad y celeridad procesal. Y es que el texto original en verdad constituía un rezago de ajeña normativa que obedecía a la organización y funcionamiento de la estructura colonial basada en su división territorial, en función de lo cual se regulaba la notificación a efectuarse fuera de la competencia territorial de un juzgado, mediante comisión.

El supuesto de esta antigua modalidad de notificación material era que el domicilio del destinatario de la comunicación procesal se ubicaba fuera de la competencia territorial del órgano jurisdiccional, lo cual hacía imposible que el personal de este pudiera efectuar el acto procesal de notificación, pues carecía de facultades para su diligenciamiento, el cual debía ser encomendado o comisionado a otro órgano jurisdiccional que, por razón de grado (juez de igual o inferior jerarquía, conforme al artículo 156 de la LOPJ) y de cercanía al lugar donde debía efectuarse la notificación, era competente en el lugar del domicilio del destinatario de la notificación. Dicho encargo o comisión se efectuaba formalmente mediante comunicación oficial a aquel otro juzgado, mediante el denominado *exhorto*, a que se

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

refiere el artículo 151 del CPC, y el citado artículo 156 de la LOPJ, que disponen que cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, este encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante un oficio al que anexarán diversas piezas procesales, con las cuales se forma un cuadernillo.

Así, este exhorto supone una formalidad en soporte papel y comprende el escrito en que se solicita, la resolución que lo ordena, las piezas necesarias para la actuación judicial y el oficio respectivo, según dispone el artículo 152, CPC. Además, la LOPJ regula en su artículo 157 y siguientes el procedimiento de trámite de los exhortos, conforme al cual la competencia delegada del juez comisionado se sujetaba al tenor de la comisión, sin perjuicio de la autorización legal para que pudiera dictar las providencias y apremios necesarios para cumplir dicha comisión.

De este modo, la notificación por exhorto suponía una doble comunicación de dos niveles: del juzgado comisionante al juzgado comisionado y la respuesta de este, por un lado, y la notificación o comunicación procesal objeto del exhorto. Huelga decir que esto suponía un procedimiento que inevitablemente imponía demora en el trámite de las notificaciones y, consecuentemente, en el proceso de referencia.

Tal situación cambió sustancialmente con la creación del Sernot, que atribuyó a una instancia administrativa del Poder Judicial el diligenciamiento de las notificaciones judiciales, lo que posibilitó que las notificaciones cursadas por todos los órganos jurisdiccionales a nivel nacional se realizaran sin necesidad de exhorto, reduciendo sensiblemente los plazos hasta entonces requeridos. Con ello, la comisión y el exhorto quedaron limitados a aquellos supuestos aún más excepcionales en los que el juzgado comisionante expresamente disponía que la notificación se efectuara por el personal jurisdiccional mediante “habilitación de fecha y hora”, lo que era encargado al juzgado comisionado, situación que normalmente se producía cuando el Sernot había devuelto la notificación sin diligenciar por inexistencia, confusión o no ubicación de la dirección respectiva, entre otras razones extraordinarias.

De este modo se produjo la fractura entre el diseño legal y el esquema operativo impuesto administrativamente, lo que si bien en la práctica no ocasionó cuestionamiento alguno dada la mayor eficiencia lograda, representaba, sin embargo, una evidente situación de informalidad, que ha sido abordada por la Ley N° 30293, que modificó el artículo que nos ocupa.

2. EL TEXTO ACTUAL

La norma vigente mantiene el supuesto de la notificación fuera de la competencia territorial del juzgado, pero dispone un procedimiento distinto para su

realización, pues ya no requiere el libramiento de comisión a otro órgano jurisdiccional mediante exhorto, sino que establece el diligenciamiento de dicha notificación por la central de notificaciones encargada de dicho servicio en el distrito judicial de destino de la notificación. En ese sentido, la comisión no opera de juzgado a juzgado, sino entre las entidades administrativas encargadas de las notificaciones en los dos distritos judiciales involucrados, lo que formaliza a nivel legal la situación generada con la creación del Sernot.

En este caso, el circuito de la notificación involucra al juzgado emisor, que entrega la cédula a la central de notificaciones de su distrito judicial, quien la remite a la central de notificaciones del distrito judicial de destino, la cual, una vez diligenciada, le devuelve el cargo respectivo para su entrega al juzgado de origen.

La norma deja a salvo la posibilidad de que el juez disponga un medio de notificación diferente al antes referido, lo que implica que subsiste la opción de comisionar en la forma tradicional a otro órgano jurisdiccional la realización de la notificación; pero esto solo tendrá lógica cuando se disponga la habilitación de fecha y hora para el diligenciamiento de la notificación por el personal judicial, sin intervención de la central de notificaciones.

De otro lado, el artículo 162 del CPC, faculta al Poder Judicial a adoptar medidas concernientes a la certificación digital de la documentación que se sustenta la comisión administrativa como jurisdiccional; por ejemplo, mediante el empleo de firma digital, con lo cual se posibilita la transmisión del exhorto por vía electrónica, superando así la forma tradicional del oficio en soporte papel que aún se regula en los artículos 152 y 153 del CPC, relativos a la tramitación y devolución de los exhortos a través del facsímil o el correo oficial, previa formación del cuadernillo respectivo con el escrito en que se solicita el exhorto, la resolución que lo ordena, las piezas necesarias para la actuación y el oficio respectivo. Con esto, la comunicación entre los diversos órganos jurisdiccionales podrá realizarse por vía electrónica, lo que otorgará mayor celeridad, seguridad y economía a la tramitación de los procesos.

Lo anterior aplica tratándose de una notificación fuera de la competencia territorial del juzgado, pero dentro del país; sin embargo, puede darse el caso –y de hecho se da cada vez con mayor frecuencia en el presente mundo globalizado– que tenga que notificarse a la parte fuera del país. Al respecto, la norma bajo comentario recoge la misma fórmula que tenía su texto original, relativa a la notificación mediante colaboración judicial, por los órganos jurisdiccionales del país extranjero en donde resida la parte a ser notificada, lo que se obtiene mediante un exhorto internacional, o puede efectuarse directamente por la autoridad consular peruana en dicho país.

En cuanto al exhorto internacional, este se tramita por el conducto oficial que estuviera establecido en el tratado entre el Perú y el otro Estado implicado, si lo hubiera, o en defecto de este, por el Ministerio de Relaciones Exteriores invocándose “la recíproca conveniencia de celeridad procesal”, como reza el artículo 168 de la LOPJ.

En cuanto al exhorto consular, debe acotarse que esta modalidad de notificación consular obedece a una norma interna peruana que no necesariamente es congruente con el Derecho de algunos Estados, que no admiten que una autoridad extranjera pueda realizar un acto oficial como una notificación judicial, dentro de sus territorios.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando el demandado se halla fuera del país, debe ser emplazado mediante exhorto consular. La notificación realizada a través de su apoderado no puede surtir efecto respecto del representado, pues este carece de facultad expresa y literal para ser emplazado en nombre de su poderdante (*Exp. N° 689-1999-Lima*).

Si el esposo de la demandada precisó el domicilio de la emplazada en los Estados Unidos de Norteamérica y si el certificado migratorio acredita que la demandada salió del país sin indicación de retorno, para los efectos de la notificación a ella, debe librarse exhorto. La designación de un curador procesal a la emplazada, no solo le ha recortado el derecho de defensa, sino también ha violado las normas procesales de obligatorio cumplimiento (*Exp. N° 3312-1998-Lima*).

El emplazamiento del demandado domiciliado fuera de la competencia territorial del juzgado se hará por exhorto; en este caso, el plazo para contestar la demanda se aumentará con arreglo al cuadro de distancias. Si bien el CPC no regula la forma en que debe computarse el plazo para los términos de la distancia, esto es, si son días hábiles o calendario, debe entenderse en aplicación del inciso 1 del artículo 183 del CC, como días calendario (*Exp. N° 385-7-1997-Lima*).

Artículo 163

Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio

En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil, correo electrónico u otro medio idóneo, siempre que los mismos permitan confirmar su recepción. La notificación por correo electrónico solo se realizará para la parte que lo haya solicitado.

Los gastos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 157, 162; L.O.P.J. art. 167; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. ANTECEDENTES

El texto de esta norma fue modificado con el texto glosado, por la Ley N° 27419 publicada el 27/02/2001. Antes de ello, el texto original rezaba:

“Artículo 163.- Notificación por telegrama o facsímil, u otro medio.-

En los casos del artículo 157, salvo el traslado de la demanda o de la reconvención, citación para absolver posiciones y la sentencia, las otras resoluciones pueden, a pedido de parte, ser notificadas, además, por telegrama, facsímil u otro medio idóneo.

Los gastos para la realización de esta notificación, quedan incluidos en la condena en costas”.

Como puede apreciarse, ambas disposiciones regulan el supuesto de una notificación adicional facultativa por medio técnico diferente a la notificación mediante cédula, establecida originalmente como modalidad básica obligatoria en el artículo 157 según la normativa original del CPC.

La modificación introducida se limitó a incorporar la notificación por correo electrónico, con lo que la regulación jurídica se puso a la par del desarrollo de las modernas TIC, que a la fecha de la dación del Código no se avizoró pudiera

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27419 del 07/02/2001.

alcanzar el grado de avance y difusión que ahora han alcanzado, con base en la profusa accesibilidad a la Internet y la telefonía celular.

2. LA NOTIFICACIÓN POR MEDIO TÉCNICO. CARACTERÍSTICAS

Esta norma constituyó en su momento un gran paso dado por el legislador al admitir la posibilidad de una comunicación de los actos procesales por medios técnicos no considerados por el otrora Código de Procedimientos Civiles de 1912, por obvias razones de desarrollo técnico de la época, en que no existía el facsímil, y si bien existía el telegrama, sin embargo, no ostentaba la difusión y cobertura suficientes para ser considerado medio fiable de notificación.

La incorporación de esta modalidad de notificación no fue admitido para todas las resoluciones, sino que por excepción no era factible para las resoluciones de traslado de la demanda o de la reconvenición, ni la citación para absolución de posiciones ni de la citación de la sentencia; no obstante ello, no va en desmedro de la importancia formal de la disposición, como innovación normativa.

No obstante, tal avance normativo no generó un cambio sustancial ni apreciable en la realidad, pues la notificación por telegrama o facsímil fue inexistente en la práctica judicial, salvo algún caso aislado, verdaderamente excepcional y, por ende, irrelevante para el análisis, siendo notable que ni el Poder Judicial impulsara un cambio institucional al respecto, ni los abogados del foro aprovecharon la posibilidad ofrecida por la norma para imprimir mayor celeridad a la tramitación de los procesos, requerimiento inveterado en la administración de justicia.

A tal efecto no debe perderse de vista que esta norma regula una posibilidad de notificación facultativa, esto es, que “puede” realizarse solo a pedido de parte, por lo que en gran medida su eficacia estaba condicionada al acto de voluntad del interesado, no pudiendo ser dispuesta de oficio por el juzgador. Pero, además, esta modalidad de notificación era complementaria o adicional a la notificación mediante cédula; así se desprende del término “además” inserto en el texto comentado, que supone que la notificación por alguno de estos medios técnicos no sustituye aquella modalidad básica de entrega física de la comunicación en soporte papel.

Esto último no puede ser asumido como desconfianza del juzgador en la seguridad de esta modalidad técnica de notificación, sino más bien sentido de realidad, pues dada la profusión de notificaciones diarias que se realiza por los órganos jurisdiccionales y la escasa penetración de la telefonía en la época de la dación del Código, que limitaba las posibilidades de una notificación por facsímil en forma obligatoria, la norma optó por no forzar el estado de cosas manteniendo

la notificación tradicional por cédula, pero sin negar tampoco la posibilidad de la implementación de esa notificación por medios técnicos, librándola en todo caso al pedido de parte siempre que esta –y, por descontado, el Poder Judicial– contase con las facilidades técnicas para la notificación facsimilar.

La precaución de la norma radica en la exigencia como condición o requisito de dicha notificación por medios técnicos, en que estos *permitan confirmar la recepción* de la comunicación, esto es, que pudieran procurar un “cargo” o “constancia” de la notificación así efectuada. Esto, sin embargo, suponía la necesidad de ampliar el concepto de domicilio procesal, tradicionalmente entendido como una dirección física o una casilla judicial, a un número de telefonía donde se remitía, por ejemplo, la comunicación facsimilar, situación que sin embargo no fue abordada ni por las políticas institucionales ni por la doctrina.

3. LA NOTIFICACIÓN ELECTRÓNICA

La modificación incorporada por la Ley N° 27419, que incluyó el correo electrónico como modalidad de notificación por medio técnico, supuso la necesidad de asimilar la dirección electrónica en el mundo virtual a un domicilio procesal en el domicilio real, lo cual no mereció regulación procesal alguna, sino hasta la dación del Decreto Legislativo N° 1067 que modificó –entre otros– el artículo 26 de la Ley N° 27854, que consagró normativamente la notificación electrónica en el proceso contencioso administrativo, disponiendo la obligación de las partes procesales de señalar una “dirección electrónica”.

Es de apreciarse en principio que la adición normativa efectuada por la Ley N° 27419 no era en verdad necesaria, pues el texto original del artículo 163 del CPC refería además del telegrama y el facsímil, a “otro medio idóneo, fórmula abierta que perfectamente comprendía a la notificación por correo electrónico. Además, la modificación legal es reiterativa del carácter facultativo de la notificación por vía electrónica, al indicar en el segundo párrafo agregado a la disposición, que “solo se realizará para la parte que lo haya solicitado”, cuando dicha norma ya estaba comprendida en el primer párrafo que la notificación por medio técnico se hace “a pedido de parte”.

En cualquier caso, lo cierto es que la notificación electrónica, así de carácter adicional y facultativa no tuvo la acogida que se esperaba por parte del foro, ni siquiera cuando el Poder Judicial anunció (Resolución Administrativa N° 356-2009-CE-PJ y Resolución Administrativa N° 08-2014-CED-CSJLI-PJ) que se encontraba en condiciones técnicas de realizarla en los órganos jurisdiccionales de la subespecialidad comercial, en la que interactúan, se supone, justiciables que cuentan normalmente con la conectividad necesaria y cuyo interés de celeridad procesal es más evidente.

4. LOS GASTOS DE LA NOTIFICACIÓN POR MEDIO TÉCNICO

Dispone el último párrafo del artículo en comento, que los gastos requeridos para la realización de esta notificación quedan incluidos en la condena de costas. Al ser estas los gastos incurridos por la parte en el proceso, cabe preguntarse si en verdad resulta justificado que se incluya aquellos relativos a este tipo de notificación que, recuérdese, es de carácter facultativo u opcional, esto es, que se ha dado por decisión unilateral de la parte sin que sea de carácter necesario y, por ende, justificado en orden al decurso natural del proceso.

5. EL FUTURO DE LA NORMA

Si bien subsisten formalmente los supuestos de notificación por telegrama y por facsímil, es evidente que dado el desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, dichas modalidades han devenido obsoletas, por lo que su regulación es inoduciente. De otro lado, respecto a la notificación electrónica incorporada por la Ley N° 27419 con carácter facultativa y adicional ha quedado superada con la implementación de la notificación electrónica obligatoria, según la Ley N° 30229.

En ese orden de ideas, sin algún elemento justifica la vigencia de la norma del artículo 163 del CPC, es aquel extremo que permite la notificación por “otro medio idóneo”, lo que deja abierta a la posibilidad de una notificación por algún otro medio que según el avance de la tecnología sea más eficiente que el correo electrónico, sin requerir para ello de una modificación específica, salvo para la regulación de su implementación operativa.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En el caso de autos se constata que tanto en el cargo de notificación correspondiente al mandato de pago, como en el cargo de notificación correspondiente a la sentencia se ha omitido dejar constancia del nombre, firma e identificación del receptor o de su negativa a firmar; sin embargo, tales vicios no son sancionados con nulidad por la ley. Por consiguiente, obrando en ambos cargos de notificación el sello de recepción de la empresa apelante, y habiendo manifestado esta que no le han sido notificados “los actos procesales anteriores a la sentencia” se concluye que la ejecutada está afirmando, en forma inconsistente que a pesar de aparecer su sello de recepción en ambos cargos de notificación la primera vez no recibió la cédula pero sí la segunda (*Exp. N° 006-05-Lima*).

Artículo 164

Diligenciamiento de la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio

El documento para la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio, contendrá los datos de la cédula.

El facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario. En el caso del correo electrónico, será, en lo posible, de la forma descrita anteriormente, dejándose constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, anexándose además el correspondiente reporte técnico que acredite su envío.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de estos documentos. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 158; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN

El texto de esta norma fue modificado con el texto glosado, por la Ley N° 27419 publicada el 27/02/2001. Antes de ello, el texto original rezaba:

“Artículo 164.- El documento para la notificación por facsímil u otro medio, contendrá los datos de la cédula.

El facsímil u otro medio se emitirá en doble ejemplar, uno de los cuales será entregado para su envío y bajo constancia al interesado por el Secretario respectivo, y el otro con su firma se agregará al expediente. La fecha de la notificación será la de la constancia de la entrega del facsímil al destinatario.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de estos documentos”.

Dicha disposición regulaba la forma en que debía diligenciarse la notificación por medios técnicos, bajo modalidad diferente a la remisión y entrega de cédula física, a saber, el facsímil o algún “otro medio”.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27419 del 07/02/2001.

En la línea de lo comentado respecto del artículo 163 del presente Código, cabe manifestar que la modificación de ambas normas efectuada por la Ley N° 27419, tuvo el propósito de incorporar expresamente la posibilidad de la notificación mediante correo electrónico, modificación que si bien no era estrictamente necesaria a la luz de la referencia genérica ya existente a “otro medio” de la notificación en las normas originales; sin embargo, se estimó conveniente hacerla explícita dada la irrupción innovadora de las nuevas tecnologías de la comunicación y las informaciones (TIC), en particular la Internet. Así, esta norma sentó los rudimentos de lo que se pensó podría llegar a ser la notificación electrónica, que trece años después ha sido detallada por la Ley N° 30229; de allí que el artículo 164 en comentario contiene desde el año 2001 la regulación abierta del diligenciamiento de la –entonces avizorada– notificación por correo electrónico.

2. EL DILIGENCIAMIENTO DE LA NOTIFICACIÓN POR MEDIO TÉCNICO

Se advierte que tanto el texto original como el modificado del artículo 164 del CPC omiten referirse al telegrama como modalidad técnica de notificación, que sí está considerada por el artículo 163 del CPC, lo cual debe entenderse una omisión inocua y no excluyente de los alcances de la norma, pues este artículo 164 es solamente de desarrollo de la previsión de ese precedente artículo, por lo demás puede entenderse al telegrama incluido en la referencia genérica y abierta a “otro medio” de notificación.

Conforme a tal artículo 164, la notificación por alguno de los medios técnicos previstos (facsimil y correo electrónico) o posibles y equivalentes (aludido con la referencia genérica a “otro medio”) debía reunir determinados requisitos: a) contener los datos de la cédula, entonces previstos en el artículo 158 del CPC, que ahora –por vía de la modificación introducida por la Ley N° 30293– están sujetos regulación administrativa del Poder Judicial; b) emisión del facsimil “u otro medio” en doble ejemplar; c) envío al interesado, “bajo constancia”; d) incorporación al expediente de uno de tales ejemplares firmado, como acreditación del acto de notificación; e) se entendía realizado el acto de notificación en la fecha de la constancia de entrega del facsimil al destinatario. Así, como puede apreciarse, esta modalidad técnica era un híbrido que simplificaba la comunicación procesal por vía facsimilar, pero requería siempre un soporte material de la notificación, que ya no era una cédula propiamente dicha, sino un documento en el que constaba la transmisión telegráfica o facsimilar y que debía ser entregado al interesado.

Esto ciertamente no resultaba compatible con la naturaleza y características técnicas del correo electrónico que por definición prescinde de la entrega de un documento físico, razón por la cual la norma a partir de su modificación por la

Ley N° 27419 dispone que la notificación por este conducto será “en lo posible” de la misma forma descrita, debiendo en todo caso dejarse constancia en el expediente del ejemplar entregado para su envío, es decir, del texto transmitido por vía electrónica, anexándose el reporte técnico que acredite su envío, vale decir, de la transmisión de dicho texto desde la bandeja del remitente a la dirección electrónica de destinatario. Sin embargo, la norma omite precisar cuándo se entiende realizada la notificación, saltando la duda si debía o no aplicarse la misma regla prevista para la notificación facsimilar, según la cual se entiende que se ha realizado en la fecha de la constancia de la entrega al destinatario, que en el caso del correo electrónico sería al de depósito del mensaje en su bandeja de entrada. Esta es, ciertamente, una opción interpretativa, frente a la cual surge otra, que postula que se requiere no solo que el mensaje haya sido depositado en la bandeja de entrada del correo de destino, sino que dicho mensaje sea efectivamente abierto por el destinatario, por lo que recién en la fecha de dicho acto debe entenderse realizada la notificación. Finalmente, la incertidumbre ha quedado zanjada con la regulación específica de la notificación electrónica por la Ley N° 30229, que modifica el artículo 155 del CPC y en una suerte de transacción dispone que la notificación surte efectos desde el segundo día siguiente a aquel en que se ingresa la notificación a la casilla electrónica del destinatario.

Finalmente, el artículo 164 del CPC confiere al Poder Judicial la facultad de estandarizar el texto con el que debían ser efectuadas las notificaciones por estos medios técnicos, facultad que ciertamente nunca ha sido ejercida, lo que contribuyó a que en la realidad estas modalidades de notificaciones por medios técnicos no tuvieran aplicación práctica.

Como ya se dijo al comentar el artículo 163 del CPC, la subsistencia normativa de la notificación por conducto telegráfico o facsimilar ha devenido un anacronismo inconducente, y el valor de la norma radica ahora más bien en la referencia genérica y abierta a algún “otro medio” que a futuro pueda ser proporcionado por la tecnología y utilizado para la comunicación procesal, más eficiente o seguro que el correo electrónico, respecto del cual la norma serviría de base –aunque previsiblemente insuficiente– para su implementación.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 165 | **Notificación por edictos**

La notificación por edictos procederá cuando se trate de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. En este último caso, la parte debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de la persona a quien se deba notificar.

Si la afirmación se prueba falsa o se acredita que pudo conocerla empleando la diligencia normal, se anulará todo lo actuado, y el juez condenará a la parte al pago de una multa no menor de cinco ni mayor de cincuenta unidades de referencia procesal, que impondrá atendiendo a la naturaleza de la pretensión y a la cuantía del proceso.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 40; C.P.C. arts. 14 párr. 3, 161, 164, 166, 168, 169, 423, 435, 459, 792, 828, 833; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT; R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN: LA NOTIFICACIÓN EDICTAL

La notificación en tanto acto de comunicación procesal, supone como elementos esenciales la existencia de: a) sujetos de dicha comunicación: activo (el órgano jurisdiccional) y pasivo (el destinatario de la notificación, demandante, demandado, tercero, órgano de auxilio judicial); b) el acto que se comunica (el acto procesal o resolución), y el procedimiento de comunicación (modalidad y diligenciamiento de la notificación).

Normalmente, se presentan todos estos elementos y el acto de comunicación ocurre conforme a las previsiones ordinarias. Pero qué sucede cuando no se tiene certeza de quién debe ser el sujeto pasivo de la comunicación, esto es, no se sabe a quién debe comunicarse la decisión el órgano jurisdiccional, entendiéndose esto no como el desconocimiento de la posición o calidad procesal de dicho sujeto sino de su identidad (por ejemplo, cuando se demanda a los herederos de quien era el vendedor en un contrato de compraventa, pero se desconoce si existen tales herederos y, en todo caso, quiénes son). Evidentemente, no podrá efectuarse notificación personal alguna habida cuenta que no se tiene certeza del destinatario de la misma.

De otro lado, puede suceder que se tiene conocimiento de la identidad de quien debe ser el destinatario de la comunicación procesal, pero no se tiene conocimiento de dónde debe efectuarse dicha comunicación, sea dirección física o electrónica,

porque no aparece en ningún instrumento que pueda conferir base cierta de domicilio contractual ni en ninguna otra fuente o antecedente (correspondencia comercial, por ejemplo) que permita conocer la existencia de una dirección vinculada al sujeto. En este caso, sabiéndose a quién notificar no se sabe en dónde debe ser notificado, por lo que tampoco podrá efectuarse dicha comunicación procesal conforme a las reglas ordinarias, y cualquier notificación efectuada bajo tales reglas no deberá ser asumida como válida sino ineficaz, y acaso fraudulenta.

Así, el desconocimiento del nombre del sujeto o de su domicilio constituye limitaciones materiales para el cabal desenvolvimiento del proceso, mas comoquiera que ello incide directamente con el derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva de quien se ve sumido en tal situación, el derecho, con su vocación de plenitud y su función modeladora de la realidad a partir de principios y presunciones, adopta en el plano procesal una fórmula de solución destinada a superar esos imperativos de la realidad y viabiliza una comunicación procesal: la notificación ficta.

De allí que el ordenamiento procesal regula una determinada modalidad de notificación que sobre la base del cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades destinadas a garantizar mínimamente la eficacia del acto de comunicación, presumiendo que sobre la base de posibilitar al sujeto el conocimiento de la notificación, este ha tomado, efectivamente, conocimiento de aquello que se notifica. En el caso que nos ocupa, se trata de la notificación por edictos, que en términos generales supone la difusión pública del acto procesal que se quiere notificar, a través de medios de comunicación masivos.

El artículo 165 del CPC regula la modalidad excepcional de la notificación por edictos, que procede no a sola solicitud del interesado, sino en tanto que concurra alguno de los dos supuestos expresa y excluyentemente previstos por la norma, y siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

2. SUPUESTOS

El primer supuesto que torna pertinente esta modalidad de notificación es que el destinatario de la notificación sea persona incierta, entendiéndose como tal aquella cuya existencia o identidad es desconocida. Nótese que la norma solo refiere a "persona incierta", mientras que el concordante artículo 61 del CPC al referirse al nombramiento de curador procesal refiere también a persona "indeterminada", lo que amplía el espectro de posibilidades, teniendo todas en común que no se sabe a quién en concreto, con nombre y apellido, o denominación o razón social, debe notificarse. Es obvio que desconociéndose dicha información sustancial, ninguna notificación podría realizarse por la vía electrónica o por cédula, sea que esta última se tramite directamente o por comisión, pues cualquiera de tales notificaciones

debe ser nominal, es decir, debe tener un destinatario cierto e identificado (lo cual no obsta para su entrega a persona distinta, con base en el art. 161 del CPC).

He aquí, sin embargo, que la casuística evidencia la práctica de notificación a persona no identificada, con la emisión y diligenciamiento de la entrega de la cédula respectiva a un destinatario desconocido, pero cuya existencia y ubicación se asume como cierta: es el caso de la notificación al tercero poseedor prevista en último párrafo del artículo 720 del CPC; en este supuesto es usual que la cédula respectiva se emita dirigida a los “poseedores del inmueble” y sea entregada a quien físicamente se encuentre efectivamente en el inmueble de destino en el momento del diligenciamiento de la notificación, asumiéndose la validez y eficacia de dicho acto como supuesto necesario para la aplicación, en su momento y según el caso, de lo dispuesto por el inciso 3) segundo párrafo, del artículo 739 del CPC. Pero más allá de este caso verdaderamente excepcional y opinable, no existe en el ordenamiento ni en la práctica, otra circunstancia de notificación a persona incierta que no sea bajo la modalidad edictal del artículo 165.

El otro supuesto para que proceda dicha notificación edictal es cuando se ignora el domicilio y, por ende, la dirección donde pudiera ser notificado el destinatario de la notificación. En ese caso debe entenderse el domicilio en su acepción más amplia, esto es, el lugar o dirección en concreto donde se pueda ubicar al destinatario, y no solo aquel que debiera estar –y no lo está– en el registro oficial (el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil) u otro registro administrativo (por ejemplo, ante la entidad de seguridad social, un colegio profesional, la autoridad administrativa tributaria, etc.). Y es que dada la multiplicidad y complejidad de las relaciones que entablamos las personas en el mundo contemporáneo, son también múltiples los registros de los datos personales, entre ellos el domicilio, el cual también por la dinámica social suele variar no con poca frecuencia. Por tanto, pueden ser diversas las fuentes de información para conocer el domicilio de una persona, aunque no necesariamente todas de acceso público. Y dada la creciente cobertura del registro del Reniec, es verdaderamente excepcional y residual el caso de una persona que no tenga un domicilio registrado que puede ser asumido válidamente para los efectos de la notificación; lo que explica que cada vez es menos frecuente que se solicite la notificación edictal por desconocimiento del domicilio del sujeto, que no es lo mismo que desconocimiento de su paradero, pues no es a este que refiere la norma.

Por tanto, el problema no radica tanto en desconocer el domicilio, sino en que aquel que se conoce, no es actual, es decir, no es en verdad el lugar donde se le puede ubicar para una notificación eficaz, sea porque tiene diversos domicilios declarados y todos ellos son posibles, sea porque –como es lamentablemente muy extendido– no se actualizó en el registro la variación de domicilio. En tal caso, por

sentido común se otorga preeminencia al domicilio registrado en el Reniec, por tratarse de un registro oficial y especializado. No obstante ello, en muchas ocasiones los demandados suelen cuestionar la validez de la notificación efectuada en su domicilio registrado en el Reniec, alegando —e incluso acreditando— que está desactualizado y no corresponde con la realidad de los hechos, pues lo variaron mucho tiempo atrás aunque dicha variación no fue registrada. La casuística revela que en este caso la respuesta jurisdiccional no es uniforme, pues en unos casos se privilegia el carácter oficial del registro del Reniec aduciéndose que no puede exigirse al demandante que efectúe una búsqueda o rastreo del demandado, sino que es carga de este mantener actualizado su registro; y en otros se privilegia el dato de la realidad y la prevalencia del debido proceso, aduciéndose que el registro del Reniec es meramente administrativo. Dicha situación inconveniente se superaría si la norma legal especial estableciese que la dirección registrada ante el Reniec constituye el domicilio del ciudadano para los efectos de las comunicaciones oficiales (y la notificación judicial lo es), con lo cual los ciudadanos asumirían las consecuencias jurídicas de su falta de diligencia de mantener actualizados sus datos personales ante dicho registro.

Evidentemente, el domicilio registrado no desplaza a aquel que la misma parte hubiera señalado para el caso específico de una relación jurídica, constituyendo el denominado domicilio contractual, a efectos del cumplimiento de la prestación de su cargo o para las notificaciones judiciales o extrajudiciales, cuya existencia por acto de voluntad vincula a la parte y releva la necesidad de notificarle en una dirección distinta, aun cuando haya sido real y unilateralmente variado por el sujeto, en tanto que dicha variación no haya sido indubitablemente comunicada a la contraparte, conforme a la regla del artículo 40 del CC. Por tanto, siempre que se haya señalado un domicilio contractual, será absolutamente impertinente la notificación edictal.

La notificación mediante edictos no sustituye, tampoco, a la notificación personal en los supuestos en que el sujeto se encuentre en un centro penitenciario u hospitalario, que si bien no constituyen domicilio en estricto, sin embargo son lugares ciertos donde puede y debe notificársele.

Tampoco reemplaza la notificación edictal a la personal, cuando se conoce el domicilio del sujeto que se encuentra fuera del país, sea que este o no registrada como tal en el Reniec, pues en tal caso la notificación deberá efectuarse en dicho domicilio; y es que la notificación edictal no está destinada a simplificar la comunicación procesal o disminuir su costo, sino que es un remedio de última ratio para superar la imposibilidad de la notificación personal ante el desconocimiento del domicilio respectivo, por lo que si este es conocido, deberá agotarse la comunicación por vía consular, obviamente con la demora y el costo que esto impone. Por

supuesto, siempre que el sujeto no hubiera señalado un domicilio contractual, pues en tal caso aun cuando su domicilio en el extranjero esté registrado en el Reniec y, por ende, sea conocido, no podrá oponerle a menos que hubiera cumplido lo dispuesto por el artículo 40 del CC.

Por otro lado, la interpretación sistemática del artículo 164 del CPC permite afirmar que –en principio– la notificación edictal a que se refiere está pensada únicamente para el emplazamiento con la demanda, lo que además se encuentra expresamente previsto en el artículo 435 del CPC. Así, se ha dicho que “la notificación por edictos se halla regulada para lograr la comparecencia al proceso de personas inciertas o cuyo domicilio se ignore. Esta notificación solo tiene por finalidad emplazar o citar al demandado para que comparezca ‘a estar a derecho’ en el proceso” (LEDESMA: 2008). Y esto se explica porque una vez producido dicho emplazamiento, ante la no comparecencia del demandado incierto las demás notificaciones a su parte deberán entenderse con el curador procesal nombrado ex artículo 61 del CPC, lo que descarta la posibilidad de notificaciones fictas por conducto edictal; salvo el caso expresamente previsto de la notificación de la declaración de rebeldía, que por mandato del artículo 459 del CPC debe igualmente efectuarse por edictos. Otra excepción que se desprende de la aplicación sistemática de la normativa procesal –evidenciada en la casuística forense– es en el caso de la notificación del llamamiento a los herederos desconocidos de una de las partes, para que opere la sucesión procesal conforme al artículo 108 del CPC, que no equivale precisamente al emplazamiento con la demanda (pues la sucesión procesal puede operar respecto del demandante y además se producirá conforme al estado del proceso).

3. REQUISITOS

Del artículo 165 del CPC se desprende el requisito que aunque parece formal es, en verdad, esencial al efecto de la validez de la notificación bajo esta modalidad edictal: la parte que la solicita debe manifestar bajo juramento o promesa que ha agotado las gestiones destinadas a conocer el domicilio de aquel a quien pretende notificar, sin lo cual no procederá su solicitud. Con tal requisito se pretende asegurar la naturaleza verdaderamente excepcional de dicha modalidad de notificación, tratándose del segundo de los supuestos legales para que esta proceda (desconocimiento de domicilio), pues siendo carga de la parte indicar el domicilio donde deberá notificarse a su contrario, y siendo el desconocimiento un hecho negativo de imposible probanza por el mismo que lo padece, la ley exige que por lo menos dé fe de haber intentado superar dicha situación efectuando las indagaciones o averiguaciones acerca del domicilio ignorado, declarando formalmente tal cosa ante el órgano jurisdiccional, y su resultado infructuoso, en la firma de juramento o promesa, acto cuyo valor trasciende lo meramente moral y adquiere relevancia jurídica, pues a partir de tal declaración la parte que la efectúa asume

responsabilidad por la eventual falsedad de su dicho. En efecto el último párrafo del artículo 165 del CPC dispone que si su afirmación se prueba falsa o se acredita que empleando la diligencia normal pudo conocer el domicilio supuestamente desconocido, se anula todo lo actuado sobre la base de la notificación edictal realizada, además que se le impone una sanción económica en forma de multa dentro del rango de tres y cinco Unidades de Referencia Procesal, “según la naturaleza de la pretensión y la cuantía del proceso”.

La previsión normativa de la sanción antedicha busca desincentivar la voluntad de quien a fin de evitar la defensa en juicio de su contraparte, declare que desconoce su domicilio a fin de propiciar una fraudulenta notificación por edicto, que a la postre resulta lesiva del derecho al debido proceso de quien se ve, por el empleo de esta notificación ficta, privado del derecho de defensa.

Resalta el hecho de que la norma exija el empleo de diligencia normal como condición de la validación de la declaración de búsqueda infructuosa por parte de quien solicita la notificación edictal, lo cual supone que este no está obligado a efectuar una indagación más allá de lo razonable según las circunstancias, lo que en la práctica se resume frecuentemente en la búsqueda del Reniec, cuyo reporte negativo suele ser acompañado y aceptado como prueba suficiente del cumplimiento del requisito exigido para autorizar la notificación mediante edictos, lo cual no obsta para que, según el caso concreto, se considere que tal búsqueda administrativa es insuficiente.

Finalmente, la notificación mediante edictos no obstante ser de carácter excepcional no deja de ser un acto solemne, cuyos requisitos de forma se encuentran regulados por la ley, específicamente en el artículo 168 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No necesariamente debe considerarse que la notificación mediante edictos debe realizarse para el emplazamiento con la demanda, pues durante el desarrollo del proceso el domicilio de algunas de las partes puede devenir en incierto, en cuyo caso es obligación de la parte interesada comunicar el cambio de domicilio o, a petición de parte, el juez ordenará se notifique mediante edictos las actuaciones procesales posteriores (*Cas. N° 1503-2008-Arequipa*).

Si uno de los demandados se encuentra fuera del país, al tomar conocimiento el juez de dicha circunstancia debe ordenar su emplazamiento vía edictos; no obstante, al comparecer los otros demandados, habiendo cada uno ejercido su defensa, no se invalida lo actuado en el proceso (*Cas. N° 1326-2007-Lima*).

Artículo 166**Notificación especial por edictos**

Si debe notificarse a más de diez personas que tienen un derecho común, el juez, a pedido de parte, ordenará se las notifique por edictos. Adicionalmente se hará la notificación regular que corresponda a un número de litigantes que estén en proporción de uno por cada diez o fracción de diez, prefiriéndose a los que han comparecido.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 76, 165, 169, 459; L.O.P.J. art. 266 inc. 8; D.S. 46-94-JUS arts. 1, 2, DT; R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. LA NOTIFICACIÓN EDICTAL A PARTE PLURISUBJETIVA

Se dijo al comentar el artículo 165 que la notificación por edictos se encuentra prevista excepcionalmente por la ley, para superar el imperativo de la realidad que torna imposible la notificación personal, por desconocerse la identidad de la parte a quien deba notificarse, o por desconocerse el domicilio de esta; por lo que la notificación por edictos tenía su sustento en la necesidad de legitimar la prosecución del proceso en tales condiciones, presumiéndose el conocimiento de la existencia del mismo por la parte así notificada en forma ficta, al haberse realizado el acto legalmente previsto para posibilitar tal conocimiento.

Sin embargo, el artículo 166 del CPC prevé una modalidad especial de esta notificación excepcional que tiene un supuesto y propósito diferentes, pues no procede ante el desconocimiento de identidad o domicilio de la parte, sino ante la existencia cierta e identificada de los sujetos a notificar, pero que por su número elevado resulta poco eficiente la notificación personal que de ordinario correspondería para cada uno de ellos, por lo que se prevé la posibilidad de hacerlo en forma tal que sin perjuicio de su cabal conocimiento del acto procesal, se asegure la celeridad, eficacia y bajo costo del acto de su comunicación procesal.

Así, nos encontramos ante la modalidad especial de notificación a la parte plurisubjetiva, conformada por más de diez personas que tienen un derecho común, efectuándose una suerte de notificación grupal, mediante edictos. Esta notificación opera a instancia de parte y no de oficio, entendiéndose que puede ser a pedido de la parte contraria, quien en todo caso asumirá el costo de su diligenciamiento. Sin embargo, para mayor garantía y evitar el fraude procesal, la ley mantiene la notificación personal pero restringida en número, que deberá hacerse mediante

cédula dirigida a uno por cada diez o fracción de diez integrantes de dicha parte plurisubjetiva, en el entendido de que tal notificación posibilitará la difusión entre todos del conocimiento real del acto procesal notificado. La elección de aquellos a quienes sin perjuicio de la notificación edictal se les notificará personalmente, puede ser propuesta por la contraparte que la solicita, o puede ser efectuada oficiosamente por el órgano jurisdiccional, indicando la ley únicamente que se preferirá a aquellos que ya hubieran comparecido al proceso.

La necesidad de esta modalidad especial de notificación edictal debe entenderse dentro de los alcances prácticos de la norma del artículo 76 del CPC, que establece que cuando diversas personas constituyen una sola parte, actuarán conjuntamente, y de así no hacerlo se le otorga al juez la facultad de requerirlos para que lo hagan o nombren un apoderado común, bajo apercibimiento de designarlo por ellos, encargo que necesariamente deberá recaer en uno de los abogados que aquellos hubieran designado individualmente. En tal caso, como es obvio, la notificación de los actos procesales se entenderá únicamente con ese representante común, en la forma normal de la notificación personal, aunque esto se encontrará sujeto siempre a la posibilidad que algunas de las personas que integran la parte plurisubjetiva se nieguen a la designación de apoderado común o a continuar siendo presentadas por este, lo que las habilita para litigar por separado, supuesto en que –dependiendo del número de dichas personas– tornaría siempre procedente la notificación edictal especial.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 167 | Publicación de los edictos

La publicación de los edictos se hace en el portal web oficial del Poder Judicial. Si ello no fuera posible por las condiciones tecnológicas o lejanía del órgano jurisdiccional, el edicto se publica en el diario de mayor circulación de la circunscripción. A falta de diarios, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, debiéndose además fijar el edicto en la tablilla del juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión.

En todos los casos, la publicación debe efectuarse por un periodo de tres días hábiles acreditándose su realización, agregando al expediente la constancia de su publicación web emitida por el especialista o secretario judicial respectivo y la impresión de la publicación realizada en el portal institucional o, de ser el caso, el primer y el último ejemplar de las publicaciones realizadas en los diarios. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 10, 11, 168, 435 párr. 1, 459, 506 párr. 1; L.O.P.J. art. 127; R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ arts. 1 y ss.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

El texto glosado fue dispuesto por la Ley N° 30293 publicada el 28/12/2014. Antes de ello, el texto original rezaba:

“Publicación de los edictos.-

Artículo 167.- La publicación de los edictos se hace en el diario oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuera conocido o, en su defecto, del lugar del proceso. Se acredita su realización agregando al expediente el primer y el último ejemplares que contienen la notificación.

A falta de diarios en los lugares mencionados, la publicación se hace en la localidad más próxima que los tuviera, y el edicto se fijará, además, en la tablilla del Juzgado y en los sitios que aseguren su mayor difusión.

En atención a la cuantía del proceso, el juez puede ordenar la prescindencia de la publicación, realizándose solo en la tablilla del Juzgado y en los lugares que aseguren una mayor difusión”.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 19/06/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

De acuerdo a la primigenia disposición la notificación por edictos consistía en la publicación de un aviso –con el contenido precisado en el artículo 168– en el diario oficial y, adicionalmente, en el de mayor circulación en la localidad donde estuvo el último domicilio del citado o, en su defecto, del lugar donde se lleva a cabo el proceso. En este sentido, la característica fundamental de esta modalidad de notificación era la difusión pública a través del medio más extendido y objetivamente verificable: los diarios o periódicos, al punto que la propia ley regulaba el supuesto en que no existieran tales diarios en la localidad donde debiera efectuarse la notificación, disponiendo que la publicación se hiciera en la localidad más próxima que los tuviera.

Esto ha sufrido una sustancial modificación en el texto vigente, que si bien mantiene la difusión pública, sin embargo, como norma prescinde de la publicación en medios de comunicación escritos, diarios o periódicos físicos, y dispone que se hará en el portal web oficial del Poder Judicial <www.pj.gob.pe>, lo que constituye una innovación interesante que aportará eficiencia y economía a la notificación edictal. Eficiencia por cuanto las características técnicas de la difusión de información en la red o mundo virtual permiten permanencia indefinida de dicha información, accesibilidad irrestricta, sin barreras de tiempo y espacio, y facilidad de ubicación, por ejemplo, con selección de búsqueda; y economía por cuanto el costo de dicha difusión será sustancialmente inferior a la que se realizaba con precios comerciales por las empresas periodísticas privadas.

No obstante, la norma mantiene la posibilidad de la publicación de edictos en los diarios, cuando ello “no fuera posible por las condiciones tecnológicas o lejanía del órgano jurisdiccional”, lo que constituye una previsión conservadora y equivocada. En efecto, a despecho del esfuerzo institucional del Poder Judicial por lograr la interconexión total de los órganos jurisdiccionales y la estandarización de sus condiciones tecnológicas para la mayor automatización de los procesos –que hagan posible no solo esta notificación edictal virtual, sino otras actividades procesales, por ejemplo, los remates– la norma aún considera la posible existencia de órganos jurisdiccionales privados de dichas condiciones tecnológicas, o ubicados físicamente a distancia tal que les sea imposible esta modalidad edictal virtual, por lo que mantiene el anacronismo del edicto publicado en diarios, y más sorprendentemente aún, el pegado de edictos en tablas en el local del juzgado “y en los sitios que aseguren su mayor difusión”.

Cualquiera que sea el caso, de edicto virtual o físico, su publicación deberá efectuarse por tres días hábiles, lo que ciertamente era innecesario de disponer para el caso de su publicación en la página web, pues precisamente una ventaja de la publicitación virtual es que puede mantenerse al acceso público por periodos

prolongados y, por qué no, indefinidamente, lo cual otorgaría mayor grado de probabilidad de conocimiento efectivo de la notificación.

Tratándose de un acto procesal, la publicación del edicto, sea en forma virtual o física, debe constar objetivamente en el expediente a fin de tenerla por cumplida, por lo que la ley exige que se agregue a este la constancia e impresión de tal publicación virtual o, de ser el caso, del primero y último ejemplar de la publicación en los diarios.

Como colofón cabe mencionar que, no obstante el tiempo transcurrido, esta modalidad de notificación mediante edicto virtual no ha sido aún implementada por falta de regulación y desarrollo de la plataforma tecnológica a cargo del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La notificación por edictos no ha sido realizada conforme a lo previsto por el artículo 167 del Código Procesal Civil, pues no ha sido publicada en el Diario Oficial y tampoco cumple con la forma establecida en el artículo 168 de ese mismo Cuerpo Legal puesto que los edictos no contienen prescripciones de la cédula; por lo que al no ser notificada la sentencia de acuerdo a ley, se incurre en nulidad (*Cas. N° 1526-2002-Sullana*).

Cuando se desconoce el domicilio de la parte demandada debe publicarse edictos en el diario oficial y en un diario de mayor circulación por tres días hábiles. El auxilio judicial solo exonera de los gastos del proceso, mas no de las publicaciones de ley (*Exp. N° 868-1998-Lima*).

Es nula la sentencia si al haberse ordenado notificar por edictos al emplazado, solamente aparecen las publicaciones en el diario oficial *El Peruano* mas no en un diario de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado (*Exp. N° 1213-1997-Lima*).

Se transgrede las garantías del debido proceso si ignorándose el domicilio del emplazado, la notificación mediante edicto se efectúa solo en el diario oficial *El Peruano* y no así en otro diario de amplia circulación (*Exp. N° N-137-1997-Lima*).

Es nula la sentencia si el demandante solo ha cumplido con efectuar la notificación en el diario oficial *El Peruano* y no en otro de mayor circulación. El emplazamiento a los demandados debe efectuarse en la forma prevista en los artículos 167 y 168 del CPC (*Exp. N° 102-1-1997-Lima*).

Artículo 168

Forma de los edictos

Los edictos contendrán, en síntesis, las mismas prescripciones de la cédula, con transcripción sumaria de la resolución.

La publicación se hará por tres días hábiles, salvo que este Código establezca número distinto.

La resolución se tendrá por notificada el tercer día contado desde la última publicación, salvo disposición legal en contrario.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial podrá disponer la adopción de un texto uniforme para la redacción de edictos.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 147, 155, 158, 167, 435 párr. 1, 506 párr. 1, 733, 820 últ. párr;

L.O.P.J. art. 127; R.ADM. 541-SE-TP-CME-PJ art. 1 y ss.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. INTRODUCCIÓN: REQUISITOS FORMALES DE LOS EDICTOS

Este artículo se refiere a los requisitos de forma que deben reunir los edictos a fin de tenerlos por válidos, además indica el número de días en que debe efectuarse su publicación y, finalmente, precisa desde cuándo surte efecto como notificación.

En cuanto a lo primero, se tiene una norma de remisión a los requisitos de la cédula de notificación otrora regulados en el artículo 158 del CPC, antes de su modificación por la Ley N° 30293, y que a partir de la vigencia de dicha modificación deben ser establecidos por norma administrativa del Poder Judicial. Pero, además, el edicto debe contener la transcripción sumaria de la resolución que se notifica, pues tal es el contenido esencial de la notificación como acto de comunicación. Comoquiera que dicha transcripción sumaria no es precisamente la copia literal de la resolución, sino de un extracto de la misma, no puede estar sujeta a la decisión de la parte que asume el diligenciamiento de la notificación por edicto, sino que su elaboración es de cargo del órgano jurisdiccional, específicamente del secretario o especialista legal, quien debe cuidar que dicha transcripción sumaria sea lo fidedigna y suficiente para permitir el cabal conocimiento del acto procesal que se notifica. Si bien el último párrafo del artículo faculta al Poder Judicial la adopción de un texto uniforme para la redacción de edictos, con el propósito de estandarizar esta notificación edictal, ello, sin embargo, solo puede versar respecto al formato a emplearse y el texto general del aviso, mas no podría incluir el texto de la resolución que se notifica, pues como es obvio, este dependerá del sentido y alcances de dicha resolución en cada caso.

2. NÚMERO DE EDICTOS

De otro lado, el artículo precisa que el edicto debe ser publicado por tres días hábiles, lo que ha sido reiterado por la posterior Ley N° 30293 al modificar el artículo 167 del CPC; sin embargo, la norma en comento hace la salvedad de los casos en que el propio Código estableciese un número de días distinto. Nótese que la norma no precisa si tales publicaciones deben ser consecutivas o no, debiendo entenderse que sí, a diferencia de lo prevista en los artículos 506 y 820 que disponen la notificación edictal por el mismo número de tres días, pero con intervalo de tres días entre cada una de ellas.

3. CÓMPUTO DE PLAZOS

Finalmente, se dispone que la publicación de los edictos surtirá los efectos de una notificación válida y eficaz, al tercer día contado desde la última publicación, salvo disposición legal en contrario, lo cual es una excepción a la norma del artículo 147 del CPC. Esto es relevante en orden a la finalidad de toda notificación a la luz del segundo párrafo del artículo 155 del CPC, según el cual las resoluciones judiciales solo producen efectos en virtud de notificación hecha con arreglo a las normas del Código, lo que tiene directa incidencia a efectos del cómputo del plazo que debe mediar entre la notificación para una actuación procesal y su realización, conforme al último párrafo del artículo 147 del CPC, de tres días hábiles por lo menos, los cuales deberán ser contados luego del tercer día posterior a la última publicación del edicto.

En este punto debe acotarse la usual confusión en que se incurre tratándose de los edictos que ordena el artículo 733 del CPC (publicidad del remate) que en puridad no son notificaciones edictales, sino que son avisos de difusión pública de la próxima realización del remate, que no está dirigida a ninguna parte procesal sino al público en general a fin de concitar su interés en participar como postores en la venta forzada ordenada judicialmente. Por tanto, no corresponde aplicar a estos edictos las reglas, formalidades y plazos que establece la ley para la notificación edictal, lo que descarta, por ejemplo, que se pueda declarar la nulidad del remate por no haber mediado entre este y la última publicación del aviso, el plazo de tres días que manda el artículo 155 del CPC. Por lo demás, implementado el Remate Judicial Electrónico-REM@JU, la publicidad del remate que ordena la Ley N° 30229 ya no se hará mediante avisos en el periódico sino a través del portal web del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 169

Notificación por radiodifusión

En todos los casos en que este Código autoriza la publicación de edictos, de oficio o a pedido de parte, el juez puede ordenar que además se hagan por radiodifusión.

Las transmisiones se harán por una emisora oficial o las que determine el Consejo Ejecutivo de cada Corte Superior. El número de veces que se anuncie será correspondiente con el número respecto de la notificación por edictos. Esta notificación se acreditará agregando al expediente declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en donde constará el texto del anuncio y los días y horas en que se difundió.

La resolución se tendrá por notificada el día siguiente de la última transmisión radiofónica.

Los gastos que demande esta notificación quedan incluidos en la condena en costas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 158, 165, 166, 167, 168, 506 párr. 2.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. NOTIFICACIÓN POR RADIODIFUSIÓN

El edicto no es sino la difusión pública de un acto procesal, tradicionalmente por medio de comunicación masiva (periódico) que la norma vigente ha sustituido mediante la difusión virtual en el portal web del Poder Judicial, como norma, manteniendo como excepción aquella en diarios de circulación física. Cualquiera que fuere la modalidad o conducto de difusión, debe tenerse presente que la esencia de esta forma de notificación es dicha difusión pública; y es en atención a dicha nota esencial que el Código contempló desde su inicio la posibilidad de una difusión sonora a través de medios radiales, con lo que se configuró la notificación de edictos por este medio radiofónico como medio opcional y complementario a los edictos convencionales (ahora, virtual o periodístico).

Así, el artículo 169 del CPC faculta a que en todos los casos en que proceda la notificación por edicto, la parte solicite o el juez de oficio disponga, además, la difusión del edicto mediante su transmisión radial, la cual deberá efectuarse por una emisora oficial o aquella seleccionada y designada por la Corte Superior de Justicia del distrito judicial respectivo.

Como excepción al carácter facultativo y complementario de esta notificación, el artículo 506 del CPC prevé una notificación por radiodifusión obligatoria,

tratándose del emplazamiento con la demanda de título supletorio, prescripción adquisitiva, rectificación o delimitación de áreas o linderos, que verse sobre un predio rústico.

2. REQUISITOS Y FORMALIDADES

La norma no precisa cuál es el número de transmisiones que deberá hacerse del edicto radiofónico complementario, sino que refiere que deberá hacerse mediante la difusión de mensajes, anuncios o avisos que deberán transmitirse en igual número que la notificación edictal “principal”, virtual o periodístico, por lo que por remisión a la norma de los artículos 167 y 168 del CPC, se entiende que deberán ser tres, salvo disposición diferente de la ley. En todo caso, deberá acreditarse su realización mediante una declaración jurada expedida por la empresa radiodifusora, en la que deberá constar el texto del anuncio propalado y las fechas y horas de su difusión, lo que se agregará al expediente judicial.

Así, realizada la difusión del edicto esta surtirá efecto como notificación procesal al día siguiente de su última transmisión radial, no resultando de aplicación el término diferido del tercer día a que se refiere el artículo 168 para el caso del edicto escrito.

Obviamente, esta notificación complementaria supone un costo adicional que deberá ser asumido en principio por la parte interesada en dicha notificación, sea que la hubiera solicitado, sea que hubiera sido dispuesta de oficio, pero que en todo caso le será reembolsado mediante la condena de costas, según el caso.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 170

Nulidad infundada

Al quedar firme la resolución que declara infundada la nulidad de una notificación, esta surte efecto desde la fecha en que se realizó.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 155, 171, 172.

Miguel Ángel Rivera Gamboa

1. LA NULIDAD PROCESAL

Autorizada doctrina indica que la nulidad “es la sanción por al cual la ley priva a un acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescriptas para ello” (ALSINA: 2006).

Tratándose de la nulidad procesal, esta es el estado que afecta a los actos procesales, consistentes en la disconformidad grave con el modelo legal, con la configuración legal de ese acto, que le impida alcanzar la finalidad para la que estaba previsto (VILELA: 2015).

De allí que reza el artículo 171 del CPC que la nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley, pudiendo declararse también cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (principios de legalidad y trascendencia de la nulidad).

Siendo la notificación un acto procesal no contenido en resolución, sujeto al cumplimiento de formalidades taxativamente establecidas por la ley, es pasible de vicios nulificantes por la omisión o trasgresión de tales requisitos que impidan el cumplimiento de su finalidad legalmente prevista en el artículo 155 del CPC: poner en conocimiento del sujeto las resoluciones judiciales respectivas.

De allí que la casuística forense informa que la notificación suele ser fuente de inagotables incidencias a través de las cuales se promueve la invalidación de actos procesales, alegando ineficacia de la notificación por haberse realizado esta con vicio de nulidad. Pero informa, también, que en la mayoría de casos tales pretensiones nulificantes son desestimadas por carecer de asidero jurídico al haber sido planteadas con prurito formalista y prescindiendo de los principios de trascendencia, convalidación y subsanación que en general rigen la nulidad procesal a la luz de los artículos 171 y 172 del CPC.

Así, tratándose de la notificación, no puede pretenderse su nulidad por el solo incumplimiento de las formalidades previstas, pues por mandato del artículo 171

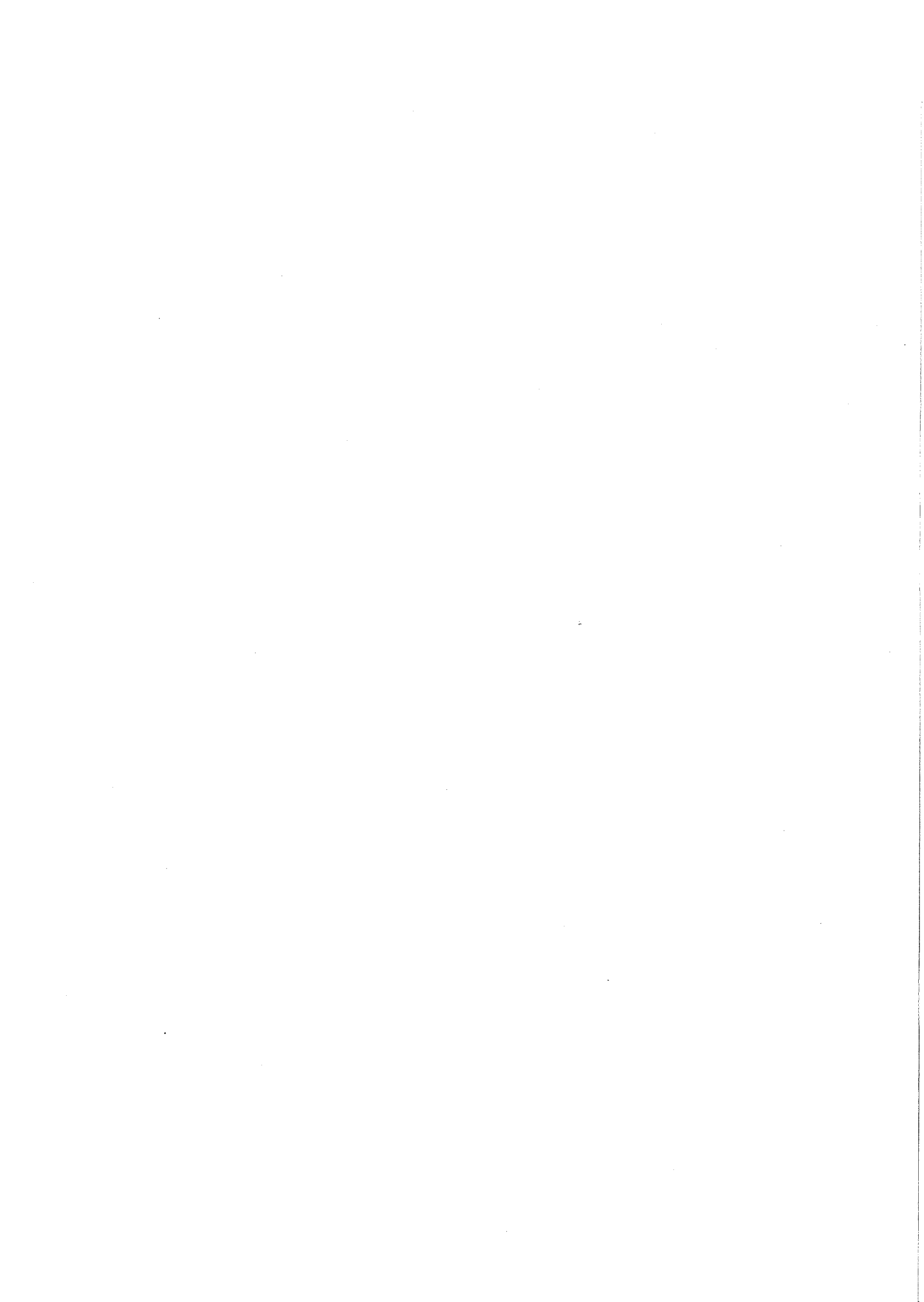
del CPC, cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que no obstante la existencia de vicios en la notificación, esta no será nula y, por el contrario, será convalidada si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución notificada; tal como dispone el artículo 172 del CPC, pues en tal caso, el acto de notificación, incluso defectuoso, ha cumplido su propósito. Tampoco deberá privarse de efectos a la notificación realizada defectuosamente, si la subsanación del vicio incurrido no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

2. DESESTIMACIÓN DE LA NULIDAD DEL ACTO DE NOTIFICACIÓN

Cualquiera que sea el fundamento por el cual se declare infundada la pretensión nulificante de un acto de notificación, tal pronunciamiento tiene un efecto saneador dispuesto por ley, en el sentido de que la notificación que fuera cuestionada surte efecto desde la fecha en que se realizó, adquiriendo eficacia y firmeza lo que por el principio de preclusión no puede volver a ser cuestionado ni debatido, conforme a la regla del artículo 175, inciso 3 del CPC que dispone que no puede prosperar un pedido de nulidad que verse sobre una cuestión anteriormente resuelta.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (2006): *Las nulidades en el proceso civil*. Lima: ARA; VILELA CARBAJAL, Karla (2015): *Las nulidades procesales en el Derecho Procesal Civil*, 1ª ed. Lima: Instituto Pacífico.



TÍTULO VI

NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Artículo 171

Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad

La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley. Sin embargo, puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 1X, 172, 396, 451 inc. 4 párr. 2, 454; C.T. arts. 109, 110; L.P.A.G. art. 10.

Renzo Cavani

1. FUNCIONALIDAD DE LA NULIDAD EN EL PROCESO

La nulidad procesal implica una crisis del procedimiento (SERRA, 1999: p. 561). El procedimiento consagra dentro de su estructura una gran cantidad de normas que regulan los poderes y las facultades del juez y de las partes, pautas de conducta, realización de actos, etc. Asimismo, todos los actos que componen un procedimiento (cualquiera que sea) están encaminados hacia un fin, pues dichos actos, concatenados en una sucesión dinámica, están orientados siempre hacia el acto final.

Entonces, en tanto el proceso avanza hacia una meta, la nulidad implica todo lo contrario: es el retroceso, el rehacer algo porque está mal hecho, el volver sobre los propios pasos. Es comprensible, por consiguiente, lo nocivo y perjudicial que significa la nulidad para el proceso, pues retrasa la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva, adecuada y tempestiva que el Estado tiene el deber de otorgar. Así, cuando acontece un vicio que genera la decretación de una nulidad, se suprime la eficacia y los efectos de aquellos actos afectados (que según el caso pueden renovarse, es decir, volverse a realizar), ocasionando una pérdida de dinero, tiempo y esfuerzo a los partícipes del proceso; se prolonga la situación de incerteza e inseguridad propia de un proceso judicial; y, lo más grave de todo, se impide la solución

del conflicto que podría darse con la sentencia de mérito y con los medios ejecutivos para la satisfacción del derecho reconocido.

La nulidad, por consecuencia, es no querida. Lo ideal, tanto para las partes como para el Estado, es que a través del proceso se arribe a una decisión que componga la controversia en forma definitiva y justa, tutelando efectivamente el derecho reconocido en un plazo proporcional (para lo cual en la gran mayoría de casos no bastará con la decisión definitiva). Y para la consecución de estos propósitos es absolutamente indispensable que se avance, transitando por diversos estadios determinados por el procedimiento, hasta llegar al momento en que el Estado se encargará de satisfacer al vencedor, con o sin la colaboración del vencido.

La exigencia del otorgamiento de la decisión justa hace que el proceso deba ser visto como un instrumento; de ahí que el “principio” de instrumentalidad de las formas –que refleja esta última idea en el ámbito de la invalidez procesal– impone una visión en donde la forma no puede ser considerada como un fin en sí misma. De nada sirve que el proceso sea consagrado como un instrumento al servicio de la tutela de las situaciones jurídicas de derecho material si los medios de los cuales se vale para otorgar tutela efectiva, adecuada y tempestiva mediante un proceso justo no están acordes a dichas exigencias. No obstante, ello no quiere decir que la seguridad jurídica que el proceso también debe ser capaz de ofrecer pueda ser descartada en cualquier momento: en realidad, una manifestación de esa seguridad jurídica será la consagración de reglas claras y puntuales sobre qué vicios, por su gravedad, son capaces de generar nulidad, cómo pueden ser subsanados y, a la misma vez, establecer reglas que impidan que determinados vicios puedan ser alegados, conservando la idoneidad de la resolución final. Esto es importante porque la decisión justa que el ordenamiento jurídico, por exigencia directa del Estado Constitucional, quiere alcanzar, depende en gran medida de que el acto final sea capaz de desplegar los efectos necesarios y suficientes para lograr dicha justicia. Existe, por tanto, un deber de privilegiar la resolución de la controversia, que se desprende del *principio de primacía de la resolución de mérito* (ver comentario del art. III del Título Preliminar del CPC en esta misma obra).

Finalmente, cabe hacer una reflexión: a diferencia de otras técnicas procesales, cuya correcta utilización es estimulada por ser provechosa, las que componen el régimen de la nulidad procesal buscan exactamente lo contrario: su no oposición. Esto, en verdad, resulta curioso pues para que el proceso pueda cumplir en mejor medida con sus fines ha instituido la nulidad procesal y sus técnicas con la idea de valerse de aquella solo cuando sea absolutamente necesario, y para esto se recurre a ellas: para evitar, en cuanto sea posible, la nulidad. De ahí que sea muy importante que estas técnicas se encuentren correctamente configuradas, de manera que constituyan un verdadero apoyo para que el juez decida adecuadamente

en qué circunstancia debe o no decretar una nulidad (y como trataré de demostrar más adelante, la finalidad no se da abasto para esta tarea).

En esa línea, dice correctamente Fredie DIDIER Jr. (2010: p. 444) que “el sistema de la invalidez procesal está construido para que no haya invalidez. La invalidez de un acto procesal o del procedimiento es encarada por el Derecho Procesal como algo pernicioso. La invalidez del acto debe ser vista como solución de última ratio, tomada apenas cuando no fuese posible aprovechar el acto practicado con defecto. El magistrado debe sentir un profundo malestar cuando tenga que invalidar algún acto procesal”. En efecto, esto último es de gran importancia: el juez no debe recurrir a la nulidad como un elemento que permita desembarazarse de su trabajo, sino como un fenómeno que, por el contrario, le impide cumplir con su tarea de darle la razón a quien la tiene.

2. NULIDAD: CONCEPTO

Es posible concebir la nulidad como la *consecuencia jurídica contenida en un pronunciamiento decisorio, mediante la cual se extinguen uno o más actos afectados con un vicio relevante que no llegó a subsanarse, así como la eficacia y los efectos producidos por el propio acto* (es la definición de CAVANI, 2014: p. 272, aunque con importantes cambios).

En primer lugar, si se busca una definición que abarque al fenómeno procesal en general y no solo al ámbito jurisdiccional, se hace deseable hablar de “pronunciamiento decisorio” y no de “pronunciamiento jurisdiccional”. Esto resulta importante porque no hay nulidad sin que un órgano con autoridad la pronuncie (y ello, a mi juicio, incluye la nulidad del Derecho Civil, aunque autorizada doctrina no lo vea así).

En segundo lugar, la nulidad no solo extingue la eficacia y los efectos del acto, sino también el propio acto. El acto (hecho jurídico voluntario) que entró al mundo jurídico por cumplir con sus presupuestos (de existencia), sale de él tras una decretación de nulidad. No es correcto, como sostuve (CAVANI, 2014: p. 257), que el acto pervive tras la decretación de nulidad. Esto se debió al hecho de entender —equivocadamente— que una vez que algo entra al mundo jurídico, rigurosamente no sale de él a través de la nulidad. Valga la oportunidad, por tanto, para precisar mi pensamiento al respecto.

En estricto, debe hablarse de *decretación* y no de *declaración* porque el órgano que la pronuncia (el juez, por ejemplo) lo que hace no es simplemente *certificar* un hecho jurídico o una situación que ocurrió, sino realmente la *constituye*. Esa constitución, a su vez, produce la deconstitución o eliminación del acto objeto del vicio y del pronunciamiento de nulidad.

3. VICIO: CONCEPTO

El vicio es un fenómeno preexistente a la nulidad. Dentro del esquema teórico que considero adecuado, la producción del vicio es *sine qua non* de la nulidad, es su presupuesto; sin el vicio, la nulidad no puede existir.

El vicio es la *imperfección estructural del acto procesal*, esto es, un defecto presente en la propia configuración del acto, concretamente, en uno de sus requisitos. Me refiero a “imperfección estructural” básicamente por dos razones:

- “i) En primer lugar, imperfección porque el acto pasible de ser decretado nulo, si bien es eficaz, precisamente es imperfecto porque es defectuoso (viciado) al no cumplir con los parámetros que la ley impone para su correcta realización. En otras palabras, el acto viciado produce efectos (aunque no típicos) pero el hecho de que esté destinado a ser invalidado califica al acto como inadecuado respecto del soporte fáctico exigido por la norma o, lo que es lo mismo, que exista una errónea configuración de la *fattispecie*. Por el contrario, un acto procesal perfecto es aquel que ha cumplido con sus presupuestos de existencia y con sus requisitos de validez, por lo que debe desplegar precisamente los efectos que la ley ha señalado. Se trata del binomio *perfección-eficacia*.

Por el contrario, aquel acto que no es configurado de acuerdo con el soporte fáctico previsto legalmente haría que los efectos no sean típicos. Se trata del binomio opuesto: *imperfección-ineficacia*. En efecto, es preciso tener en cuenta que un acto viciado, aunque eficaz, no es capaz de producir *exactamente* los efectos típicos que produciría un acto perfecto. Es verdad que cualquier acto, sea o no viciado, produce cuando menos el efecto de ocasionar un nuevo acto, lo cual es típico de los actos insertos en una cadena procedimental. Por ejemplo, una sentencia impecablemente realizada y una sentencia inmotivada darán ocasión al poder de recurrir, lo cual se plasmaría en el acto procesal de apelación, mediante el cual la parte perjudicada las cuestiona.

No obstante, la clave aquí es contemplar esos efectos típicos como aquellas consecuencias que el ordenamiento abstractamente desea que dicho acto tenga. De una u otra manera no puede haber una coincidencia plena y exacta entre efectos típicos y efectos atípicos. Ahora bien, ello no quiere decir que deba excluir a priori que todo acto atípico (viciado) no pueda llegar, en algún momento, a producir efectos típicos (ampliamente: CAVANI, 2014: p. 183 y ss.; CONSO, 1955: p. 6 y ss.).

- ii) En segundo lugar, se habla de *estructural* dado que el vicio es producto del incumplimiento de la forma legalmente establecida para un acto, la cual pertenece a la estructura de este. El vicio está circunscrito únicamente al ámbito de la configuración del acto procesal y, por tanto, de ninguna manera es sobrevenido: siempre es originario, contemporáneo al acto. A decir verdad, el hecho de que sea el vicio el presupuesto esencial de la nulidad, es la auténtica razón por la cual esta se identifica con una falla a nivel de los requisitos del acto.

Al respecto, es necesario esclarecer que la alusión al término *forma* se hace en un sentido lato, con el cual se pretende abarcar a la forma propiamente dicha (es decir, la forma para la realización del acto procesal: lugar, modo, tiempo) y al contenido o sustancia del acto procesal. Sobre esto ya se ha pronunciado favorablemente buena parte de la doctrina (REDENTI, 1959: p. 117).

El vicio es el resultado del incumplimiento de las disposiciones sobre la forma preestablecida del acto procesal. Dicho incumplimiento produce, en consecuencia, un acto viciado. Esta situación, pues, solo involucra uno o más defectos en la configuración del acto. Son actos viciados, por ejemplo, un acto de notificación mal realizado, una sentencia inmotivada, aquellos practicados por la parte que perdió su capacidad procesal, un remate realizado sin observar las reglas sobre las publicaciones o aquellos actos realizados después que una parte perdió la titularidad del derecho discutido (art. 108, último párrafo del CPC), entre muchos otros”.

4. ACTO VICIADO Y ACTO NULO

El *acto viciado* no debe ser confundido con el *acto nulo*. El primero es aquel acto que padece de un defecto en sus requisitos (ámbito de la validez); el segundo se presenta cuando el vicio que ha contaminado al acto se ha concretizado en un pronunciamiento de invalidez (decretación de nulidad). Es decir, hay un acto viciado por la sola producción del defecto en la forma del acto, cualquiera que este sea, siempre y cuando afecte algún requisito de dicho acto. No se trata, por tanto –y esto es muy importante– que el vicio se manifiesta ante cualquier tipo de inobservancia a la ley; en realidad, el fenómeno del vicio reside en la inobservancia de la *fattispecie* del acto, la cual, si bien está integrada por diversos requisitos legales, hay otros que escapan a la forma e, inclusive, a la *forma-contenido* (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1998: p. 321). En esos casos, a pesar de la existencia de una inobservancia formal, el acto no está viciado. Un ejemplo de ello sería un recurso de apelación en donde el agravio no está especificado (CAVANI, 2014: p. 377 y ss.).

En cambio, hay acto nulo cuando el vicio ha pervivido y ha ocasionado una decretación que lo pone de manifiesto, eliminándose el acto que albergaba el vicio, su eficacia y efectos.

5. IMPOSIBILIDAD DE CLASIFICAR LA NULIDAD

La nulidad es una sola, no varía ella misma como esencia; a lo sumo, lo que se verifica es una distinta propagación de los efectos de la decretación de nulidad, es decir, una mayor o menor cantidad de actos decretados nulos; pero ello dependerá exclusivamente de cuántos de ellos estén afectados con el vicio original. Así pues, entendida la nulidad como consecuencia jurídica no se justifica clasificación alguna bajo ningún criterio, pues cualquier vicio que haya trascendido, generará exactamente la misma nulidad que cualquier otro. En otros términos, la nulidad como una consecuencia de un acto viciado siempre es la misma; es la intensidad de la decretación de ineficacia (efectos de la nulidad) la que siempre será distinta, pero nada tiene que ver con alguna modificación en la construcción dogmática de la categoría de la nulidad.

6. TAXATIVIDAD Y FINALIDAD EN EL *CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO* DE 1940

Muchos Códigos Procesales –principalmente a nivel latinoamericano– adoptaron la fórmula plasmada en el *Codice di procedura civile* italiano de 1940, en donde el logro de la finalidad (“*raggiungimento dello scopo*”) se muestra como el factor condicionante de producción o no producción de la nulidad. En realidad, más que una fórmula, los artículos 121 y 156 del *Codice* consagran un verdadero *sistema-base*, el cual podría ser desbrozado de la siguiente manera, no sin antes advertir que se trata de afirmaciones que se extraen de lo que se desprende *ad litteram* de las disposiciones citadas –aunque exista cierta contradicción entre ellas–. Ellas son las siguientes:

“Artículo 121. *Libertad de las formas.* Los actos del proceso, para los cuales la ley no prevé formas determinadas, pueden ser realizados en la forma más idónea al logro de su finalidad.

Artículo 156. *Declaración de la nulidad.* No puede ser pronunciada la nulidad por inobservancia de forma de ningún acto del proceso, si la nulidad no es conminada por la ley.

Puede, sin embargo, ser pronunciada cuando el acto carece de los requisitos formales indispensables para el logro de la finalidad.

La nulidad no puede en ningún caso ser pronunciada, si el acto ha logrado la finalidad a la que estaba destinado”.

A continuación, se realizará la respectiva explicación para demostrar qué tan adecuados son algunas de las siguientes normas que se extraen de los enunciados normativos transcritos arriba:

- “i) No hay nulidad sin conminación expresa de la ley.
- ii) Si la forma impuesta por la ley tiene como consecuencia la nulidad, esta tiene que ser decretada.
- iii) Si no hay conminación expresa en la ley pero el acto no respeta la forma prevista, de lograr su finalidad no será decretado nulo.
- iv) No existiendo conminación expresa en la ley, el acto será decretado nulo si careciese de los requisitos que le permiten lograr su finalidad.
- v) Si el acto logra su finalidad en ningún caso puede haber nulidad”.

Puede afirmarse, con bastante convicción, que el núcleo del régimen de la nulidad procesal en Italia parte de una confluencia e interacción entre la *taxatividad* y la *finalidad*, siendo que esta última, al final, viene a ser privilegiada y determinante para lograr el fin del régimen, cual es, como ya se dijo, evitar la producción de la nulidad.

En efecto, en un primer momento, recogiendo la tradición jurídica plasmada desde el *Code* de 1806 y continuada por el *Codice* de 1865, prohíbe la decretación de nulidades si no existe conminación expresa en la ley (norma i), no solamente para limitar la actuación arbitraria de los jueces, sino para generar seguridad jurídica y, de acuerdo a la orientación moderna, para reducir la existencia de nulidades. Enunciado así, sería lógico concluir, *a contrario sensu*, que si la nulidad se encuentra expresamente conminada, entonces debe ser decretada (norma ii). Este sería, entonces, el ámbito de actuación de la taxatividad.

Al lado de este se encuentra el ámbito de la finalidad, la cual podría pensarse que aparece subordinada a la superación del ámbito de la taxatividad, es decir, solo tendría presencia en las hipótesis donde no exista conminación expresa de nulidad, puesto que, de existir conminación expresa, la decretación de nulidad sería irremediable. Así, desde una perspectiva preliminar, el acto viciado no será inválido si es que lograrse su finalidad *siempre que no exista forma prevista por ley con consecuencia expresa de nulidad*. Esta norma se extrae de la interpretación del artículo 156, segundo párrafo, conjuntamente con el artículo 121, dado que si bien la ley tolera la realización del acto procesal de cualquier modo con el objetivo de lograr su finalidad, habrá nulidad si no se presentan los “requisitos formales indispensables” para el logro de la finalidad, lo cual, en realidad, equivale a decir que ella no se consiga (norma iii). Como se destacó, el artículo 121 señala que ante la no previsión expresa de una forma por ley, es posible que el acto sea realizado de modo tal que logre su finalidad.

Pero la finalidad no solamente se circunscribiría al espectro de subsanación del vicio con miras a evitar la decretación de nulidad, sino también tendría incidencia determinante en su producción –limitada, como se dijo, desde un primer punto de vista, a las hipótesis de no conminación expresa–, puesto que si el acto no logra su finalidad por no contener los requisitos indispensables para su obtención, también será anulado (norma iv). Y en la hipótesis opuesta, si el acto logra su finalidad, no puede haber decretación de nulidad (norma v).

Comencemos con las críticas. En primer lugar, cabe cuestionar una grave incoherencia: ¿cuál es el sentido de disponer, en un primer momento, que ninguna nulidad será decretada si no hay conminación expresa (norma i), si es que a continuación se dice que en cualquier caso que el acto no logre su finalidad deberá ser decretado nulo? En otras palabras, ¿de qué interesa que la ley *no* conmine expresamente la nulidad si, al final, cuando el acto *no* logre su finalidad siempre habrá nulidad? Aquí se aprecia que el *no* logro de la finalidad importa más que la taxatividad. Esto hace que el artículo 156, *comma* 1 no tenga ningún sentido (FURNO, 1951: p. 424; REDENTI, 1959: p. 124; PROTO PISANI, 1996: p. 239). Por tanto, la norma i) no es adecuada.

En segundo lugar, se ve que la norma iii) está ligada a la norma i), pues aquel se limita a los casos donde no hay conminación expresa. No obstante, como acabé de demostrar, la inexistente conminación por la ley no es capaz de evitar una nulidad, por lo tanto, la norma iii) es correcta siempre que se excluya la referencia a la falta de conminación expresa.

Pero la crítica contra el *Codice di procedura civile* italiano no termina aquí. Habiendo negado la importancia de la taxatividad como barrera para *impedir* la decretación de nulidad, solo resta verificar si su presencia constituye una necesidad insuperable de *posibilitar* la decretación de nulidad; es decir, si la conminación expresa conduce inexorablemente a un pronunciamiento nulificante (norma ii). De ser afirmativa esa respuesta, como ya se dijo, el ámbito de actuación de la finalidad residiría únicamente en las hipótesis donde no hay conminación expresa (norma iv).

No obstante, ello no es así. Una interpretación de los textos normativos de los tres párrafos del artículo 156 lleva a una conclusión muy diferente de la idea esbozada en el párrafo anterior. Como puede intuirse, el factor condicionante es el último párrafo del artículo 156: “La nulidad no puede *en ningún caso* ser pronunciada, si el acto ha logrado la finalidad a la que estaba destinado” (cur-sivas agregadas).

Este dispositivo no puede entenderse de otra manera que no sea una cláusula de subsanación *general* y *absoluta* para todos los vicios (formales), exista

o no conminación expresa de nulidad. La norma que se extrae de este dispositivo es la siguiente: el logro de la finalidad prevalece por sobre cualquier vicio, bastando que un acto viciado logre su finalidad para que la decretación de nulidad quede completamente excluida (punto v). Por lo tanto, la norma ii) es equivocada y la norma iv) solo subsiste si se elimina la referencia a la conminación expresa de la nulidad. Con ello, no habría ninguna razón para distinguir las normas iv) y v).

Por lo tanto, el esquema planteado por el *Codice* apenas se resume, básicamente, a dos simples normas. Este es el *modelo de la finalidad*:

- “a) Sin que interese si hay o no conminación expresa, un acto viciado será decretado nulo si no logra su finalidad” (en contra: FURNO, 1951: p. 424).
- “b) Sin que interese si hay o no conminación expresa, si el acto no respeta la forma prevista (viciado) pero logra su finalidad, no será decretado nulo” (PROTO PISANI, 1996: p. 239).

Así, y tomando en consideración lo expuesto hasta este momento, esta interpretación me parece absolutamente coherente con un régimen de la nulidad procesal orientado por el finalismo. En efecto, si lo que se quiere es realmente privilegiar el logro (o no logro) de la finalidad y que ello sea determinante para la decretación o no de la nulidad, entonces la conminación expresa debe asumir un papel inexistente o, como máximo, meramente indicativo de ciertos vicios. Por ello, cuando la ley identifique cuáles actos viciados deben ser decretados nulos por haber violado una formalidad específica, aun así dichos actos pasarán por el filtro de la finalidad. Esto quiere decir, a final de cuentas, que, al contrario de lo que se desprendería de una lectura literal de los dispositivos del *Codice*, en donde la taxatividad (conminación expresa) tendría preponderancia sobre la finalidad, en realidad sucede exactamente lo contrario: es la finalidad la que opaca —y hasta hace perder todo sentido— a la taxatividad.

7. TAXATIVIDAD Y FINALIDAD EN EL CPC DE 1993

Al igual que el *Codice*, nuestro CPC de 1993, en sus artículos 171 al 177, también construyó el régimen de la nulidad procesal con base en la conjunción entre las reglas de la taxatividad y finalidad, inspirándose, por vía *indirecta*, en el cuerpo legal peninsular (CAVANI, 2014: p. 301 y ss.). No obstante, sería un equívoco afirmar una exacta correspondencia, desde el punto de vista de la literalidad de los enunciados normativos, entre uno y otro Código, aunque buena parte de lo que se viene diciendo será de enorme utilidad para entender nuestra legislación. Vale la pena, por tanto, realizar una exposición detallada.

Lo que sí debe ser relativizado es que el CPC hable, en su sumilla, de “trascendencia” y no de “finalidad”. Es este último el término consagrado en doctrina y en Derecho Comparado y, además, como se verá más adelante, el CPC habla de *finalidad* en el artículo 172, inciso 2. Ello, en mi opinión, habilita perfectamente excluir el término “trascendencia” del análisis.

El primer párrafo del artículo 171 equivale en buena medida a los dos primeros párrafos del artículo 156 del *Codice*, por lo tanto, se entiende que las mismas críticas pueden ser aplicadas. En realidad, el CPC contiene una fórmula positiva (“La nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley”), mientras que el *Codice* posee una fórmula negativa, pero ello no enerva la contradicción intrínseca con la disposición que le sigue: “Sin embargo, [la nulidad] puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”. Nuevamente: no tiene mucha lógica que la ley, primero, se irrogue las hipótesis en donde habrá nulidad y luego que ella misma autorice al juez a decretarla cuando el acto no logre su finalidad (porque carece de los requisitos indispensables para su obtención).

Hasta aquí no hay mayor diferencia con el análisis del *Codice*; sin embargo, en el caso del CPC peruano no es tan fácil la conclusión arribada por la doctrina italiana, en el sentido de que, a pesar de la conminación expresa de la nulidad, el logro de la finalidad tiene prevalencia absoluta, es decir, aquella que se desprende con claridad del artículo 156, tercer párrafo. La legislación peruana, ciertamente, no es tan clara en ese sentido. ¿A qué se debe esto? Precisamente a la forma como fue redactado el segundo párrafo del artículo 171: “Cuando la ley prescribe formalidad determinada *sin sanción de nulidad* para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito” (cursivas agregadas).

La interpretación literal no admite atisbo de dudas: el logro de la finalidad está absolutamente condicionada a la *no* conminación de la nulidad, puesto que ese “propósito” del que habla el CPC para dotar de validez al acto viciado es una hipótesis que se presenta únicamente en los casos en donde la ley no establece ningún comando normativo indicando que el juez debe decretar la nulidad. Esto quiere decir, como se conjeturó (y después se rechazó) para el caso del *Codice*, que en la legislación procesal civil peruana, la taxatividad tendría prevalencia sobre la finalidad en la decretación de la nulidad. Con ello, se tendría que concluir que el modelo de la finalidad no fue recogido por el CPC peruano.

Sin embargo, ello es ciertamente paradójico porque en los textos legislativos que influyeron decisivamente a nuestro CPC aparece bien claro que la finalidad no está condicionada a la *no* conminación de la nulidad. En efecto, el CPC y Comercial de la Nación argentina (CPCN), en su artículo 169, tercer párrafo,

dice lo siguiente: “No se podrá declarar la nulidad, *aún en los casos mencionados en los párrafos precedentes*, si el acto, no obstante su irregularidad, ha logrado la finalidad a que estaba destinado” (los párrafos precedentes a los que se refiere dicho dispositivo son: “Ningún acto procesal será declarado nulo si la ley no prevé expresamente esa sanción”; y “Sin embargo, la nulidad procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”). Por su parte, el artículo 104, tercer párrafo, del Anteproyecto de CPC modelo para Iberoamérica dispone: “La anulación no procede, *aun en los casos establecidos precedentemente* si el acto, aunque irregular, ha logrado el fin al que estaba destinado, salvo que se hubiese provocado indefensión” (los párrafos precedentes a los que se refiere dicho dispositivo son: “No puede anularse un acto procesal sino cuando un texto expreso de la ley lo autorice” y “Puede ser anulado, no obstante, cuando carece de los requisitos indispensables para la obtención de su fin”).

La inspiración en la legislación italiana es evidente en ambos dispositivos, con un detalle fundamental: la expresa referencia de que no habrá nulidad “aún en los casos establecidos precedentemente” (es decir, a) nulidad conminada y b) nulidad por no lograr la finalidad) si el acto logra su finalidad. Por lo tanto, aquí no hay ninguna duda de que el modelo de la finalidad fue consagrado a la perfección, con la clara idea de evitar los problemas interpretativos que generan los dispositivos del *Codice* ya analizados.

¿Qué fue lo que llevó al legislador peruano a decidirse por no consagrar un verdadero modelo de la finalidad al darle privilegio a la conminación de nulidad? Ciertamente no es posible saberlo. El hecho es que la regulación del CPC peruano frente al CPC argentino y al Anteproyecto es diferente.

No obstante, ¿será que esta interpretación del CPC peruano es correcta? ¿Es posible decir que un régimen de la nulidad procesal, cuyo núcleo *supuestamente* debería ser el logro de la finalidad, puede estar condicionado a lo que dice la ley en determinadas hipótesis?

8. SUPERACIÓN DE UNA ANTINOMIA: LA SUJECCIÓN DEL LOGRO DE LA FINALIDAD A LA CONMINACIÓN EXPRESA DE NULIDAD FRENTE A LA CONVALIDACIÓN DE LOS VICIOS FORMALES (ART. 171, SEGUNDO PÁRRAFO VS. ART. 172, SEGUNDO PÁRRAFO DEL CPC)

Un vistazo no muy acucioso respecto de la estructuración del régimen de la nulidad procesal del CPC peruano llevaría a la conclusión de que la taxatividad y la finalidad serían los “principios” base del sistema, y que a partir de allí se desprenderían diversos “principios”, tales como la convalidación, subsanación, integración,

interés, etc. Asimismo, la literalidad del artículo 171, segundo párrafo, CPC, llevaría a pensar que el ámbito de actuación del logro de la finalidad estaría reservado solo a aquellas hipótesis donde no existe conminación expresa de nulidad.

No obstante, esta interpretación no es coherente con un modelo de la finalidad en donde en cualquier circunstancia debe prevalecer el logro de la finalidad por sobre las prescripciones formales, lo cual es determinante para la decretación de nulidad. Así, la norma que se extrae del artículo 171, segundo párrafo del CPC, va en una dirección absolutamente contraria al modelo que el legislador quiso (o debió) recoger. Como fue anunciado, esta afirmación se sustenta en la existencia de una antinomia entre el dispositivo mencionado (T1) y el artículo 172, segundo párrafo del CPC (T2).

Sin embargo, ¿qué es una antinomia? Se trata de un conflicto de normas, tal como lo explica Riccardo GUASTINI:

“Puede suceder –y en realidad ocurre continuamente– que dos normas estatuyan para una misma *fattispecie* (una circunstancia o una combinación de circunstancias) singulares y concretas consecuencias jurídicas incompatibles entre ellas. En virtud de una primera norma, N1, la *fattispecie* F tiene la consecuencia G; en virtud de una segunda norma, N2, la misma *fattispecie* F tiene la consecuencia no-G. Estas situaciones de conflicto, contraste, o incompatibilidad entre las normas se llaman comúnmente ‘antinomias’”.

Teniendo clara la noción de antinomia, es necesario visualizar ambos textos normativos (T1 y T2) para deducir las normas que se extraen de ellos (N1 y N2).

T1: “Cuando la ley prescribe formalidad determinada sin sanción de nulidad para la realización de un acto procesal, este será válido si habiéndose realizado de otro modo, ha cumplido su propósito”.

T2: “Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado”.

Las normas que se extraen de cada uno de dichos textos son las siguientes:

N1: “El acto será válido si es que logra su finalidad únicamente en los casos donde la ley no conmine expresamente la nulidad”.

N2: “El acto que posea vicios formales será válido si es que logra su finalidad”.

En primer lugar, es necesario reafirmar mi posición respecto de la existencia de una auténtica antinomia. Para ello, es preciso rechazar tres objeciones que intentarían demostrar que no habría tal colisión de normas.

- i) Se podría decir que N2, por situarse en el contexto del “principio” de convalidación, tendría un marco de aplicación más restringido que N1, que

consagra el “principio” de la finalidad, ya que la convalidación viene a ser una consecuencia de aquella. No obstante, no veo ninguna razón para diferenciar el campo de aplicación normativa de esa manera, teniendo en cuenta que el propio sentido del texto de T1 y T2 no indica nada que pueda llevar a que N1 sea “preferentemente aplicable” respecto de N2, más aún cuando esta última norma habla de finalidad tal como lo hace N1.

- ii) Se podría entender que las normas sobre la convalidación (art. 172, primero, segundo y tercer párrafo del CPC) pertenecen al contexto de la notificación, por lo que N1 se aplicaría a todos los casos que no pertenezcan a dicha hipótesis. No obstante, el primer párrafo hace mención expresa a la notificación porque habla de poner “en manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución”. Se tendría, por tanto, una modalidad de convalidación aplicada a las notificaciones. No obstante, los párrafos segundo y tercero no solo se limitan a la notificación, sino que tienen una vocación generalizadora. Por ejemplo, la convalidación tácita puede darse por no denunciar los defectos formales de una resolución judicial.
- iii) Finalmente, se podría afirmar que N2, por hacer referencia a requisitos formales, haría que N1, por una interpretación a contrario sensu, se aplique a los requisitos extraformales. No obstante, líneas atrás se vio que los vicios formales y los vicios extraformales tienen causas bien distintas entre sí y que, por consecuencia, la forma como se subsanan es divergente. Esto se ve reforzado cuando se advierte que muchas de las así llamadas “nulidades conminadas”, por referirse a vicios extraformales, no siguen la lógica impuesta por el modelo de la finalidad y que, por tanto, varias de las disposiciones del régimen de nulidades procesales no pueden ser aplicables (al respecto, CAVANI, 2014: p. 364 y ss.).

Nótese que se generaría una falacia si se relaciona N1 con finalidad y N2 con convalidación, pretendiendo dar a entender que los supuestos distintos por poseer *nomen iuris* distintos. En realidad, N2 discurre sobre el logro de la finalidad exactamente igual como lo hace N1, solo que esta lo hace defectuosamente. De nada sirve tratar de entender N2 como un “supuesto de convalidación” por encontrarse en un texto normativo cuyo encabezado refiere al “principio de convalidación”, si es que la norma que se extrae de T2 regula la misma hipótesis que la norma que se extrae de T1. Véase, asimismo, cómo es que de acuerdo a las exigencias del modelo de la finalidad, N2 resulta ser absolutamente coherente y acertada, pues circunscribe el ámbito de la finalidad a los requisitos formales sin ningún tipo de limitación por la conminación expresa que el legislador haya decidido hacer. En efecto, la instrumentalidad de las formas (que en realidad no es un principio sino

una auténtica regla) exige que la violación de los requisitos formales ceda ante el logro de la finalidad.

De esta manera, teniendo siempre presente la inaplicabilidad del modelo de la finalidad a los vicios extraformales, es claro que N1 y N2 determinan consecuencias diversas para situaciones iguales, dando como resultado una colisión por contradicción. En efecto, mientras la N1 dice que se privilegiará la finalidad solo cuando la ley no hable de nulidad, la N2 dice que se privilegiará la finalidad sin ninguna consideración sobre la conminación expresa. En consecuencia, ¿cuál es la interpretación que debe ser adoptada? En mi criterio, N1 debe ser apartada y N2 debe prevalecer en todos los casos, entendiéndose de esta manera, que el CPC peruano sí consagró correctamente el modelo de la finalidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁVILA, Humberto (2011): *Seguranca jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Cortado; TARUFFO, Michele (1998): *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed. Boloña: Il Mulino; CONSO, Giovanni (1955): *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione e efficacia*. Milán: Giuffrè; DIDIER Jr. Fredie (2010): “La invalidación de los actos procesales en el proceso civil brasileño”. En: *Estudios sobre la nulidad procesal*. Renzo Cavani (coord.), trad. Renzo Cavani. Lima: Normas Legales; FURNO, Carlo (1951): “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”. En: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, vol. I. Milán: Giuffrè; PROTO PISANI, Andrea (1996): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Nápoles: Jovene; REDENTI, Enrico (1959): “Voz: Atti processuali. a) Diritto Processuale Civile”. En: *Enciclopedia del Diritto*, IV. Milán: Giuffrè; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1999): “Nulidades procesales”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, II. Lima: Estudio Monroy Abogados.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es válida la resolución que tiene por contestada la demanda, al no encontrarse impedido el letrado para efectuarlo en representación de su patrocinado. No se ha causado perjuicio alguno al demandante con el acto procesal viciado, ni tampoco ha dejado de realizar alguna defensa como consecuencia del supuesto vicio. Al no encontrarse la nulidad planteada sancionada por causal prevista se resuelve declarar infundada la nulidad (*Exp. N° 8133-2010*).

En materia de nulidad procesal, la infracción en que se pudiera incurrir, debe tener una potencialidad de modo tal que conlleve a que los demás actos procesales realizados en el proceso no puedan cumplir su finalidad. En tal sentido, el criterio debe ser restrictivo, pues debe prevalecer el Principio de conservación de los actos procesales, es decir, preservar la eficacia y validez de dichos actos, ante la posibilidad de decretar su anulación o pérdida (*Exp. N° 2836-2006*).

Artículo 172**Principios de convalidación, subsanación o integración**

Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución.

Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado.

Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo.

No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal.

El juez puede integrar una resolución antes de su notificación. Después de la notificación pero dentro del plazo que las partes dispongan para apelarla, de oficio o a pedido de parte, el juez puede integrarla cuando haya omitido pronunciamiento sobre algún punto principal o accesorio. El plazo para recurrir la resolución integrada se computa desde la notificación de la resolución que la integra.

El juez superior puede integrar la resolución recurrida cuando concurren los supuestos del párrafo anterior.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IX, 171, 370.

Renzo Cavani

1. PRINCIPIOS Y REGLAS

Tal como fácilmente se puede apreciar de la lectura de los enunciados normativos correspondientes a la nulidad de los actos procesales del CPC (Título VI de la Sección Tercera, “Actividad procesal”), se advierte la existencia de diversos “principios”, atendiendo al lenguaje utilizado por el legislador en la sumilla (y no en el cuerpo) de tales artículos.

En ese sentido, no resulta ocioso preguntarse si nos encontramos frente a auténticos *principios* o si, en todo caso, en realidad se trata de *reglas*. Hasta donde tengo entendido, ningún autor nacional que haya escrito sobre el tema ha reparado en esta cuestión. Cosa parecida puede decirse de los autores extranjeros, pues es moneda corriente hablar de “principio de convalidación”, “principio de perjuicio”, “principio de conservación”, etc.

En doctrina, dada la envergadura de quienes lo han sostenido, es admisible diferenciar las normas en principios y reglas (entre los principales autores: ALEXANDER, 2012; ALEXY, 1988; ALEXY, 2002; ALEXY, 2004; ALEXY, 2011: p. 85 y ss.; ÁVILA, 2015: p. 87 y ss.; DWORKIN, 1978; GRAU, 2014: p. 92 y ss.; GUASTINI, 2008; GUASTINI, 2011: p. 173 y ss.; POSCHER, 2012; PRIETO SANCHÍS, 1998: pp. 47-68; RODRÍGUEZ CALERO, 2004; SIECKMANN, 2012; ZAGREBELSKY, 2009: pp. 109-126). Los criterios para determinar unos y otras pueden variar, pero lo cierto es que esta bifurcación ha sido bien acogida. Como se ya vio, los principios y las reglas vienen a ser especies de normas jurídicas (las cuales son extraídas, mediante interpretación, de los textos normativos), dejando atrás la tradicional contraposición entre norma y principio, con evidente desprecio de este último por no poseer un auténtico contenido normativo.

Principios y reglas cuentan con ciertas particulares características, determinantes al momento de su interpretación y aplicación en el supuesto de hecho y en las consecuencias jurídicas previstas. En otras palabras, es muy importante identificar cuándo nos encontramos frente a un principio y cuándo frente a una regla, pues el razonamiento jurídico derivado de esta constatación traerá diferentes resultados al momento de su aplicación al caso concreto.

En ese sentido, es válido cuestionarse si existe algún impedimento en el hecho de que el legislador del CPC haya conferido expresamente el *nomen iuris* de principios a los enunciados normativos que integran la parte correspondiente a las nulidades. Al respecto, pienso que es posible no limitarse al signo lingüístico en este caso concreto. Como bien apunta RODRÍGUEZ (2004: pp. 58-59):

“(…) aunque es cierto que en algunos casos el propio legislador califica ciertos enunciados como principios, esto no prejuzga que se sustancie una tipología normativa diferente. Y es que tal consideración por parte de quien establece una disposición jurídica no determina su funcionalidad como principio. Dos razones justificarían esta afirmación: nadie estaría dispuesto a aceptar como principios aquellos enunciados que fueran designados así por el legislador; y porque este criterio sintáctico nominalista no tiene aplicación en el marco moral, careciendo por tanto de un carácter general”.

Del mismo modo, como resulta obvio, no es necesario que aparezca el *nomen iuris* de “principio” para que sea configurado de esa manera (PRIETO, 1998: p. 206).

El *nomen iuris* atribuido por el legislador sirve como *espía de la función* (expresión de TARELLO, citado por RODRÍGUEZ, 2004: p. 74), esto es, constituye una pauta para que el intérprete determine si el texto normativo interpretado es un principio o no, pero esto no condiciona, en modo alguno, la propia labor hermeneútica. En otras palabras, el hecho de que una norma sea o no un principio no depende del nombre que pueda existir en el enunciado normativo empleado

por el legislador, sino de la propia calificación que el intérprete le otorgue. Asimismo, si bien el sentido mínimo del texto resulta un punto de partida del cual el intérprete no puede escapar, no me parece que el *nomen iuris* integre ese sentido mínimo, más aún cuando el legislador puede llamar a una figura jurídica que, en la realidad, no es tal.

Es así que la gran mayoría de las normas que se pueden extraer de los artículos 171 al 177 del CPC peruano, más conocidos como “principios de la nulidad”, son, en realidad, reglas. La razón no es difícil de hallar: si se parte de la famosa tesis elaborada por ALEXY (2011: p. 90), las reglas son normas que deben ser aplicadas por el juez en forma definitiva para evitar la producción de la nulidad. Se advierte que no nos encontramos frente a normas que puedan dejar de prevalecer en determinados casos concretos según su peso; muy por el contrario, verificado el supuesto de hecho de alguna de dichas reglas, deberán ser aplicadas en cualquier circunstancia que cumpla con la hipótesis prevista. Ello es entendible porque son normas destinadas a evitar la configuración de la nulidad y, por tanto, atendiendo a la funcionalidad de esta en el formalismo procesal, deben ser entendidas como reglas para que sean útiles al cumplimiento de dicho propósito.

A la misma conclusión se llega si se toma como premisa la tesis de Humberto ÁVILA (con la que comulgo) donde las reglas son aquellas normas que imponen inmediatamente comportamientos a su destinatario, consagrando solo mediamente sus fines, mientras que los principios vienen a ser aquellas normas que consagran un estado ideal de cosas a ser alcanzado sin prever los comportamientos para ello (2015: p. 102 y ss.). Así, las normas que prohíben la producción de la nulidad si se logra la subsanación del vicio son, evidentemente, reglas, puesto que detallan directamente un comportamiento a ser realizado y no un estado ideal de cosas a ser alcanzado.

Véase, por ejemplo, lo concerniente a la figura de la convalidación, la cual es usualmente identificada como “principio de convalidación”. ¿Y por qué? Porque la sumilla del artículo 172 del CPC así lo denomina. Pero rápidamente se verifica que la norma contenida en el primer párrafo del artículo en cuestión, que impide al juez declarar la nulidad si el afectado demuestra haber tomado conocimiento oportuno de la resolución no es un principio sino de una regla. El comportamiento a ser realizado es directamente descriptivo.

Exactamente lo mismo sucede con la finalidad. Luego de resolver la antinomia entre las normas del artículo 171, segundo párrafo del CPC, y del artículo 172, segundo párrafo del CPC, se concluyó que la norma que debe ser usada por el aplicador es la siguiente: si el acto, a pesar de poseer un vicio formal, cumple con su finalidad, entonces no cabe la nulidad. Nuevamente: ¿se trata de una *regla* o un *principio*? Se habla mucho de “principio de finalidad” e inclusive de “principio de

instrumentalidad de las formas”. No obstante, no veo ninguna razón para distinguir dos *nomen iuris* si se trata apenas de un concepto. Dicho concepto es, precisamente, que el logro de la finalidad prevalece por sobre las violaciones a la forma establecida. Y, por tanto, se trata evidentemente de una regla por constituir una prescripción directa de comportamiento. No hay ningún “estado ideal de cosas a ser alcanzado”, puesto que el comportamiento está claramente definido: no anular si se logra la finalidad.

Y así podemos verificar que los “principios” de legalidad, perjuicio y la conservación de los actos procesales son auténticas reglas, constituyendo comportamientos dirigidos al juez a fin de que evite decretar la nulidad (consecuencia) si se presenta la situación fáctica (antecedente) prevista por cada una de dichas normas. Por consiguiente, no estamos frente a principios, constatación que es de enorme importancia puesto que, identificando correctamente las reglas y los principios, se elabora una argumentación jurídica distinta que, inclusive, puede llevar a superar, excepcionalmente, las primeras.

Se dijo que la gran mayoría de las normas relativas a la nulidad procesal son reglas. Ello quiere decir, en efecto, que hay otras que sí son auténticos principios, como aquella norma que se encuentra en el artículo V del Título Preliminar, tercer párrafo del CPC, que consagra el principio de economía procesal y que tiene un importante impacto en el régimen de nulidades procesales, dado que, efectivamente, consagra un estado ideal de cosas: “el juez dirige el proceso tendiendo a una *reducción* de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran” (cursivas agregadas). De aquí se puede extraer que el fin de la norma es que el juez tramite el proceso reduciendo la cantidad de actos procesales en la mayor medida de lo posible, sin que se prevea cómo debe hacerlo.

No obstante, esta norma no solo refiere al número de actos procesales que el juez puede emplear para llevar adelante el proceso; también es posible extraer la necesidad de un ahorro de tiempo, economía y esfuerzo tal como lo entiende la doctrina (MONROY, 1996: p. 98 y ss.). Y aplicado al tema de las nulidades procesales, este principio resulta de gran importancia sobre todo al momento de ser aplicado conjuntamente con la regla de la conservación y, en general, como “criterio correctivo de los males que afligen el sistema, tales como costos, duración o ineficiencia, funcionando también para establecer un equilibrio ponderado entre los principios dispositivo e inquisitorio, a la vez que su aplicación puede permitir la iniciativa oficial sobre formas instrumentales que aparenten idóneas para simplificar y acelerar de modo razonable el alcance de los fines procesales”. Asimismo, resulta ser también el fundamento normativo para operar la conversión de los actos procesales de parte, es decir, en la modificación de la *fattispecie* de un acto, en otra *fattispecie* diferente, con sus propios efectos típicos.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA “ALCANZAR LA FINALIDAD”?

2.1. Los llamados “requisitos indispensables para el cumplimiento de la finalidad”

El modelo de la finalidad tiene como principal característica que si el logro de esta se verifica en un acto viciado (con absoluta prescindencia de conminación expresa), no habrá nulidad. Pues bien, la otra cara de este régimen se encuentra también en el ámbito del logro de la finalidad, pero esta vez en sentido negativo, es decir: *si el acto no logra su finalidad, deberá ser decretado nulo*.

En realidad, la fórmula propuesta en el *Codice* (art. 156, segundo párrafo), y seguida sin reparos por el CPC argentino, el Anteproyecto de CPC Modelo para Iberoamérica y, por supuesto, nuestro CPC, se refiere exactamente a una “falta de requisitos indispensables para la obtención (logro) de la finalidad”. No obstante, hasta ahora no sabemos cómo entender el término indeterminado “finalidad”. ¿Se trata de la finalidad del acto? ¿O quizá la finalidad de la norma? ¿O la finalidad del proceso? Para clarificar la exposición, adelanto que *la alusión a finalidad única y tan solamente puede referirse al acto*.

No obstante, creo que el gran problema de la doctrina que enfrentó este tema es centrar su atención únicamente en la norma que impide la nulidad si se logra la finalidad. *Por tanto, el entendimiento de lo que significa “finalidad”, en primer lugar, debe partir de la norma que ordena la nulidad si el acto no logra su finalidad. Esta norma fue prácticamente ignorada en la teorización sobre la fattispecie orientada a precisar el fenómeno normativo de la nulidad y de la subsanación de los actos viciados*. Es de ella –y de sus implicancias teóricas– que el análisis debe comenzar.

La referida disposición merece dos apreciaciones preliminares, una de cuño *formal* y la otra de cuño *sustancial*.

La primera se refiere estrictamente a lo siguiente: ¿es lo mismo hablar de nulidad por la *no obtención de la finalidad* y nulidad por la *falta de requisitos indispensables para la obtención de la finalidad*? La respuesta, en mi criterio, es afirmativa, puesto que desde una perspectiva lógica, si el acto no logra su finalidad es porque existe un defecto u omisión en uno o más requisitos, los cuales deben estar adecuadamente configurados para lograr aquella finalidad.

La segunda apreciación radica en la exposición que he realizado sobre los elementos del acto procesal, según la cual estos pueden pacíficamente distinguirse entre presupuestos y requisitos. Puede verse con claridad que esta teorización facilita el encuadramiento de los llamados *requisitos indispensables para la obtención*

de la finalidad, en tanto, de por sí, los requisitos están vinculados a la decretación de nulidad tal como lo expresa la ley. Tal como fue señalado, no es posible establecer *a priori* los requisitos que deben contemplar los actos procesales, pues ya se vio que ello dependerá si se trata de actos jurisdiccionales o actos de parte, con sus requisitos generales y los específicos para cada acto.

No obstante, es oportuno aquí realizar la siguiente digresión, que es precisamente la apreciación preliminar de carácter *sustancial*: partiendo de la premisa de que los requisitos están vinculados al ámbito estructural y, por tanto, con la nulidad, ¿es todo y cualquier requisito del acto *indispensable para la obtención de su propia finalidad*? Entendiendo los requisitos como elementos del acto que, sin ser aquellos que determinan su existencia (presupuestos), le dotan su propia configuración, se percibe que el defecto u omisión de cualquiera de ellos determinará una eficacia atípica (porque jamás será exactamente igual que la eficacia típica) del acto, la cual, a su vez, *podría* perjudicar la eficacia y los efectos que la ley desea.

Pero también sabemos, exclusivamente por el dato legislativo, que ese mismo acto viciado, aun encontrándose mal configurado, puede *lograr su finalidad*, lo cual es suficiente para que no pueda existir decretación de nulidad alguna como expresamente lo manda el ordenamiento jurídico. A partir de esta norma, ¿qué es lo que tendríamos entonces? Pues que no todos los requisitos que deben estar presentes en un acto (*omisión*), o que deben estar adecuadamente realizados (*defecto*), son *indispensables para el cumplimiento de la finalidad*.

Nótese la lógica empleada: el acto será invalidado si uno o más requisitos que *necesariamente* deben encontrarse adecuadamente configurados para que produzca su finalidad no estuvieron. Por el contrario, el acto no será invalidado si uno o más requisitos *que no son indispensables para el cumplimiento de la finalidad* no fueron adecuadamente configurados. Por tanto, *en un primer momento*, sería posible hablar, abstractamente, de dos tipos de requisitos: los que son indispensables para el cumplimiento de la finalidad y los que *no* son indispensables para el cumplimiento de la finalidad.

Visto así, parece un razonamiento más que obvio; no obstante, para formularlo de esta manera es preciso tener presente una adecuada noción de los *requisitos del acto procesal*. Es precisamente la mención expresa que el legislador hizo a “requisitos” lo que permite apreciar el complejo modelo de la finalidad, para luego criticarlo.

Esta división entre requisitos indispensables para el logro de la finalidad y requisitos no indispensables para el logro de la finalidad no es tan cristalina como parece. ¿Por qué? Porque el fenómeno de la nulidad es mucho más complejo: un requisito absolutamente indispensable de un acto procesal puede haber sido

cumplido de forma defectuosa, pero dicho acto aún podría lograr su finalidad y, por tanto, no ser invalidado. El ejemplo más claro es la notificación: si el acto de notificación es mal realizado y no logra poner en conocimiento del destinatario el contenido de la resolución, dicho acto no logra su finalidad (que es precisamente la puesta en conocimiento) porque existió un defecto u omisión de un *requisito indispensable para el logro de la finalidad* (que podría ser la omisión de preaviso, la publicación defectuosa de los edictos, etc.); sin embargo, si a pesar de ello el destinatario de la notificación comparece, entonces *el acto sí logra su finalidad*. Pero ¿cómo puede lograr su finalidad si no se presentó un requisito *indispensable* para el logro de la finalidad? No cabe decir que dicho requisito, a fin de cuentas, no era indispensable, porque exactamente este vicio podría haber generado la nulidad del acto. *Nos encontramos, por tanto, ante "requisitos indispensables para el cumplimiento de la finalidad" cuya omisión o realización defectuosa no llega a ser absolutamente determinante para la decretación de nulidad.*

De esta constatación se deduce que la distinción que el legislador pretende realizar entre *requisitos indispensables* y *requisitos no indispensables* es ilusoria, porque hay requisitos cuyo defecto u omisión, por sí mismos, pueden decantar en una nulidad como pueden no hacerlo. Este insuperable problema no hace más que confirmar la idea que no solo no se puede establecer *a priori* los requisitos de los actos procesales (debido a que, si bien comparten una misma estructura, no poseen los mismos elementos), sino que tampoco es posible decir, a ciencia cierta, cuáles son los requisitos indispensables y no indispensables para logro de la finalidad.

Aún más: la previsión del legislador es equívoca porque esos requisitos indispensables para el cumplimiento de la finalidad no se puede sustentar ni siquiera de forma abstracta. En efecto, semejante disposición hace que el intérprete confunda "finalidad" con "efectos", tal como se pasa a referir en el siguiente subapartado.

2.2. La confusión entre finalidad del acto y efectos del acto

La *fattispecie* no puede confundirse con los efectos, a pesar de que a través de estos, aquella se manifieste en la realidad. Por medio de los efectos es que se puede determinar si el acto fue realizado típicamente o no. Asimismo, está claro que el vicio únicamente se produce por la omisión o defecto de uno o más requisitos típicos (*imperfección estructural*), lo cual generará efectos atípicos.

Entonces, en un discurso donde tenemos *fattispecie* abstracta y *fattispecie* concreta atípica, efectos típicos y efectos atípicos, ¿dónde entra la finalidad? Sería tentador afirmar que el acto cumplió con su finalidad si es que desplegó sus efectos típicos y, por el contrario, no cumplió con su finalidad si es que desplegó efectos atípicos y, por ello, fue invalidado. Con ello, habría una identidad entre efectos y finalidad. ¿Será que esto es correcto?

Me parece que no, y para demostrarlo se debe comenzar con una pregunta: ¿En qué casos un acto es apto para cumplir con la finalidad asignada por el ordenamiento jurídico? Hasta donde llegan mis reflexiones, solo dos son las hipótesis: i) que haya sido configurado *típicamente* o ii) que haya sido configurado *atípicamente* y que posteriormente, por alguna circunstancia, el acto no sea invalidado.

Sobre el punto i), si un acto típico produce efectos típicos, el acto logra su finalidad *no porque haya producido sus efectos típicos, sino porque, precisamente, fue configurado típicamente*. La finalidad, por tanto, entendida como *situación jurídica*, no está en los efectos, sino determinada en la propia generación del acto. Los efectos típicos, como ya se dijo, son la consecuencia de la *adecuación* del acto al modelo legal.

Lo mismo debe decirse en el punto ii): si el vicio de un acto no le permite desplegar sus efectos típicos, la eventual falta de logro de la finalidad se origina exclusivamente por la *atipicidad* del acto, lo que genera, a su vez, efectos *atípicos*.

¿Pero qué ocurre cuando, a pesar de la atipicidad el acto logra su finalidad? Es precisamente en este punto que es fácil llegar a la confusión entre finalidad y efectos; no obstante, aquí es necesario recurrir a la explicación realizada por GIOVANARDI, en el sentido de que el requisito defectuoso u omitido exigido por la *fattispecie* típica debe colocarse en *relación teleológica* con la finalidad del acto (aunque GIOVANARDI habla de “finalidad de la norma” - 1987: p. 273). De esta manera, el acto viciado conforma una *fattispecie* concreta que es capaz de lograr dicha finalidad si el requisito defectuosamente realizado u omitido responde a su vínculo teleológico. Por lo tanto, no se trata de equiparar finalidad y efectos, sino colocar la finalidad, siempre y en cualquier circunstancia, a nivel de los requisitos y no de los efectos (POLI, 1995: pp. 482-483).

Confundir finalidad con efectos, como bien indica GIOVANARDI, implica afirmar que el efecto sería un elemento capaz de perfeccionar la *fattispecie*, lo cual sería un grave error porque “sería arduo admitir que una misma situación jurídica pueda constituir a un mismo tiempo elemento y efecto jurídico de un mismo acto” (1987: p. 271). *Fattispecie* y efectos no se mezclan, por ello, la finalidad se encuentra en la configuración del acto.

Asimismo, identificar finalidad y efectos también llevaría al absurdo de afirmar que *el acto es productivo de efectos (logro de la finalidad) ... si produce sus efectos*. Como acertadamente dice GIOVANARDI, “un juicio sobre la capacidad de que un acto produzca efectos es el resultado de la verificación [*accertamento*], y no puede depender más que de la previa cognición de la forma del acto y, por tanto, de los elementos objetivos, con cuya presencia dicha capacidad puede ser declarada subsistente o no; y ello en cuanto al juicio sobre el efecto no puede más que tener su antecedente en la cognición de la causa” (1987: p. 273).

Por lo tanto, el tema de la finalidad únicamente se puede presentar a nivel de la configuración del acto, y no de sus efectos. Es importante decir que esta constatación resulta un avance importante para entender el complejo fenómeno del logro de la finalidad.

2.3. La finalidad como *situación ideal*

Si la finalidad se encuentra en el ámbito de la *fattispecie* y no en el de los efectos, ya estamos cerca de conceptualizar lo que, en mi criterio, realmente significa.

No obstante, antes es preciso decir *lo que no significa*. Decir que la finalidad equivale a la *ratio legis*, a la función del acto, a la finalidad de la norma o al propósito del legislador implica decir todo, pero, a la vez, decir nada. No es otra cosa que afirmar que la *finalidad* es la propia *fattispecie*. Pero ello, como puede apreciarse, no lleva a ningún lado, *salvo que el discurso jurídico sea precisado con mayor rigurosidad*.

Una mención especial merece esa identificación entre finalidad del acto con los fines del proceso. No obstante, primero habría que definir cuáles son los fines del proceso. ¿Justicia? ¿Pacificación? ¿Aplicación del derecho objetivo al caso concreto? Pero aun definiéndolos no ofrece ninguna solución coherente, puesto que decir que el acto logra su finalidad si permite lograr la justicia en el proceso es no decir nada. Peor aún: afirmar que un acto no será invalidado si de esa manera se permitirá lograr la pacificación social (en caso esta se asuma como un fin del proceso, por supuesto) es un argumento tan etéreo y gaseoso que, en realidad, deviene en inútil. Hablar de “fines del proceso” (a pesar de considerar que el fin del proceso es la tutela de los derechos) resulta una propuesta que, en el contexto de las nulidades, no puede ser tomada en serio.

¿Qué es, por tanto, la finalidad? En mi opinión, por *finalidad* debe entenderse *aquella situación ideal inherente a cada acto procesal típico, a fin de que este despliegue la incidencia en el procedimiento que el legislador predeterminó, la cual se puede alcanzar sea mediante efectos típicos, sea a través de efectos atípicos*.

Se trata, en primer lugar, de una *situación ideal* porque únicamente habita en el mundo abstracto, junto a la *fattispecie* abstracta. La finalidad únicamente hace referencia a esta y a los requisitos típicos. Por tanto, cuando se dice “el acto logró su finalidad” se hace referencia a esta abstracción que únicamente se puede descubrir por la *razón de ser* del acto en el procedimiento. No obstante, esta situación no puede confundirse con la propia *fattispecie*. Es la *fattispecie* la que consagra una *situación ideal* (finalidad) a la cual, en el contexto del modelo de la finalidad, debe adecuarse el acto efectivamente practicado para ser o no invalidado (y no para producir efectos típicos, como podría pensarse).

Se trata de una situación ideal *inherente a cada acto procesal típico* porque el legislador, al plasmar diversas *fattispecie* atípicas en el marco del procedimiento, no hace más que regular abstractamente los actos procesales y la forma como deben ser realizados. Por ello, desde esa perspectiva, es más preciso hablar de *finalidad del acto procesal* que de *finalidad de la norma*, inclusive porque el legislador crea textos (actos procesales típicos) y no normas.

Se habla de una situación ideal inherente a cada acto procesal típico *a fin de que este despliegue la incidencia en el procedimiento que el legislador predeterminó*, porque todo acto procesal tendría una razón de ser (o varias, según el caso) que justifique su inserción en el procedimiento legalmente establecido. Por ejemplo, el propósito del legislador de regular el acto procesal de notificación tiene como propósito que el destinatario tome conocimiento del contenido de los actos notificados (art. 155 del CPC). Pero ese es apenas *uno de los propósitos de la notificación*. Otro bien puede ser la posibilidad de que el destinatario ejerza su derecho al contradictorio y así influir en el proceso. Así, argumentativamente se pueden identificar *diversas finalidades* o, como se dijo, *situaciones ideales* que cada acto procesal determina. Inclusive, hasta es posible decir que todos los actos procesales cuentan como una de sus finalidades encaminarse al acto final. No obstante, como veremos más adelante, más allá que la complejidad de identificar estas situaciones ideales (propósitos del legislador) signifique una bondad del modelo, constituye su mayor falencia.

Por último, la finalidad es la situación ideal inherente a cada acto procesal típico, a fin de que despliegue la incidencia en el procedimiento que el legislador predeterminó, *la cual se puede alcanzar sea mediante efectos típicos, sea a través de efectos atípicos*, dado que el logro de esta situación ideal no solo puede darse en los casos de coincidencia entre las *fattispecie* abstracta y concreta, sino también cuando esta es atípica. Es incorrecto decir que el legislador, a pesar de desear que los actos se realicen exactamente como él lo previó, rechace que a esta situación ideal también se pueda llegar por otros caminos, *porque él mismo así lo autoriza cuando impide la decretación de nulidad en los casos en que el acto logró su finalidad*. Nótese una vez más la diferencia entre *finalidad* como *situación ideal* y *efectos*. Son estos (sean típicos o atípicos) los que llevan a aquella, que es siempre abstracta. No hay ni puede haber una relación de identidad entre ambos conceptos.

2.4. La cognición judicial en el modelo de la finalidad

Es plenamente posible afirmar que el logro de la finalidad resulta, para el intérprete, una indagación compleja dirigida a individualizar la finalidad del acto (ORIANI, 1990: p. 3). En efecto, ya se ha visto que “requisitos indispensables para la obtención de la finalidad”, “cumplimiento del propósito” y, naturalmente,

“finalidad”, son términos indeterminados que poseen una *gran densidad normativa* y una *baja objetividad semántica* (CABRAL, 2009: p. 49). Las consecuencias de esa indeterminación lingüística es que permite extraer la(s) norma(s) que mejor se adapten a cada caso concreto, pero, a la misma vez, genera que la labor interpretativa –y, sobre todo, aplicativa– se dificulte sobremanera, principalmente en el tema que aquí concierne.

Parte de dicha complejidad ya ha sido enunciada al recurrir a la doctrina y corroborar que el significado del término “*raggiungimento dello scopo*” o “logro de la finalidad” está muy lejos de ser pacífico y adecuado. No obstante, la dificultad de la tarea que el legislador le ha impuesto al juez va mucho más allá de saber cuándo se logra o no esta situación ideal que he identificado como *finalidad*.

En efecto, lo que el juez debe hacer para *saber cuándo decretar o no una nulidad en el modelo de la finalidad* puede resumirse a lo siguiente: i) verificar cuál es la *fattispecie* que el ordenamiento le confiere al acto perfecto o típico; ii) averiguar si esa *fattispecie* fue cumplida a cabalidad por el acto presuntamente viciado (o, también, descubrir cuál fue la *fattispecie* concreta de dicho acto), lo cual involucra determinar cuáles son los requisitos (formales o no) que fueron inobservados; iii) determinar cuál es la *finalidad* o *finalidades* del acto cuya *fattispecie* es perfecta (finalidad en abstracto); y iv) demostrar si dicha *finalidad* fue o no conseguida por el acto viciado o imperfecto (en cierta medida, CABRAL, 2009: p. 49).

Nótese que los puntos i) y ii) pueden hacerse mucho más complejos cuando la legislación procesal no regula una determinada forma o tipicidad para el acto; no obstante, trabajar con *fattispecie* es propio de la actividad del juez. Así, determinar qué acto posee un vicio o no comparando la forma como el acto fue realizado con la forma como debió ser realizado es un procedimiento lógico ineludible al control que el juez debe realizar sobre el correcto desenvolvimiento del procedimiento.

Es el punto iii) el que involucra una operación mental de enorme dificultad puesto que el juez debe ser capaz de determinar *con absoluta precisión* cuál es la finalidad o finalidades de todo y cualquier acto procesal, finalidad que, por esencia, debe ser analizada de forma abstracta porque ella misma lo es. Así, debe identificarse con rigurosidad cuál es la *situación ideal* o las *situaciones ideales* inherentes al acto típico, para luego contrastar con el acto efectivamente realizado (MARELLI, 2000: p. 48).

El punto iv), evidentemente, no es menos arduo de solucionar: saber si un acto logró o no alcanzar esta situación o situaciones ideales para las que estaba previsto presupone un juicio muy preciso respecto de las reglas de sanación de los vicios. No se olvide que el juez debe proveer una motivación suficiente y adecuada para fundamentar por qué anula y por qué deja de hacerlo.

Esta trabajosa labor de determinar cuál es la finalidad del acto procesal viciado es una exigencia consustancial e ineludible al modelo de la finalidad (GIOVANARDI, 1987: p. 290). Por supuesto, en algunos casos ello puede no llevar a mayores problemas, como podría ser el caso de la notificación.

El artículo 155, primer párrafo del CPC, señala que “el acto de la notificación *tiene por objeto* poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones judiciales. El juez, en decisión motivada, puede ordenar que se notifique a persona ajena en el proceso” (cursivas agregadas). Se verifica que el propio CPC define cuál es la finalidad o situación ideal de la notificación. Por consiguiente, ya se cuenta con un parámetro objetivo para descubrir la finalidad y determinar si el acto atípico la alcanzó.

No obstante, no toda finalidad del acto estará expresamente prevista en la ley. En realidad, en todo el CPC peruano, apenas la única tipificación expresa de la finalidad es el caso ya citado de la notificación. Precisamente por ello la búsqueda de esta *situación ideal* implica una *considerable libertad del juez*. Pero esta libertad bien puede degenerar en *arbitrariedad* si dicho procedimiento lógico no es realizado correctamente y si se optase por la decretación de nulidad cuando no existe un vicio o cuando se pierde de vista que el juez, para saber si hubo o no logro de la finalidad, antes debe fijar la finalidad en abstracto. Ello se agrava aún más cuando el juez decreta nulidades de oficio, sin promover el contradictorio entre las partes, alegando que son “insubsanables”, tal como lo autoriza el artículo 176, tercer párrafo del CPC, tal como es interpretado—inconstitucionalmente— por los jueces peruanos (CAVANI, 2014: p. 482 y ss.).

Asimismo, el raciocinio es aún más complejo si el juez, argumentativamente, descubre dos o más finalidades en el acto. ¿Qué ocurre si la *fattispecie* concreta logra una finalidad pero no otra? ¿Cuál debe ser la decisión si una finalidad está contenida dentro de la otra? Evidentemente, estas preguntas no pueden ser respondidas aquí, sino en el caso concreto. Y es precisamente la enorme complejidad del caso concreto que hace que este análisis de la finalidad sea indeseable.

2.5. Vicios y nulidad frente a la idoneidad del acto final. Importancia de la teoría del procedimiento

Para poder superar los problemas que plantea el modelo de la finalidad, es necesario partir de la *teoría del procedimiento*. Así, este está compuesto por una serie ordenada, dinámica y temporal de actos coligados entre sí por un criterio de causalidad, con el objetivo de llegar al *acto final*. Según FAZZALARI, el *quid* del procedimiento está, precisamente, en la correlatividad de los actos, es decir, la vocación que cada acto de la serie procedimental tiene para seguir del otro (1989: p. 59).

Después de categorizar el *tipo complejo* como aquel cuya estructura se compone de actos y hechos jurídicos necesarios para la obtención de un fin específico, José Joaquim CALMON DE PASSOS (2009: p. 83), por influencia de Giovanni CONSO (1955: pp. 115-116), lo distingue en: i) tipos complejos de formación *concomitante o instantánea*; ii) tipos complejos de formación *cronológicamente indiferente* y iii) tipos complejos de *formación sucesiva*. En los primeros, los actos ocurren en la misma unidad de tiempo; en los segundos, los actos se realizan sin mediar un orden predeterminado; en los terceros, por el contrario, los actos se realizan según un orden preestablecido con anterioridad. Naturalmente, el procedimiento se encuentra en la categoría de tipo complejo de formación sucesiva; sin embargo, “lo que ocurre en el procedimiento no es una pluralidad de actos y un solo efecto, sino una *serie de actos y una serie de efectos* causalmente coligados con vista a un *efecto conclusivo*” (CALMON DE PASSOS, 2009: p. 83; también CONSO, 1955: p. 135).

La última afirmación de CALMON DE PASSOS debe ser tenida muy en cuenta, pues los efectos que produce el procedimiento no se circunscriben únicamente a aquellos que despliega el acto final; los actos integrantes también tienen diversos efectos, además del *efecto natural* de cada uno de ellos, cual es apuntar a la *consecución del acto final*.

Esta intrínseca vinculación que los actos procedimentales poseen entre sí y respecto del acto final se manifiesta tangiblemente cuando existe un vicio capaz de contaminar actos subsecuentes y que no llegó a ser subsanado, puesto que esta contaminación llegará hasta el acto final, condicionando su *idoneidad*.

Ya se ha visto varias líneas atrás que la nulidad es un figura excepcional y, primigeniamente, perjudicial para el procedimiento, y que, por tanto, es deseable que, en la medida de lo posible, los vicios sean subsanados. Precisamente aquí es importantísimo el enfoque que ofrece la teoría del procedimiento: ¿por qué es importante que los vicios sean subsanados? No solamente para evitar retrasar la prestación de la tutela jurisdiccional, como ya se dijo, sino *para evitar que el acto final se vea perjudicado con algún vicio que, posteriormente, pueda decantar en una decretación de nulidad de dicho acto*.

Entonces, así como es correcto afirmar que los actos que componen el procedimiento ~~tienden a la consecución del acto final~~, *las técnicas procesales destinadas a impedir la decretación de nulidad, al procurar subsanar precisamente aquellos actos que, con el transcurrir del procedimiento, puedan verse aquejados por un vicio, tienen, en el fondo, la concreta misión de impedir que el acto final se vea contaminado y que se comprometa su eficacia por un pronunciamiento de nulidad*. Esta es, por tanto, la verdadera función de estas técnicas procesales en el marco del procedimiento.

Esta constatación no solo tiene una enorme importancia teórica sino, principalmente, práctica, puesto que el operador judicial debe tener presente *qué es lo que, a fin de cuentas, debe ser protegido*. Así, al procurarse la subsanación de los vicios de los actos procedimentales, debe hacerse no teniendo en cuenta únicamente el acto viciado, sino también su influencia en los actos subsecuentes, lo cual se traduce necesariamente en la *preservación del acto final*. Esto hace que el juez deba mostrar una especial preocupación para evitar una futura decretación de nulidad de la sentencia, sea por él mismo, por el juez revisor en la apelación o por el juez de casación.

Por su parte, preservar la idoneidad del acto final es de suma importancia, pues el procedimiento (aquí entendido como acto complejo) no tendrá la eficacia que el ordenamiento jurídico desea si es que el acto final resulta ser inidóneo o, en todo caso, potencialmente apto para ser decretado como nulo, debido a los vicios que posee. *La eficacia del procedimiento depende, por tanto, de que el acto final sea apto para cumplir el propósito para el cual está destinado. Solo así puede hablarse de idoneidad del acto final.*

Nótese que, asimismo, a pesar del inherente perjuicio que trae al proceso, la nulidad también se muestra como un instrumento excepcional que *protege la integridad del futuro acto final del procedimiento*. ¿Por qué? Porque con su decretación—la cual, como se vio, se da exclusivamente por el hecho de que un vicio no pudo ser subsanado—no solo se impide el inútil dispendio de tiempo, costo y esfuerzo que implicaría la continuación del procedimiento viciado, sino, principalmente, que se produzca una sentencia (en el caso del proceso de cognición) condenada a su anulación, lo cual perjudicará la tutela del derecho que se busca alcanzar en el proceso. Por ello es que el juez tiene el *deber* de verificar y desterrar cualquier tipo de vicio que pueda afectar el acto final, empleando la nulidad cuando en el futuro este pueda verse perjudicado en su idoneidad.

Al final, como se desprende de una enseñanza de REDENTI, todo redunda en que el acto final alcance, en un momento dado, una determinada *seguridad de que no será anulado y que, por lo tanto, al lograrse un pronunciamiento sobre el mérito, pueda resolverse definitivamente la controversia*, sin ningún tipo de vicisitudes posteriores.

Esta es la ilustrativa lección del profesor italiano:

“(…) en el campo del derecho sustancial el negocio jurídico es productivo de efectos por sí mismo, como un fenómeno jurídico ya perfecto, ya completo y autónomo; los actos del procedimiento en cambio operan siendo un fenómeno todavía en curso de desenvolvimiento, y por tanto al interior del proceso, en cuanto formativo del pronunciamiento final. Para las sentencias, y en general para las resoluciones del juez, su particular régimen depende, en

cambio, principalmente de la necesidad de alcanzar en un cierto momento la estabilidad, la certeza, la consolidación de los resultados del proceso, lo cual no se obtendría si resoluciones y sentencias fuesen atacables aún después de agotados los medios procesales predispuestos por la ley para ello” (REDENTI, 1939: p. 524).

Cabe resaltar un punto importante: siendo que la nulidad tiene lugar en un procedimiento determinado, sea ámbito judicial (primer o segundo grado, un incidente o hasta el propio procedimiento de casación), sea estatal o privado, el *acto final* y el *propósito que el ordenamiento jurídico le confiere* dependerá de cuál procedimiento se trate. Por ejemplo, en los casos de un proceso de mera declaración el acto final sería la sentencia, mientras que en los casos de un proceso en donde se busque un comportamiento del demandado para satisfacer un derecho reclamado, si bien existirá una sentencia de mérito, tanto o más importante que ella será la fase de cumplimiento de sentencia, cuya idoneidad también debe ser protegida. De ahí que no es posible decir que el acto final es el pronunciamiento de mérito, puesto que, en mi criterio, ya no es posible percibir, como fue moneda corriente a lo largo de la historia del proceso civil, las funciones de cognición y ejecución como funciones diversas, estanques e inconfundibles, que ameritaban *procesos diferenciados*. El *acto final*, por tanto, depende de las exigencias procedimentales de la situación jurídica subjetiva que es tutelada por el proceso.

2.6. El criterio de la preservación de la idoneidad del acto final

Es necesario ver con otros ojos el modelo de la finalidad: el juez no debe dejar de invalidar un acto por el logro de la finalidad ni anularlo porque esta no se haya logrado, puesto que ese criterio, al remitir a una situación ideal, *no permite percibir cuál es la verdadera función de los vicios en el marco del procedimiento*. Hablar de “finalidad del acto” oscurece la forma como debe ser enfrentado el fenómeno del vicio y de la invalidez en el procedimiento.

Siendo ello así, el juez debe estar alerta *en todo momento* de aquellos defectos que puedan ser decisivos para perjudicar la idoneidad del acto final, pues a través de él se otorgará la tutela efectiva, adecuada y tempestiva tanto al demandante como al demandado. Por lo tanto, las reacciones del juez pueden ser de dos tipos: a) verificar que el vicio no afectará la integridad del acto final, por lo que *bajo ninguna circunstancia decretará la nulidad*; b) verificar que el vicio sí afectará la integridad del acto final, por lo que deberá decretar la nulidad *con presteza* para evitar el dispendio de tiempo, gasto y esfuerzo, y así reencaminar adecuadamente el procedimiento. Y es que el procedimiento no puede soportar el hecho de arrastrar vicios que, eventualmente, puedan perjudicar su avance. Es necesario que el juez y las partes tomen cartas en el asunto con el fin de promover la *cognoscibilidad, confiabilidad y calculabilidad* que el propio procedimiento debe ofrecer.

No obstante, sin perjuicio de ello, el juez deberá hacer *todo lo posible* por tratar de subsanar el vicio, permitiendo a las partes corregir los defectos en que puedan haber incurrido o dándoles la oportunidad de ratificar los actos (como en el caso ya referido sobre la sucesión procesal), absteniéndose de decretar la nulidad. Asimismo, *en ningún caso* el juez se pronunciará sobre un vicio –sea decretando la nulidad o no– sin dialogar con las partes sobre la decisión a ser adoptada (CAVANI, 2014: p. 482 y ss.).

3. VICIOS FORMALES Y EXTRAFORMALES

El vicio puede ser de dos tipos: *formales* y *no formales* (*extraformales* o *sustanciales*), tal como se indica en el título del presente ítem. No obstante, dicho entendimiento, encuentra gran acogida en la doctrina italiana, de ahí que sea particularmente curioso que la doctrina de los países receptores de la legislación italiana en materia de nulidades (por ejemplo, Argentina, Perú o Brasil), prácticamente haya ignorado o relativizado el tema (en Brasil, con excepción de KOMATSU, 1991: pp. 219-225), siendo que se trata, a mi juicio, de uno absolutamente indispensable para entender el fenómeno de la nulidad en toda su complejidad.

Como su nombre lo indica, los *vicios formales* hacen alusión a un acto defectuoso por el incumplimiento de la *forma* (en sentido estricto) prevista legalmente para su realización, esto es, el modo, lugar y tiempo que debe ser respetado o, más genéricamente, la manera como se manifiesta en la realidad (ORIANI, 1988: p. 4; REDENTI, 1959: p. 117; FAZZALARI, 1989: p. 232). Los vicios formales, por tanto, surgen a partir de una violación de los *requisitos formales*.

Estos requisitos formales se encuentran *expresamente previstos en la ley*. Así, por ejemplo, en nuestro CPC se prevé la forma de eliminar palabras o frases equivocadas en las resoluciones judiciales (art. 119), los elementos formales que deben contener como el lugar, la fecha o la numeración correlativa (art. 122), el plazo para expedirlas según sea un decreto, auto o sentencia (art. 124), la utilización del idioma castellano (art. 130, inc. 7), la firma por la parte, representante o abogado (art. 131). Y también se encuentra presente, como un requisito de forma común de todos los actos procesales, que estos se realicen por escrito. Así, este tipo de requisitos conforman lo que puede denominarse de *forma en sentido estricto*, los cuales, si son inobservados, automáticamente generarán un vicio pero, como se ha visto, no necesariamente darían lugar a una nulidad.

En el otro lado se encuentran los vicios no formales o sustanciales que, al igual que los formales, están contenidos en el concepto *forma* (en sentido amplio), pero se aproximan al *contenido* o *sustancia* del acto procesal (conforme: VERDE, 1988: p. 301; TARZIA, 1967: pp. 17-18). No obstante, es importante decir que no

se trata propiamente del *contenido* del acto procesal. La doctrina habla de *forma-contenido* para referirse a aquella “combinación mínima entre la forma exterior del acto y los requisitos esenciales de su contenido” (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995: p. 321).

Por lógica consecuencia, los *vicios no formales* se vinculan con los requisitos no formales, extraformales o sustanciales del acto procesal. Pero, ¿cuáles son estos? Son aquellos relacionados con el *válido ejercicio de los poderes del juez y las partes en el proceso*, como es el caso, por ejemplo, de la capacidad procesal, la competencia, la imparcialidad; es decir, de los requisitos de validez abarcados en ese universo de conceptos llamado (errónea pero ilustrativamente) *presupuestos procesales*.

Ahora bien, la distinción entre vicios formales y no formales bien puede remitir a requisitos de validez formales y no formales (en sentido aproximado, PROTO PISANI, 1996: p. 237) y, evidentemente, no es útil apenas por una cuestión dogmática; por el contrario, tiene una importantísima relevancia en la propia configuración del régimen de las nulidades, relevancia que trae consigo una gran problemática que ha sido puesta en evidencia por calificada doctrina en otras latitudes y que, en nuestro país, es totalmente ignorada.

Se podría decir que todo acto procesal es una manifestación del ejercicio de los poderes y facultades de las partes y de los poderes del juez, por lo que no habría diferencia entre vicios formales y extraformales, por tener ambos el mismo origen. No obstante, esa crítica se desvanece cuando se constata claramente que no es posible comparar un defecto en un escrito con uno que denota la incapacidad o la falta de representación de una parte, no solo en cuanto a su gravedad, sino también porque los *requisitos del acto que se ven afectados son bien diferentes entre sí*. Ello conlleva, naturalmente, que ambos vicios posean disímiles modos de subsanación, que tengan un impacto diferente en el procedimiento y que, por tanto, deban ser tratados, desde una perspectiva legislativa, de modo diferente.

Como es claro, dentro de dichos poderes se encuentra el *poder decisorio* del juez, es decir, la prerrogativa para decidir válidamente alguna cuestión. De ahí que omitir el contradictorio para decretar la nulidad constituye un vicio extraformal del acto jurisdiccional decisorio (CAVANI, 2014: p. 482).

De esta manera, ante el comando expreso del artículo 156 del *Codice* surgieron dos posiciones antagónicas en la doctrina italiana: aquella que aceptaba la igualdad de tratamiento de los vicios formales y extraformales (MANDRIOLI, 1971: p. 250; ORIANI, 1990: p. 8; POLI, 1995: p. 483 y ss.; ZANZUCCHI, 1947: p. 405), y aquella que negaba la aplicación de las reglas de la nulidad a los últimos por ser esencialmente diferentes (BONSIGNORI, 1978: p. 1620; DENTI, 1997:

p. 711; REDENTI, 1959: p. 126; MONTELEONE, 1994: p. 298; ANDRIOLI, 1957: p. 412, aunque su posición es incierta en trabajos posteriores: ANDRIOLI, 1961: p. 442; ANDRIOLI, 1973: p. 419).

Es menester transcribir la esclarecedora lección de Vittorio DENTI (1997: p. 711) sobre el tema:

“En realidad, la falta de una disciplina de la nulidad de los actos de parte relativa a vicios no formales encuentra su justificación considerándose tales actos como el ejercicio y el desenvolvimiento de poderes, cuya titularidad (y, por tanto, el correlativo requisito de capacidad y legitimidad) se coordina con la posición fundamental de la parte en el proceso, o sea, con el ejercicio de la acción. No se puede decir, por tanto, que de la *fattispecie* del propio acto procesal deban excluirse los elementos que se refieren a la posición del sujeto que actúa y, por tanto, que el defecto de tales elementos no dé lugar a la nulidad, en sentido propio, del acto. *La inaplicabilidad de las reglas propias de los vicios formales significa solamente que, en ese caso, la nulidad del acto se reabsorbe en la figura más general del inválido ejercicio del poder atinente a la propia constitución del proceso.* De donde la imposibilidad de recurrir a los criterios del logro de la finalidad, de la renovación del acto, de la aquiescencia de las partes, de la ‘conversión’ de los actos y así en adelante: *criterios todos que tienen su razón de ser solamente para los vicios formales*” (cursivas agregadas).

Nótese que DENTI no excluye la nulidad como consecuencia de la inobservancia de los requisitos no formales, sino que la contempla desde un prisma distinto: *el ejercicio inválido de los poderes atinentes a la constitución del proceso.* Téngase en cuenta, además, que los “presupuestos procesales” (*rectius*: presupuestos de existencia y requisitos de validez) no solo están presentes como elementos que permiten la instauración válida de un procedimiento, sino también de cada uno de los actos que lo componen. Es decir, estos “presupuestos” verificados al inicio del procedimiento, deben seguir vigentes en la celebración de todos los actos de los sujetos del proceso.

Como bien dice el autor, nos encontramos ante vicios cuyo régimen diverge de aquel que sustenta los vicios formales. Para estos, las reglas del logro de la finalidad, del perjuicio, de la convalidación tienen mucho sentido, pero ello no ocurriría así en el caso de los vicios no formales, que escapan, en buena medida, al ámbito del “principio” de instrumentalidad de las formas, precisamente porque es la forma *stricto sensu* –y no el *contenido*– el fenómeno que este “principio” busca superar privilegiando la finalidad.

Piénsese –tal como coloca acertadamente REDENTI– en el ejemplo de la parte que devino en incapaz o que no fue representada adecuadamente. Evidentemente, la realización de actos procesales en este contexto estarán aquejados de un vicio extraformal, siendo que esos actos quedarán “permanentemente inidóneos para

lograr su finalidad. Por ello, el vicio no puede ser cancelado, eliminado o sanado por voluntad de la otra parte, ni por el hecho de no haberlo ‘opuesto’ en los modos y en los términos previstos por los meros defectos de forma. Podrá, por tanto, ser alegado o levantado en cualquier tiempo en cuanto el proceso dure” (REDENTI, 1959: pp. 125-126). Si se analizase este caso en el marco de la legislación peruana no podrían aplicarse las reglas de la finalidad, convalidación, interés, entre otras.

Es así que las diferentes reglas consagradas por ordenamientos como el peruano, que se inspiran en la *preponderancia de la finalidad por sobre el riguroso cumplimiento de las formas (en sentido estricto)* no están realmente pensadas para vicios cuyo origen es mucho más profundo que la simple violación de la forma. Los vicios extraformales, provenientes de una violación a la *forma-contenido* de los actos, si bien pueden ser pasibles de nulidad (precisamente por esa razón insisto en llamarles “vicios”), pueden llegar a tener una gravedad muy grande para la propia idoneidad del procedimiento, por lo que, en mi criterio, dicha gravedad debería ser debidamente advertida al juez por el legislador. Pero no solo ello: los vicios no formales deben poseer, de hecho, una manera distinta de subsanarse que los vicios formales (BONSIGNORI, 1978: pp. 1619-1620). La finalidad no es suficiente ni tampoco fue pensada para los vicios extraformales.

4. CONVALIDACIÓN (AQUIESCENCIA)

Expuestos los puntos anteriores, corresponde analizar las figuras de la convalidación, injerencia (“principio de subsanación” e integración).

Es necesario advertir que el fenómeno de la convalidación en el ámbito de la nulidad se limita a una *manifestación de voluntad*, sea expresa o tácita, de la parte afectada con el vicio. Más allá de si el vicio se encuentra en el acto de notificación o en algún otro acto procesal, la convalidación solo puede ser realizada por quien podría afectarle el vicio, jamás por la parte que causó el vicio ni por el juez; y para que opere la convalidación debe mediar la voluntad del afectado (aunque hay doctrina que hable convalidación tácita, legal y judicial: LEDESMA, 2008: p. 596).

En este punto surge un punto importante: existe un grave defecto terminológico cuando se habla de “convalidación”. La razón de ello es que el comportamiento de la parte, en realidad, *no hace válido* el acto viciado, como claramente sugiere el verbo “convalidar”. Así como un acto viciado no es lo mismo que un acto inválido o nulo, tampoco lo es frente a un *acto válido*. ¿Por qué? Porque, en realidad, un acto válido hace alusión a un acto correctamente configurado, mientras que el acto viciado es exactamente lo opuesto: un acto mal configurado. Ya un acto inválido es solamente aquel sobre el cual recayó un pronunciamiento de nulidad (deconstitutivo). Nótese que este pronunciamiento no es necesario para *validar* un acto. Si bien es verdad que el juez, cuando resuelve el mérito del incidente de

nulidad y corrobora que no existió vicio alguno, emite un pronunciamiento *declarativo* (apenas certifica la no existencia del vicio) no hace *válido* al acto materia de cuestionamiento. Un acto es válido por el simple hecho de haber sido correctamente realizado. De esta manera, como ya se dijo, lo opuesto de un *acto válido* o *no viciado* es, en realidad, un *acto viciado*.

Si ello es correcto, entonces es errático hablar de “convalidación” porque, en realidad, las partes ni tampoco el juez son capaces que convertir en *válido* lo *viciado*. El acto viciado siempre será tal, a pesar de que la parte afectada lo haya tolerado, expresa o tácitamente, renunciando a la oportunidad de pedir la nulidad. Un *acto viciado* sobre el cual operó la *regla de la convalidación* no es un *acto válido* sino un *acto viciado* que produce efectos similares (y no idénticos) a los de un acto válido, a pesar de no poseer la misma *fattispecie* que este (*fattispecie* abstractamente prevista por el legislador).

De ahí que un término que podría ser usado es el de “aquiescencia” o “consentimiento”. En efecto, lo que hace la parte es, realmente, consentir o manifestar su aquiescencia respecto del acto viciado. Solo por cuestión de comodidad, seguiré hablando de convalidación en lo sucesivo.

Además de usar un término errado, el CPC se equivoca al señalar cuando dice que “la nulidad se convalida”, básicamente porque la convalidación *está en un ámbito anterior a la declaración de nulidad: aquella opera en el ámbito del vicio*. Entonces, según esto último ¿cabe afirmar que lo que se “convalida” (*recitius*: consiente) es el vicio? No exactamente pues, como advierte Eduardo SCARPARO con agudeza, la convalidación “no actúa para convalidar los vicios del acto, sino propiamente para apartar los males que los desvíos puedan generar (...). Así, en caso se presenten perjuicios con el vicio constatado, el principio de la convalidación buscará formas de extirpación de los daños, de modo que el acto pueda ser aprovechado, aun con la disparidad entre el acto practicado y el acto previsto en el esquema de la ley” (SCARPARO, 2013: p. 139). Lo que se consiente, en consecuencia, son los *perjuicios* que provienen del acto viciado, y no precisamente el propio acto viciado.

Este aserto lleva a una conclusión muy importante que no hay que perder de vista cuando se deba aplicar esta regla: *la convalidación está íntimamente ligada a la existencia del perjuicio, de tal manera que si hay convalidación es porque hubo una manifestación del afectado en el sentido de que el acto viciado no le ha generado ningún perjuicio o, en todo caso, de haberle generado perjuicio, lo consiente*. En cualquiera de las dos hipótesis se puede hablar de convalidación o, mejor, como observé, de consentimiento o aquiescencia. Entonces, en este caso, *la nulidad no se produce porque no hubo perjuicio al afectado, lo cual es generado por el consentimiento de dicho perjuicio*.

¿De qué manera se convalida? La respuesta ya fue dicha: de forma expresa o tácita, que son los medios en que puede actuar la manifestación de voluntad en materia de convalidación. En otras palabras, la parte perjudicada puede afirmar expresamente que el vicio no le perjudica, con lo cual habrá convalidación expresa; también puede actuar sin denunciar el vicio en la primera oportunidad o simplemente dejar transcurrir un plazo determinado sin solicitarlo. En estos casos nos encontramos ante la convalidación tácita, tal como indica el artículo 171, tercer párrafo del CPC (“Existe convalidación tácita cuando el facultado para plantear la nulidad no formula su pedido en la primera oportunidad que tuviera para hacerlo”).

En lo referente al artículo 172, primer párrafo del CPC (“Tratándose de vicios en la notificación, la nulidad se convalida si el litigante procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la resolución”), nótese que el legislador hace expresa referencia a *vicios en la notificación* (con lo cual limitaría el campo de aplicación de dicha regla) y, partiendo de la forma como fue redactado dicho dispositivo, es posible concluir que reconoce no solo la convalidación *expresa*, sino también la *tácita*. La razón de ello es que *proceder de manera que sea manifiesto que hubo conocimiento oportuno del contenido de la resolución* puede darse tanto expresa como tácitamente.

Ya se vio en el comentario anterior que existe una antinomia entre la norma extraída del artículo 171, segundo párrafo del CPC, y la obtenida a partir del artículo 172, segundo párrafo del CPC. Asimismo, demostré que dicha antinomia debía resolverse a favor de la segunda de ellas con la consecuente exclusión de la primera. No obstante, lo que se reservó para este momento son las reflexiones sobre la relación que tiene dicha regla –y, en general, las reglas que pertenecen a la *convalidación*– respecto del criterio que defiende.

El artículo 172, segundo párrafo del CPC, dice: “Hay también convalidación cuando el acto procesal, no obstante carecer de algún requisito formal, logra la finalidad para la que estaba destinado”. Evidentemente, por el hecho de remitirse a la finalidad, existe una incompatibilidad de este texto con la implantación del criterio de la preservación de la idoneidad del acto final.

Como fue explicado *antes*, la *finalidad* a la que hace alusión el legislador consiste en un término ambiguo, de poca claridad e inútil para el aplicador jurídico. Se trata de una *situación ideal* no generalizable que en nada contribuye para promover o impedir una decretación de nulidad. Precisamente esa generalidad que pretende el modelo de la finalidad busca ser sustituida por el criterio aquí defendido, el cual sirve *tanto para vicios formales como para no formales*. En efecto, un vicio formal puede dejar de producir una nulidad aplicando el razonamiento de si aquel ulteriormente afectará al acto final. Por ejemplo, si se omite colocar una

formalidad en la resolución judicial el acto tranquilamente puede dejar de ser invalidado si es que el juez concluye que dicha omisión no va a repercutir en el acto final. Se trata, como se ha visto, de un criterio que permite enfrentar con mayor solvencia el dilema de anular o no anular.

Esta relación que he realizado entre el criterio de la preservación con los vicios formales no es casual, dado que las reglas de la convalidación deben ubicarse en el *régimen de los vicios formales*. La razón de ello es que únicamente un *vicio formal* puede ser *convalidado*; es decir, la manifestación de voluntad (expresa o tácita) realizada por la parte *perjudicada con el vicio* en el sentido de que el perjuicio derivado de este no le afecta, únicamente puede incidir sobre un vicio formal.

Nótese que este fenómeno es bien distinto de la *ratificación* en el caso de los vicios extraformales, como fue señalado arriba. La diferencia salta a la vista: la ratificación solamente puede ser realizada por la *propia parte que cometió el vicio*, sea un representante que ratifica los actos del incapaz procesal, sea el capaz procesal que ratifica los actos del representante, sea el representante que ratifica los actos de otro representante, sea el abogado que ratifica los actos de quien no tenía capacidad postulatoria, sea por el nuevo legitimado respecto de los actos practicados por quien perdió la legitimidad (que, en realidad, viene a ser la misma *parte*). Por esa razón el CPC comete un gravísimo error cuando en el artículo 175, inciso 1, no permite que el pedido de nulidad sea formulado “por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio”. Esto no es más que una consecuencia de ignorar la diferencia entre vicios formales y extraformales.

Ya en el caso de la convalidación (o, como se prefirió, *aquiescencia*), esta jamás puede ser realizada por la parte que cometió el vicio. Así, la imposibilidad de que la parte “culpable” obtenga un pronunciamiento de nulidad a su favor es una característica típica de los vicios formales. Por esta razón, las reglas de la convalidación deben encontrarse presentes en dicho régimen, conjuntamente con aquella regla que impide a una parte beneficiarse con un pronunciamiento de la nulidad cuando fue ella quien dio origen al vicio.

Posteriormente, llegamos a la *regla del perjuicio*, reconocida en el artículo 174 del CPC: “*Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido*” (cursivas agregadas).

La parte que aquí interesa, naturalmente, es la que fue resaltada, puesto que el legislador fue impreciso al regular el viejo brocardo *pas de nullité sans grief*. Impreciso porque “acreditar estar perjudicado” con el vicio no quiere decir exactamente

“imposibilidad de decretar una nulidad si no hay perjuicio”. Cuando se habla de “acreditar” se hace alusión a una fundamentación que se dirija a demostrar que existió perjuicio; no obstante, ello dista de impedirle al juez anular si no existiese perjuicio. ¿Por qué? Porque la parte podría *no acreditar exitosamente* su perjuicio, pero el juez puede constatar que este efectivamente existió y, por tanto, podría decretar la nulidad. Y en ese caso tendríamos, en realidad, la aplicación de una regla que no existe en nuestro CPC, al menos no expresamente (y que, en mi criterio, debería implementarse).

Pero no solo ello: considero que, al igual que la convalidación, la regla del perjuicio únicamente puede tener aplicación frente a los vicios formales. En primer lugar, la posibilidad de hacer valer los vicios extraformales no depende de la existencia de algún tipo de perjuicio, exactamente igual como lo entendió el legislador del *Code de procédure* francés (CAVANI, 2014: p. 413 y ss.). En efecto, dada su característica especialísima de depender de la propia *parte* que originó el vicio su subsanación o no subsanación, en este último caso, es decir, cuando ella pide la decretación de nulidad, el análisis del perjuicio está fuera de la ecuación. Por ejemplo, cuando una parte pide la nulidad de los actos realizados por un falso representante, no cabe inquirir si existió realmente un perjuicio que pueda condicionar la decretación de nulidad: *el solo hecho de que la parte decida no ratificar los actos del falso representante es suficiente para la decretación de nulidad* (quedando fuera las hipótesis en donde sea manifiesto un comportamiento que viole la buena fe, tales como el *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tuquoque*, etc., y que, por tanto, puedan extraerse consecuencias jurídicas de la conducta de la parte en el caso concreto). Se trata de un vicio no solo lo suficientemente grave para que ello sea así, sino también, como puede verse, esta es una razón más para criticar aquellas legislaciones que, a diferencia de la francesa, no supieron distinguir entre vicios formales y no formales.

En segundo lugar, al igual de lo que fue dicho para la convalidación, la propia naturaleza de los vicios formales hace que sobre ellos pueda recaer una manifestación de voluntad (siempre por la parte “inocente”) que demuestre, expresa o tácitamente, que el vicio formal no le perjudica. *No puede haber, por tanto, nulidad producto de un vicio formal sin la existencia efectiva de un perjuicio de la contravención formal del procedimiento.*

5. “PRINCIPIO DE SUBSANACIÓN” (REGLA DE LA INJERENCIA)

El artículo 172, párrafo 4 del CPC, señala lo siguiente: “No hay nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.

Lo que se busca mediante esta técnica es *proteger* el acto procesal afectado con un vicio que no es capaz de alterar el sentido de la decisión contenida en él, su eficacia o los efectos que haya producido. Por ello, la nulidad resultaría una consecuencia absolutamente nefasta en los casos en donde se concluya que, en caso de una renovación del acto (es decir que, después de la invalidación, vuelva a ser emitido un nuevo acto que lo sustituya), este mantenga el mismo sentido de la decisión o que sus efectos sean los mismos.

Por lo demás, se advirtió que la regla de la “subsanción” es una concreción del criterio de la preservación de la idoneidad del acto final. En efecto, si de lo que se trata es *proteger* al acto que contiene un vicio incapaz de alterar sus consecuencias jurídicas, se está salvaguardando, al fin y al cabo, su *idoneidad*: se evita la nulidad a pesar del defecto existente.

No obstante ello, lejos de consistir en una repetición innecesaria, pienso que se trata de una norma muy acertada, no solo porque su claridad es encomiable, sino porque resulta ser un instrumento de enorme utilidad en el contexto de la impugnación (sobre todo en apelación y casación). En efecto, es moneda corriente que tanto la Corte Superior como la Corte Suprema ejerzan su potestad nulificante de forma injustificada cuando tranquilamente podrían resolver sobre el mérito, evitando el reenvío y la demora en el proceso, dado que el nuevo auto o sentencia tendría el mismo sentido que el acto rescindido. Precisamente en esos casos, la regla del artículo 172, cuarto párrafo del CPC —que, por ser una regla, impone un comportamiento inmediatamente prescriptivo— cobra una importancia fundamental.

Asimismo, soy de la opinión de que debería adoptarse una denominación distinta a la propuesta por el CPC, no solo porque no es un principio, sino también porque “subsanción” se encuentra más ligada a aquel evento mediante el cual un vicio pierde su aptitud de generar una nulidad. En efecto, “subsanción” alude a la posibilidad de que un vicio se *subsane* —sea por las partes, sea por el juez— para evitar la producción de la nulidad. Se trata de una nomenclatura que he usado repetidamente a lo largo de este libro. De ahí que, en mi opinión, la técnica contenida en el artículo 172, cuarto párrafo del CPC, podría llamarse *regla de la injerencia*, aludiendo precisamente a la *injerencia* suficiente del vicio en el sentido de la decisión o en las consecuencias del acto procesal.

6. INTEGRACIÓN, UN INTRUSO

Según el artículo 172, párrafo quinto, concordado con el artículo 406, el juez *puede* alterar la resolución antes de su notificación. Pero, ¿cuándo sería el momento exacto? ¿Antes de que salga del despacho? ¿Antes de que sea recibida

por la central de notificaciones? ¿Antes de que se produzca el acto de notificación, o sea, del cargo colocado por el especialista o encargado? Pienso que esta modificación se da antes de que la resolución surta su eficacia *respecto de las partes* (porque, de hecho, por existir jurídicamente, ya surte efectos jurídicos), que son las destinatarias de dicho acto.

Las formas para que un juez altere su propia resolución son tres: aclaración, corrección e integración. Ninguna de ellas califica como recurso, pues el juez no invalida ni reforma la decisión, tal como establece el artículo 355 del CPC.

Tras la notificación, la regla general es que el juez no altere más su resolución. Esto es una clara consagración de la seguridad jurídica para las partes. Podrá, sin embargo, aclarar, corregir o integrar, de oficio o a pedido de parte, antes de que se extinga el derecho de recurrir dicha resolución (que puede ser el plazo para apelar o para interponer un recurso de casación). En este punto, tanto el artículo 406 como el artículo 172, párrafo quinto, a pesar de que uno habla de “causar ejecutoria” y el otro de “plazo para apelarla”, teniendo en cuenta que la aclaración, corrección o integración puede recaer sobre *cualquier* resolución, entonces se refieren exactamente a lo mismo.

Entrando a nuestro tema, se puede decir que el acto del juez que, sin reformar, invalidar o alterar el sentido de una resolución, dispone complementarla por haber omitido pronunciarse sobre un extremo, cuestión u otro aspecto accesorio se denomina *integración*. Como es claro, esto no tiene nada que ver con *integración* como técnica de prevención, llenado y superación de lagunas (art. III) ni con la *integración* de la relación procesal, que viene a ser un caso de *intervención de terceros* (arts. 95 y 96).

Cuando el artículo 172, inciso 5 del CPC, habla de “pronunciamiento”, en mi opinión, no solamente está refiriéndose a la parte decisoria de una pretensión (extremo), sino también a otros aspectos que pueda haber omitido al momento de resolver. Ello no solo incluye la constatación de *cuestiones* que obedecen a algún tipo de prejudicialidad-dependencia (por ejemplo, determinar la existencia de la propiedad en un proceso de desalojo que fue resuelta en otro proceso, que, por estar en segunda instancia, no autorizó la acumulación), sino también a juicios sobre valoración de la prueba y el propio razonamiento judicial. Por tanto, pienso que “pronunciamiento” debe ser entendido en sentido lato.

La integración debe ser distinguida de la aclaración y de la corrección, figuras reguladas en los artículos 406 y 407. Teniendo en cuenta el amplio panorama aplicativo de la integración, la aclaración debe quedar restringida a la oscuridad o ambigüedad de un concepto, considerando o cualquier otro extremo, debiendo limitarse el juez, en la resolución aclaratoria, *reescribir* el fragmento en cuestión

o explicarlo, *sin que dicha explicación pase a integrar la propia resolución*. De la misma manera, siendo la corrección una técnica para eliminar errores materiales (numéricos u ortográficos), el juez deberá limitarse a colocar, en la resolución correctora, como queda la resolución corregida, con el error subsanado.

En la integración, en cambio, al presuponer la *complementación* lo omitido, el juez se verá obligado a desarrollar el raciocinio en lo que fuera pertinente, aumentando, con ello, el propio texto de la resolución.

Es importante indicar aquí que un pedido de aclaración o corrección perfectamente pueden ser *adecuados*, en virtud de la fungibilidad, en uno de integración, atendiendo a que cualquier de estas tres figuras pueden ser solicitadas a pedido de parte. El juez no debe ser formalista y rechazar un pedido de integración si es que la parte pidió aclaración o corrección.

Por su parte, si bien el texto del artículo 172, quinto párrafo, señale que el juez “puede” integrar, considero que, en realidad se trata de un *deber*. ¿Por qué? Porque si es que no integra, entonces podría darse el caso de una nulidad, por existir un vicio. De hecho, como se desprende de lo analizado en el comentario anterior, el hecho de que se presente una omisión en algún punto resolutivo *podría constituir* imperfección estructural del acto. Solo que la ley coloca como consecuencia el evitar la nulidad, sirviendo para ello la integración. No se olvide que existe un auténtico *deber de privilegiar la decisión de mérito*, lo cual presupone la existencia de un *deber de evitar la nulidad salvo que sea absolutamente necesario*. Si es que el juez tiene el deber de no decretar la nulidad, entonces es claro que, para hacerlo, en caso de omisión de pronunciamiento, deberá emplear la técnica de la integración. Pienso que de esa manera se supera una interpretación del verbo “poder” como una decisión discrecional del juez.

Aquí debe esclarecerse algo: existe doctrina que, acertadamente, señala que la omisión de pronunciamiento, en realidad, es un tema de inexistencia y no de nulidad (CRISTOFOLINI, 1938: p. 103; ARIANO, 2010). Inclusive, yo mismo defendí eso en un trabajo anterior (CAVANI, 2014: p. 371 y ss.). Allí, criticando la opción del legislador en el artículo 122, que dispone anular si es que el juez omita pronunciarse sobre las costas y costos y multas, mencioné lo siguiente:

“Es frecuente afirmar que la omisión del pronunciamiento sobre una cuestión principal o accesoria en una decisión es un ‘vicio’. Sin embargo, como ya sabemos, se pierde totalmente de vista que este es un defecto que únicamente puede recaer sobre un acto (o, en este caso, el extremo de un acto) que ha sido realizado defectuosamente y que, por ello, *existe jurídicamente*. En ese sentido, ¿puede el vicio recaer sobre una omisión, o sea, un *no acto*? Imposible.

Ahora bien, ¿qué ocurre con la decisión que se pronuncia sobre el mérito de la cuestión pero no hace ninguna referencia a la condena en costas o multas y que, además, no es impugnada por el perjudicado? Es común que un juez señale que la decisión ha adquirido cosa juzgada o preclusión (dependiendo de qué resolución se trate), que hubo un vicio por ser una sentencia *infra petita* pero se habría 'convalidado' el no pago de las costas y costos y, por tanto, dicha suma no sería exigible. No obstante, en el marco de una impugnación contra dicha omisión, por ser un *no pronunciamiento*, el juez revisor perfectamente puede *integrar* la resolución (art. 172, párrafos cuarto y quinto del CPC) y determinar si procede o no el cobro de costas y costos. Por tal razón, resulta un gravísimo error teórico y práctico entender esta omisión como si hubiese sido un pronunciamiento negativo y, por tanto, anular la decisión. Aquí *no existió* decisión judicial alguna sobre las costas, por lo que es un supuesto claro de inexistencia jurídica. Según este raciocinio no es difícil concluir lo siguiente: i) la cosa juzgada no puede recaer sobre esta *no* decisión; ii) no hay plazo de preclusión para hacer valer la inexistencia jurídica; iii) será posible conseguir tanto la declaración de inexistencia como el pago de costas en una demanda autónoma. Por lo tanto, yerra el legislador al asumir que la omisión de pronunciarse sobre las costas o sobre la multa es un motivo para anular dicho acto".

Cuando afirmé lo anterior, estaba con la atención fija en la resolución que omite pronunciarse sobre un *extremo*. Pienso que el razonamiento es aplicable, también, a cualquier extremo que puede operar en el marco de una sentencia (piénsese en reivindicación y pago de frutos; nulidad y cancelación de asiento registral; existencia de contrato e indemnización) o de un auto.

No obstante, pienso que ello no ocurre así cuando la omisión no es sobre un aspecto decisorio, sino sobre el propio razonamiento en la justificación, principalmente respecto de la valoración de la prueba. Puede darse el caso, por ejemplo, de omitirse un considerando —o una parte de él— en donde se dé cuenta de la valoración de la pericia o de algún documento. Sin él, no habría un encadenamiento lógico ni una justificación mínima de la premisa fáctica, dando como resultado un vicio en la construcción del silogismo. Esto, a pesar de ser técnicamente una omisión, encaja perfectamente en el fenómeno de un vicio.

De esta manera, en estos casos debe evitarse la nulidad mediante la integración.

Un punto que merece comentario es el artículo 370 del CPC. Como se sabe, de este artículo se puede extraer la norma que prohíbe la *reformatio in peius*, impidiendo que el juez revisor, al momento de resolver el recurso, pueda perjudicar al apelante, no respetando el efecto devolutivo, esto es, la limitación en cuanto a la *extensión* de la materia que fue impugnada. Hay, sin embargo, excepciones mencionadas por el propio artículo: si es que hubo apelación (esto, en realidad, no es

una excepción, pues hace que no aplique más la norma prohibitiva), si hubo adhesión y si la parte apelante es menor de edad.

A continuación, el artículo 370 dice: “Sin embargo, [el juez] puede integrar la resolución apelada en la parte decisoria, si la fundamentación aparece en la parte considerativa”. Ese “sin embargo”, sintácticamente, implica un contraste con la imposibilidad de perjudicar al apelante. No creo que llegue propiamente a ser una excepción a la norma prohibitiva porque, de hecho, integrar no presupone un perjuicio al apelante.

Lo importante aquí es advertir que esta integración tiene su ámbito de aplicación en los casos en donde existen sujetos que no apelaron y, por tanto, que resulte de aplicación la norma prohibitiva. Además, comparado con lo desarrollado antes, se trata de una integración restringida: no opera para alguna cuestión accesoria, sino en la hipótesis que el juez omita *resolver* un extremo de la resolución que fue materia de fundamentación. Ello es así porque la “parte decisoria”, como se sabe, es aquella donde el juez pronuncia *expresamente* el sentido de su decisión.

Finalmente, ¿por qué se dice que la integración es un “intruso”, como consta en el título de este subítem? Sencillamente porque, si bien tiene relación con la nulidad procesal, tiene mucho más que ver con la impugnación. Tiene mucho sentido que el fenómeno de la alteración no recusal de resoluciones judiciales esté, por tanto, en la parte de recursos, tal como se vio al mencionar los artículos 406 y 407.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXANDER, Larry (2012): “Legal objectivity and the illusion of legal principles”. En: *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy*. Mathias Klatt (ed.). Oxford: Oxford University Press; ALEXY, Robert (1988): “Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, trad. Manuel Atienza. En: *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, N° 5. Madrid: Marcial Pons; ALEXY, Robert (2002): “Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. Carlos Bernal Pulido. En: *Revista española de Derecho Constitucional*, año 22, N° 66; ALEXY, Robert (2004): “On the structure of legal principles”. En: *Ratio Juris*, vol. 13, N° 3; ALEXY, Robert (2011): *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgilio Afonso da Silva, 2ª ed., 2º tiraje. São Paulo: Malheiros; ANDRIOLI, Virgilio (1957): *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I. *Disposizioni generali*, 3ª ed. revisada, reimpresión con apéndice. Nápoles: Jovene; ANDRIOLI, Virgilio (1961): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Parte prima. Introduzione, la legge processuale, la giurisdizione, l'azione, le parti, gli atti processuali, 2ª ed. Nápoles: Jovene; ANDRIOLI, Virgilio (1973): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, volume primo. Nápoles: Jovene; ARIANO, Eugenia (2010): “La nulidad de la sentencia por omisión de pronunciamiento. Un viejo vicio que se resiste a desaparecer”. En: *Estudios sobre la nulidad procesal*. Renzo Cavani (coord.). Lima:

Normas Legales; ÁVILA, Humberto (2015): *Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 16ª ed. São Paulo: Malheiros; CABRAL, Antonio do Passo (2009): *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense; CALMON DE PASSOS, José Joaquim (2009): *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*, 1ª ed., 4º tiraje. Rio de Janeiro: Forense; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele (1998): *Lezioni sul processo civile*, 2ª ed. Boloña: Il Mulino; CONSO, Giovanni (1955): *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*. Milán: Giuffrè; CRISTOFOLINI, Giovanni (1938): "Omissione di pronunzia". En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XV, parte I. Padua: Cedam; DENTI, Vittorio (1997): "Voz: Invalidità (Diritto Processuale Civile)". En: *Enciclopedia del Diritto. Aggiornamento*, I. Milán: Giuffrè; DWORKIN, Ronald (1978): *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press; FAZZALARI, Elio (1989): *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed. Padua: Cedam; GIOVANNARDI, Carlo Alberto (1987): "Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità". En: *Rivista di Diritto Civile*. Padua: Cedam; GRAU, Eros Roberto (2014): *Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*, 6ª ed., 2º tiraje. São Paulo: Malheiros; GUASTINI, Riccardo (2008): "I principi costituzionali in quanto fonte di perplessità". En: *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne; GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè; KOMATSU, Roque (1991): *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, I, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MANDRIOLI, Crisanto (1971): *Corso di Diritto Processuale Civile*, I. Nozioni introduttive e disposizioni generali (appunti per gli studenti). Turín: Giappichelli; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis; MONTELEONE, Girolamo (1994): *Diritto Processuale Civile*, vol. primo. *Teoria e disposizioni generali*. Padua: Cedam; MARELLI, Fabio (2000). *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*. Padua: Cedam; ORIANI, Renato (1988): "Voz: Atti processuali. I. Diritto Processuale Civile". En: *Enciclopedia Giuridica* (Treccani), tomo 3. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana; ORIANI, Renato (1990): "Voz: Nullità degli atti processuali. I. Diritto Processuale Civile". En: *Enciclopedia Giuridica* (Treccani), tomo 21. Roma: Istituto della Enciclopedia italiana; POLI, Roberto (1995): "Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali". En: *Rivista di Diritto Processuale*. Padua: Cedam; POSCHER, Ralf (2012): "The principles theory - How many theories and what is their merit?". En: *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy*. Mathias Klatt (ed.). Oxford: Oxford University Press; PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dyckinson; PROTO PISANI, Andrea (1996): *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. Nápoles: Jovene; REDENTI, Enrico (1939): *Profili pratici del Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. rivista con apéndice. Milán: Giuffrè; REDENTI, Enrico (1959): "Voz: Atti processuali. a) Diritto Processuale Civile". En: *Enciclopedia del Diritto*, IV. Milán: Giuffrè; RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel (2004): *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*. Madrid: Dyckinson; SCARPARO, Eduardo (2013): *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; SIECKMANN, Jan-Reinard (2010): "The theory of principles - a framework for autonomous reasoning". En: *On the nature of legal principles*. Martin Borowski (ed.). Stuttgart: Franz Steiner Verlag-Nomos; TARZIA, Giuseppe (1967): *Profili della sentenza civile impugnabile. L'individuazione della sentenza*. Milán: Giuffrè; VERDE,

Giovanni (1988): *Profili del processo civile. Parte generale*, 2ª ed. reimpresión. Nápoles: Jovene; ZAGREBELSKY, Gustavo (2009): *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 9ª ed. Madrid: Trotta; ZANZUCCHI, Marco Tullio (1947): *Diritto Processuale Civile, I. Introduzione e parte generale*, reimpresión de la 4ª ed. actualizada con la más reciente doctrina y jurisprudencia. Milán: Giuffrè.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La recurrente denuncia un vicio procesal que ha convalidado tácitamente de conformidad con el tercer párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil, pues no se puede alegar afectación al debido proceso respecto de hechos que en su oportunidad guarda silencio, precluyendo toda posibilidad de hacerlo en casación; máxime cuando no acredita que formuló su pedido en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo; pues como se puede observar la recurrente formula sus alegatos, dentro de los cuales no se encuentran aquellos que son materia del recurso de casación. Más aún, cuando el Tribunal Ad quem ampara la presente demanda por la causal del abandono injustificado del hogar conyugal teniendo en consideración principalmente la declaración de la propia demandada, las direcciones que consigna en su contestación de demanda y su documento nacional de identificación; por ende, no son atendibles sus alegaciones (*Cas. N° 733-2008-Moquegua*).

Si se verifica el error en la parte resolutive, ello no implica la nulidad si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal, en virtud de lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil (*Cas. N° 4009-2008-Arequipa*).

La sala superior debió tener en cuenta el principio de elasticidad en concordancia con los principios que integran la teoría de las nulidades, entre ellos, el principio de convalidación, pues el demandante se apersonó a la instancia y contestó la demanda, e inclusive interpuso recurso de apelación, no expresando como agravio vicios de la notificación de la demanda, demostrando plena conformidad con su emplazamiento (*Cas. N° 2536-2007-Junín*).

Las nulidades procesales deben ser apreciadas a la luz de los principios procesales que las inspiran, tales como el principio de la trascendencia, en virtud al cual no es dable admitir la declaración de nulidad por la nulidad misma o para satisfacer algún prurito formal; debiendo tenerse en cuenta además, que en virtud al criterio de la esencialidad, la declaración de nulidad del vicio, debe influir de manera determinante sobre la decisión judicial, ya que de lo contrario, atentaría contra el principio de la economía procesal, más aún si al hacer abstracción del vicio denunciado, la motivación de la resolución judicial no se ve afectada y tampoco varía el sentido de la misma; por lo que si la declaración de nulidad no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal, tal acto jurídico procesal no debe ser declarado nulo, conforme al cuarto párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil (de aplicación supletoria a los autos) (*Ap. N° 1399-2007-Lima*).

Si la Sala Superior resuelve anular su propia resolución y señala nuevamente vista de la causa; pero dicha resolución fue notificada al recurrente, e inclusive se llevó a cabo la vista de la causa quedando al voto de la misma; y no obstante durante el transcurso de dichos actos procesales, el impugnante no alegó causal de nulidad alguna; es de aplicación el principio de convalidación tácita (*Cas. N° 666-2006-Lima*).

Artículo 173**Alcances de la nulidad**

La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquel. La invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella, ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 380, 396.

Karla Vilela Carbajal

1. REGLA GENERAL SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA NULIDAD

Este artículo regula la extensión que tiene la declaración de nulidad de un acto procesal. Esa declaración es un acto del juez constitutivo porque es recién desde su declaración por parte del juez que el acto procesal es nulo y deja de producir sus efectos. Y la regla general es que esa consecuencia de la cesación de los efectos se retrotraiga al momento de la producción del vicio, originando la nulidad y consecuente cesación de los efectos de todos los actos procesales que se hayan producido en el ínterin desde la producción del vicio hasta la declaración de nulidad.

2. EXCEPCIÓN A LA REGLA GENERAL

Asimismo, el artículo 173 del CPC reconoce que la regla general de la retroactividad de los efectos de la declaración de la nulidad de un acto procesal tiene excepciones. La primera excepción es que no se suprimirán los efectos de los actos procesales que se hayan realizado después del acto viciado hasta que ese acto haya sido declarado nulo, si es que es un acto independiente de aquel.

Lo que se trata es de limitar al máximo la nulidad: si no es posible evitarla por completo, entonces debe restringirse su irradiación a fin de que abarque únicamente a aquellos actos contaminados, separándolos de los sanos. Y los actos sanos necesariamente serán aquellos que no dependan del acto viciado; de ahí la correcta alusión a la “independencia” por la norma procesal (CAVANI, 2010: p. 129). Asimismo, esta regla recoge la idea de que la nulidad procesal debe ser declarada solo como última ratio, es decir, primero se debe preferir salvar al acto procesal y solo como última posibilidad hay que decretar la nulidad del mismo. En este caso, si el acto procesal realizado con posterioridad al acto viciado es un acto independiente, no hay ninguna razón válida para decretar también su nulidad.

3. ¿PUEDE LA NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL ALCANZAR LOS ACTOS ANTERIORES A LA REALIZACIÓN DE UN ACTO VICIADO?

La segunda excepción de la regla general establece que tampoco se suprimirán los efectos de los actos procesales realizados con anterioridad al acto viciado, siempre y cuando se traten de actos independientes. La cuestión que surge aquí es ¿es posible que algún acto realizado antes de un acto viciado pueda ser dependiente de aquel, de tal manera que también se tengan que suprimir sus efectos? Tras la modificación que ha sufrido el CPC, con la Ley N° 30293, parece un supuesto irreal. Antes de la modificación sí era posible dicha situación, sobre todo cuando el acto procesal estaba viciado por carecer de los presupuestos procesales necesarios para su validez. Por ejemplo, una demanda planteada ante un juez incompetente absoluto por territorio, pero que pese a ello, la demanda fue admitida en el auto de calificación de la demanda y tras ser notificada al demandado, este plantea la excepción de incompetencia, y como resultado de la misma se declara fundada la excepción, concluido el proceso y nulo todo lo actuado. Ante este supuesto cabe plantearse ¿cuál fue el acto viciado? La respuesta es que el acto procesal viciado fue el auto de admisión de la demanda, pero tras la declaración de nulidad de ese acto, también se le retiraban los efectos al acto procesal realizado con anterioridad al acto, esto es la demanda misma, la cual ya no surtía ningún efecto y el demandante tenía que volver a plantearla esta vez ante el juez competente.

4. LA IDONEIDAD DEL ACTO PROCESAL

El segundo párrafo de este artículo regula el principio de conservación, el cual establece que en caso de duda debe mantenerse la validez del acto. Tiende a dar funcionalidad y efectos a los actos jurídicos sin importar el vicio que tengan, siempre y cuando, ese vicio no afecte la calidad misma del acto.

Así, este principio, para GOZAÍNI (1992: p. 855), busca resguardar los valores de seguridad y firmeza, de suma importancia para la función jurisdiccional, toda vez que esta aspira a obtener resultados justos, y logros fructíferos, sin menoscabarse en dispendios inútiles como los que motivan las nulidades por el solo hecho de asegurar el respaldo en las formas.

Este principio existe independientemente de la voluntad del juez o de las partes y tiene su fundamento en la función del acto (SANTA, 1971: p. 241).

Se considera innecesaria la regulación expresa de la última parte del segundo párrafo de este artículo, pues si la invalidación de una parte del acto procesal no afecta a las otras partes independientes de aquella, obviamente no va a impedir la

producción de los efectos para los cuales el acto sí es idóneo, pues ya se ha dicho que el principal efecto de la declaración de nulidad es la supresión de los efectos del acto; por lo tanto, si no hay nulidad no hay supresión de efectos. Pero esta parte del artículo sí contiene una cuestión problemática y es determinar cuándo un acto es idóneo.

La primera idea en cuanto a la idoneidad del acto procesal es que este será idóneo en cuanto sirva para la finalidad para la cual fue previsto. Y el tema de la finalidad del acto está muy ligado al de la nulidad, pero lamentablemente han existido muchas “versiones” sobre lo que se ha entendido por finalidad. Así hay un primer sentido que entiende por finalidad “la intención de quien realiza el acto procesal” (finalidad subjetiva) (REDENTI, 1957: p. 231) pero esa idea es rechazada porque sería reconocer que la voluntad del agente tiene la misma importancia que en el derecho privado. Por ello, la doctrina prefiere entender por finalidad el propósito por el cual la ley estableció el acto procesal. Asimismo, se ha relacionado la finalidad en relación con el interés en que una norma fue prevista, de allí que se afirme que no se trata en realidad de la finalidad del acto, sino de la finalidad de la norma (GIOVANARDI, 1987: p. 279) o finalidad de la ley (REDENTI, 1959: p. 119). Otra postura es la de identificar la finalidad del acto con el logro de los efectos (FURNO, 1951: p. 413), o como medio de sanación de los vicios (BEDAQUE, 2010: p. 448). Como se podrá apreciar son muchos los conceptos sobre finalidad que es difícil determinar qué es lo que quiso decir el legislador en este punto.

Es por ello que en este punto se acoge el concepto de finalidad que proporciona Renzo CAVANI, para quien “la finalidad es la situación ideal inherente a cada acto procesal típico, a fin de que despliegue la incidencia en el procedimiento que el legislador predeterminó, la cual se puede alcanzar sea mediante efectos típicos, sea a través de efectos atípicos, dado que el logro de esta situación ideal no solo puede darse en los casos de coincidencia entre las *fattispecie* abstracta y concreta, sino también cuando esta es atípica” (CAVANI, 2014: p. 350). Y siguiendo esta definición más adelante el autor respondiendo a la pregunta de “¿por qué es importante hablar de la finalidad de un acto?”, nos dice que siendo la finalidad una situación ideal que justifica la razón de ser de un acto en el marco de un procedimiento, “la justificación de que el logro de aquella sea determinante para saber si el juez debe o no pronunciar la nulidad es precisamente la funcionalidad de los actos en el procedimiento, funcionalidad que se traduce en la intrínseca vocación de cada uno de ellos de preservar la idoneidad del acto final” (CAVANI, 2014: p. 355).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos (2010): *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros; CAVANI, Renzo (2010): “La ineficacia procesal en el

proceso civil peruano”. En: *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Gaceta Jurídica; CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; FURNO, Carlo (1951): “Nullità e rinnovazione degli atti processuali”. En: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, vol. I. Milán: Giuffrè; GIOVANARDI, Carlo Alberto (1987): “Sullo scopo dell’atto processuale, in relazione alla disciplina della nullità”. En: *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padua: Cedam; GOZAÍNI, Oswaldo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 2. Buenos Aires: Ediar; SATTI, Salvatore (1971): *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE; REDENTI, Enrico (1957): *Diritto Processuale Civile*, 2ª ed. revisada (reimp.). Milán: Giuffrè; REDENTI, Enrico (1959): “Voz: Atti processuali. A) Diritto Processuale Civile”. En: *Enciclopedia del Diritto*, IV. Milán: Giuffrè.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Editorial Forum; LOURIDO RICO, Ana María (2002): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada: Editorial Comares; VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Editorial Palestra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El proceso es un instituto jurídico constitutivo a base de una serie de actos procesales que se encuentran concatenados entre sí, lo que nos hace arribar a la conclusión de que la preclusión de un acto nulo acarreará la nulidad de los actos subsiguientes (*Cas. N° 2127-1999-Lima*).

La nulidad es la sanción por la cual la ley priva a un acto procesal de sus efectos normales, de tal manera que si el juez determina que a uno de los demandados no se le notificó con la demanda, lo que pone en evidencia un defecto en la relación jurídica procesal, debe anular todo lo actuado y reponer la causa a la etapa en que se cometió el vicio. Por ello, resulta contrario a los principios de unidad procesal y de preclusión, que se anule lo actuado solo con relación a uno de los demandados, pues esto conduciría a que este pueda plantear su propia contradicción, la misma que tendría que ser resuelta independientemente, provocando una duplicidad de etapas dentro de un mismo proceso (*Cas. N° 1094-99-La Libertad*).

Cuando se invoca motivos por quebrantamiento de forma y también por infracción de la ley, corresponde examinar primero aquel, porque de resultar fundada obligará a reponer la causa al estado en que se encontraba antes de cometerse el defecto procesal, anulándose los actos posteriores (*Cas. N° 508-97-Piura*).

Artículo 174 | Interés para pedir la nulidad

Quien formula nulidad tiene que acreditar estar perjudicado con el acto procesal viciado y, en su caso, precisar la defensa que no pudo realizar como consecuencia directa del acto procesal cuestionado. Asimismo, acreditará interés propio y específico con relación a su pedido.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VI; C.P.C. art. IV.

Karla Vilela Carbajal

1. REQUISITOS DE FONDO PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL

Esta norma establece los requisitos de fondo que se deben de exigir al momento de solicitar la declaración de nulidad de un acto viciado. Es así que esta norma establece quién puede solicitar se declare nulo un acto procesal. Así, como requisitos los siguientes: la legitimidad para obrar, la violación al derecho de defensa y el interés para obrar. Posteriormente, se analizarán cada uno de estos requisitos. Por el momento, interesa saber que es necesario que concurran los tres requisitos para que la solicitud de declaración de nulidad del acto viciado pueda ser declarada procedente y el juez pueda pronunciarse sobre su fundabilidad o no.

Además, aunque esta norma no lo diga expresamente, se sabe que en virtud de la carga de la prueba, además de los requisitos señalados expresamente en esta norma, el solicitante deberá acompañar su escrito de solicitud de nulidad de los medios probatorios pertinentes.

2. EL PROBLEMA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Sobre los presupuestos procesales HERNÁNDEZ GALILEA manifiesta que gran parte de los problemas que existen respecto a dichos presupuestos obedecen a una doble causa: la indeterminación de lo que debe ser considerado como presupuesto procesal, y, en segundo término, porque no se sabe respecto a qué elemento adquieren la condición de presupuestos; aspectos ambos que se encuentran mutuamente condicionados porque la determinación de los presupuestos exigiría, con carácter previo, un concepto de presupuestos procesales. Pero ese tratamiento marginal vinculado generalmente a la ineficacia, hace que, en el momento

actual, sea una tarea imposible tratar de definir lo que deba entenderse por presupuestos procesales. Puede observarse cómo cada autor añade matices peculiares, relacionadas con las consecuencias que se derivan de la ausencia de los presupuestos. Así, por ejemplo, hay quien afirma que los presupuestos procesales son los antecedentes necesarios para la validez formal del juicio y diferencia entre presupuestos procesales de la acción, de la pretensión, de la validez del proceso y de una sentencia favorable (CHIOVENDA, 1954, III: pp. 33-43; COUTURE, 1958: pp. 102-112). En opinión de ORTELLS RAMOS: “Los presupuestos procesales se refieren a la eficacia del procedimiento en su conjunto, y no de los actos singularmente considerados, para que en él pueda dictarse un pronunciamiento sobre el fondo” (1993: p. 557). Recordemos que el autor en su última obra *DPC* no desarrolla el tema de los actos procesales). RAMOS MÉNDEZ (1999: pp. 316-317) define a los presupuestos procesales como circunstancias fácticas y jurídicas para la admisibilidad del acto.

Así, por lo general, la doctrina sostiene una noción ambivalente: como presupuesto del acto procesal y como presupuesto de la sentencia de fondo. Como muestra del primer grupo destaca CARNELUTTI (1942: p. 305), quien define a los presupuestos procesales de un acto como un hecho cronológicamente anterior a los mismos y que constituye un requisito de su validez. Al momento de identificar cuáles son esos presupuestos, este autor distingue entre los que denomina hechos constitutivos (como la demanda) y los requisitos del acto (como la competencia del juez o la legitimación de las partes). Dentro del segundo grupo destaca GOLDSCHMIDT (1945: p. 8), quien afirma que los presupuestos procesales no lo son en realidad del proceso; son simplemente presupuestos, requisitos previos de la sentencia de fondo, sobre los que se resuelve en el proceso.

La doctrina peruana no es ajena a esta realidad y los define como “los requisitos ineludibles para que se genere una relación procesal válida y para que, por consiguiente, exista proceso válido” (CARRIÓN, 1994: p. 143). En el mismo sentido destaca la siguiente concepción: “(...) los presupuestos procesales proveen la materia a las excepciones procesales. De esa manera quedan definidos como presupuestos procesales negativamente expresados (...) los presupuestos procesales, pues, se precisan para que surja una relación jurídica procesal válida” (OBANDO, 1997: p. 63).

Pero el problema que acarrea esta postura es que es ambivalente, ya que confunde validez con eficacia.

A diferencia de lo que parte de la doctrina civilista asume, en cuanto la nulidad de Derecho Civil no produce efectos –lo cual implica que el juez deba tan solo declararla y no suprimir sus efectos –en el proceso, un acto que se encuentra afectado por un vicio que es pasible de generar una declaración de nulidad, sí

produce efectos. Al respecto, CAVANI (2010: p. 71) manifiesta que la inexistencia es el único supuesto en el cual un acto procesal carece de toda eficacia. De ahí lo que es importante advertir es que el acto procesal, por ser existente, produce efectos, lo cual quiere decir, naturalmente, que aquellos actos defectuosos pasibles de invalidez son plenamente eficaces. Por el solo hecho de tener presencia en el proceso, un acto, a pesar de contener gravísimos defectos, produce efectos. Por eso, el mencionado autor prefiere llamar al acto nulo como acto imperfecto, antes de llamarlo acto ineficaz (CAVANI, 2010: p. 73).

Ante esta situación HERNÁNDEZ (1995: p. 91) apunta algunas soluciones: con respecto a qué debe entenderse por presupuesto procesal, la solución la encuentra atendiendo a la relación que existe entre proceso y función jurisdiccional, definiendo a los presupuestos procesales como las condiciones mínimas exigidas para que se ejercite la potestad jurisdiccional. Y esta noción es perfectamente compatible con la de la generalidad de la doctrina.

Respecto a lo segundo, es decir sobre cuáles sean esas condiciones mínimas, el autor arriba mencionado distingue entre presupuestos de existencia y presupuestos de validez. Considera como presupuestos de existencia aquellas condiciones sobre las que se asienta la apariencia de que se está realizando un proceso, que, siguiendo a CHIOVENDA (1954, I: p. 69) y a COUTURE (1958: p. 104) pueden reducirse a dos: la existencia de un órgano jurisdiccional y de una solicitud de tutela jurisdiccional; la ausencia de cualquiera de ellos elimina la apariencia de juridicidad y, por tanto, la base sobre la que se apoya la existencia jurídica. Consideración distinta merecen otras circunstancias como la competencia del órgano jurisdiccional o la capacidad de las partes, las cuales, al eliminar la apariencia de juridicidad del proceso, no deben ser consideradas como presupuestos de existencia, sino de validez. Pero su determinación solo puede hacerse desde la regulación legal, pues, la nulidad tiene un origen normativo inequívoco. Es decir, una vez introducidos en el terreno de la apariencia, la determinación de lo que deban considerarse presupuestos de validez no puede hacerse sin referencia a la regulación concreta de cada ordenamiento (CHIOVENDA, 1954, I: p. 69).

3. LEGITIMIDAD PARA SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL

Habiéndose establecido anteriormente el concepto de presupuesto procesal, se puede afirmar sin complicaciones que la legitimidad es un presupuesto procesal de validez del acto procesal. Corresponde ahora dar un concepto de legitimación. Lo primero que se puede afirmar respecto a la legitimación es que es un tema que nació para explicar casos que aparecían como excepcionales, porque quien ejercía la pretensión podía ser quien no es titular de la relación jurídico-material; y

terminó refiriéndose, principalmente a los casos normales (quién y frente a quién debe ejercitarse la pretensión) (MORENO CATENA, 1994: p. 13).

Para MORENO (1994: p. 14), la legitimación ordinaria ha de radicar necesariamente en la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la obligación. Así, la legitimación no puede consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo y que se debatirá en el proceso, sino simplemente en las afirmaciones que realiza el actor. Para este mismo autor la legitimación extraordinaria es aquella que posibilita la interposición de pretensiones sin realizar esas afirmaciones. Se trata de supuestos en los que la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el tribunal en el fondo y pueda procederse a la actuación del Derecho objetivo, no es la afirmación de la titularidad activa o la imputación de la titularidad pasiva de la relación jurídico-material. Esos casos están cubiertos por norma expresa de atribución de legitimación, norma que es siempre procesal, independientemente del lugar que ocupen en los cuerpos legales de cada país (MORENO CATENA, 1994: p. 19).

Así, esta norma en comentario establece quién puede solicitar la declaración de nulidad de un acto procesal; es decir, quién puede afirmar que tiene derecho a que se declare nulo un acto procesal viciado. Y esa persona requiere estar perjudicado con el acto procesal viciado y deberá tener un interés propio y específico con relación a su pedido. Se verá a continuación cada uno de esos requisitos.

4. LA PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN COMO FUNDAMENTO PARA LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL

Las garantías del debido proceso, que tienen orden constitucional, pueden perfectamente reducirse en la garantía bajo comentario, la cual es la prohibición de la indefensión, o el derecho a la defensa en su concepción positiva. Es así que el contenido de esta garantía se encuentra recogido en la norma bajo comentario, pues se protege a la parte que no ha podido realizar un acto de defensa procesal por el vicio en la realización de un acto. De esa manera quien puede solicitar la nulidad de un acto debe encontrarse perjudicado en su derecho a la defensa y, por lo tanto, en su garantía constitucional del debido proceso.

Es así, que el perjuicio que debe tener el solicitante de la nulidad no es cualquiera, sino que se debe tratar de la vulneración de su derecho de defensa, para lo cual no bastará solo con alegarlo, sino que deberá precisar qué acto concreto de defensa no pudo realizar como consecuencia del acto viciado.

Asimismo, la vulneración de ese derecho deberá ser real, directa y personal; es por ello que la norma bajo comentario exige que el interés que deberá tener el solicitante debe ser “propio y específico”. Por lo tanto, la vulneración del derecho de defensa no puede ser potencial, sino que debe ser concreta y además el perjuicio del derecho de defensa lo debe haber sufrido el propio solicitante de la declaración de nulidad del acto, no cabe de esta manera el solicitar la nulidad por la afectación del derecho de defensa de otra persona.

La irregularidad debe haber afectado un interés. Por este principio se afirma que no hay nulidad si no hay perjuicio (*pas de nullité sans grief*). Surge como una reacción contra el formalismo puro. Así la violación de las formas carece de sentido si no se ha producido un perjuicio, o un daño. Así, el perjuicio producido por el acto viciado es también un factor indispensable en el análisis. Ese daño debe ser concreto y evidente, y debe ser alegado por quien deduce la nulidad.

Al ponderarse el interés afectado se jerarquiza la función de la forma, por autonomía, y se evita el mero planteo dilatorio, porque se colige la desestimación *in limine* de todo planteo que no suponga la existencia del interés afectado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (1942): *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch; CARRIÓN LUGO, Jorge (1994): “El proceso civil como instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional”. En: *Análisis del Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Cultural Cuzco; CAVANI, Renzo (2010): “La ineficacia procesal en el proceso civil peruano”. En: *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Gaceta jurídica; CHIOVENDA, Giuseppe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III, trad. Emilio Gómez Orbaneja. Madrid: Editorial Revista de derecho privado; COUTURE, Eduardo Juan (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; GOLDSCHMIDT, James (1945): *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz. Barcelona: Labor; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Forum; MONTERO AROCA, Juan (1994): “La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú”. En: *Ius et Praxis*, N° 24; OBANDO BLANCO, Víctor Roberto (1997): *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Lima: San Marcos; ORTELLS RAMOS, Manuel (1993): *Derecho jurisdiccional*, tomo I, 3ª ed. Barcelona: Bosch; RAMOS MÉNDEZ, Francisco (1999): *El sistema procesal español*, 4ª ed. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; MONTERO AROCA, Juan (1994): *La legitimación en el proceso civil: intento de aclarar un concepto que resulta mucho más confuso cuanto más se escribe sobre él*. Madrid: Civitas; VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra.

Artículo 175**Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad**

El pedido de nulidad será declarado inadmisibile o improcedente, según corresponda, cuando:

- 1. Se formule por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio;*
- 2. Se sustente en causal no prevista en este Código;*
- 3. Se trate de cuestión anteriormente resuelta; o*
- 4. La invalidez haya sido saneada, convalidada o subsanada.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 128, 171, 172, 176.

Karla Vilela Carbajal

1. CONFUSIÓN ENTRE INADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA

El tema de la inadmisibilidad e improcedencia dentro del Derecho Procesal no es un tema que sea identificado como problemático. Para la doctrina se admiten ambos conceptos para dos situaciones claramente identificadas: se sanciona con inadmisibilidad el incumplimiento de algunos de los requisitos de forma del acto procesal, de tal manera que si el acto procesal no tiene alguno de esos requisitos se le da un plazo a la parte que realizó el acto para que cumpla con el requisito formal omitido. En cambio, se sanciona con improcedencia el incumplimiento de un requisito de fondo del acto procesal. Ese incumplimiento no puede ser subsanado y es por eso que el efecto de la declaración de improcedencia de un acto procesal trae como efecto la no admisión a trámite del acto procesal interpuesto.

La diferenciación entre inadmisibilidad e improcedencia aparentemente tampoco aparece como un tema difícil para el legislador peruano, quien en el artículo 128 del CPC prescribe que: “El juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo”. Pero pese a esa definición a lo largo del texto normativo hay varias ocasiones en donde se nota que el legislador peruano no tiene claro cuáles son los requisitos de forma de un acto procesal y cuáles los requisitos de fondo. Por ejemplo, destacan los artículos 426 y 427 del CPC, donde unos mismos requisitos de la demanda, son a la vez, causales de inadmisibilidad e improcedencia de la demanda; el artículo 387, inciso 1, en donde el legislador prevé como causal de inadmisibilidad del recurso de casación, el incumplimiento de un requisito de fondo. Pues, otro ejemplo de esa

falta de claridad entre inadmisibilidad e improcedencia es el artículo bajo comentario, pues en esa misma norma establece que el pedido de nulidad sería declarado inadmisibile o improcedente, según el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados por la norma, pero no establece qué requisitos son de forma y cuáles son de fondo, dejando esa “tarea” al justiciable que quiera denunciar la inadmisibilidad o la improcedencia de dicho pedido.

Es así, que asumiendo aquí la tarea pendiente que ha dejado el legislador de esta materia, se analizan cada uno de los requisitos previstos en esta norma, y se advierte que los cuatro requisitos que contiene son requisitos de fondo del pedido de nulidad; de tal manera que si no se cumple con alguno de ellos, por mucho que sea el tiempo que el juez conceda para la “subsanción” de cualquiera de esos requisitos, no se podrá subsanar nada porque son requisitos que no se tuvieron al momento de interponer el pedido de nulidad, ni se podrán tener nunca.

Se verán cada uno de los requisitos enunciados por la norma para una mejor comprensión del tema. Si la nulidad se formula por quien ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio denunciado, por mucho que sean los días que el juez conceda para la “subsanción” de incumplimiento de este requisito, tal subsanción sería imposible, ya que el transcurso del tiempo no borraré el hecho de que el solicitante de la nulidad haya propiciado, permitido o dado lugar a la comisión del vicio.

Similar situación se apreciará cuando el solicitante del pedido de nulidad sustenta su pedido en una causal no prevista en el CPC, porque por mucho que sea el tiempo que el órgano jurisdiccional conceda para la “subsanción” de incumplimiento de este requisito, no podrá realizarse tal subsanción porque el transcurso del tiempo no borraré el hecho de que la causal de nulidad alegada no se encuentra prevista expresamente en el Código. Lo mismo si la nulidad solicitada se trata de una cuestión anteriormente resuelta, porque el transcurso del tiempo no borraré el hecho de que la situación ya haya sido previamente resuelta. Por último, si el vicio ya ha sido saneado, convalidado o subsancado, el transcurso del tiempo tampoco borraré el hecho de que el vicio ya haya sido saneado, convalidado o subsancado.

Por todo lo anterior, es que se puede concluir que la norma en comentario contiene los requisitos de procedencia del pedido de nulidad, ya que todos los requisitos son requisitos de fondo del pedido de nulidad.

2. ¿REQUISITOS APLICABLES SOLO AL PEDIDO DE NULIDAD?

Si bien es cierto la norma en comentario habla de que los requisitos enumerados en ella son exigibles al pedido de nulidad, aquí se afirma que los requisitos

descritos en esta norma son aplicables para todos los mecanismos que la ley prevea para que la nulidad sea solicitada por una de las partes del proceso, ya sea el demandante o el demandado; y no solo para el pedido de nulidad.

Se llega a esta conclusión, porque sea cual sea el mecanismo que el solicitante utilice para lograr la declaración de nulidad, la naturaleza y el objeto del pedido son los mismos, por lo tanto, los requisitos de fondo deben ser los mismos.

Los mecanismos existentes para someter a valoración del órgano que está conociendo del proceso las infracciones susceptibles de provocar la nulidad son, fundamentalmente, el pedido de nulidad contenido en el artículo 176 del CPC (el cual será analizado posteriormente cuando corresponda comentar el art. 176 del CPC) y los recursos de apelación y casación. Es entonces, para todos esos mecanismos que el juez deberá exigir el cumplimiento de todos los requisitos de procedencia previstos en la norma bajo comentario, además de exigir los requisitos de procedencia propios de cada mecanismo, como por ejemplo los requisitos de procedencia del recurso de apelación previstos en el artículo 367 del CPC y de la casación previstos en el artículo 388 del CPC.

3. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

Se procederá ahora a analizar cada uno de los requisitos de procedencia que contempla esta norma.

Así el primer requisito es que el pedido se formule por quien no ha propiciado, permitido o dado lugar al vicio. Este requisito contiene lo que la doctrina procesal denomina principio de protección, que nos dice que toda alegación de nulidad tiende al amparo de un interés lesionado. Así, por este principio, nadie puede alegar la nulidad que el mismo ha cometido o ayudado a cometer. Este principio pretende otorgar razonabilidad a las nulidades que se deduzcan y constituye una regla de legitimación y linda con la admisibilidad (DI GIULIO, 2005: p. 134).

GOZAÍNI (1992, I: p. 856) agrega que “el principio demuestra una extensión del precepto *nemo auditur propiam turpitudine allegans* (nadie puede alegar su propia torpeza), que en la doctrina procesal se le conoce como la doctrina o teoría de los actos propios, según el cual, no es lícito admitir que las partes ejerciten actos contrarios a los que la otra parte, de buena fe acepta, por observarlos continuos y destinados a una determinada conducta futura”.

Una corriente doctrinal ve que este principio protege cualquier atentado contra los principios de lealtad y buena fe que las partes deben tener en el proceso (COUTURE, 1985: p. 397).

La doctrina y la jurisprudencia son uniformes en el sentido de que la nulidad solo puede hacerse valer cuando a consecuencia de ella quedan indefensos los intereses del litigante o de ciertos terceros a quienes alcanza la sentencia. Sin ese ataque al derecho, la nulidad no tiene por qué reclamarse y su declaración carece de sentido (COUTURE, 1985: p. 396). Y ello es así porque la nulidad es un remedio extremo y constituye la máxima sanción en materia de ineficacia de los actos procesales, por lo cual, antes de arribar al aniquilamiento de estos, se debe propender por encontrar el camino de su salvación. De forma que cuando se declare la nulidad es porque no exista otra vía para proteger el derecho fundamental al debido proceso (SANABRIA, 2005: p. 112).

En cuanto al requisito que establece que será declarado improcedente el pedido de nulidad que se sustente en causal no prevista en este Código, se puede afirmar que es la expresión concreta del principio de especificidad, también llamado principio de legalidad. Postula este principio que para que pueda declararse la nulidad de un acto procesal este debe haberse llevado contraviniendo el texto expreso de la ley en el cual esté contemplada precisamente la sanción de nulidad. Para este principio no hay nulidad, si ella no está contemplada expresamente en la ley, también conocido con la expresión francesa de *pas de nullité sans texte*.

Así, en aplicación de este principio no se pueden aceptar otras nulidades que no estén previstas en la ley, debiendo regir la regla de la interpretación estricta. De lo anterior se desprende que las causales de nulidad son taxativas y no admiten aplicación analógica ni extensiva, con lo que de paso, se le imprime seguridad al proceso, pues los justiciables cuentan con la certeza de que la actuación no va a ser invalidada por el capricho del juez o de su contraparte, sino por las causales que con antelación vienen a ser señaladas por la ley (SANABRIA, 2005: p. 84).

Como aporte positivo de este principio, vale la pena recalcar que con él se destierra la idea de que cualquier irregularidad formal es causal de nulidad, y así se evitarán maniobras dilatorias de las partes. Por ejemplo, nuestro CPC tiene como normas expresas que sancionan con nulidad, el artículo 50, inciso 6, artículo V del Título preliminar, artículo 202, artículo 611, entre otros.

Pese a lo anterior, para algunos (ESCOBAR, 1990; p. 64) este principio se opone al sistema en virtud del cual toda violación a la ley procesal trae aparejada la nulidad. Y es que reconocen que es un principio difícil de consagrar, pues es incómodo que la ley señale caso por caso la nulidad. Por ejemplo, VÉSCOVI (1999: p. 264) afirma que habrá también posibilidad de anular un proceso cuando existan vicios que obstan a la constitución de una relación procesal válida o se violen las garantías del debido proceso, que, en el fondo, surgen de las normas jurídicas positivas. Quedaría así traducida la fórmula de "nulidades

implícitas”, también llamadas virtuales, que serían aquellas que no estando prevista de modo expresa en la norma, lo que se vulnera es una cláusula prohibitiva de la ley. Con las nulidades implícitas se reconoce la existencia de ciertos vicios que impiden el derecho fundamental de defensa en el proceso, que son impugnables aun cuando la ley no lo establezca expresamente, y relevables no solo a pedido de parte, sino también de oficio. Pero en caso de excepción y con referencia a principios que realmente existen en el Derecho positivo. En los demás casos, y especialmente con relación al procedimiento, rige el principio general de legalidad o especificidad.

Estas nulidades implícitas responden a la imposibilidad lógico-material de anticipar legislativamente todos y cada uno de los supuestos de anulabilidad. Y recordando que las formas también emergen de la constitución, esta modalidad es un ligamento entre el modo de proceder impuesto desde las bases del sistema y los actos en concreto. Y por ello cabe plantearse dos supuestos posibles: Si la inobservancia resulta amparada por la propia norma procesal infraconstitucional, que entra en colisión con la norma constitucional, estaríamos ante un doble problema: la validez y la constitucionalidad. Si la irregularidad proviene del acto material, la cuestión a resolver se enmarca exclusivamente en el régimen de las nulidades.

Es por ello, que los modernos Códigos no han aceptado este principio en su concepción pura sino con atenuación, incluso se ha integrado con otros principios, como el del sistema finalista de las formas (MAURINO, 1990: p. 35; GOZAÍNI, 1992, I: p. 850), por el cual se deja al arbitrio del juez declarar la nulidad de un acto con vicios formales, si es que el mismo cumplió con su finalidad. Siguiendo esta línea, nuestro CPC consagra en el artículo IX del título preliminar y en los artículos 171 y 175 incisos 2 y 4 ese principio de la legalidad, pero relativizado.

En cuanto al requisito que establece que será improcedente el pedido de nulidad que se base en denunciar una cuestión anteriormente resuelta, se puede afirmar que es la plasmación concreta del principio de preclusión, que establece que no se puede retroceder a una etapa o momento del proceso que ya se realizó.

Si la invalidez denunciada ya ha sido saneada, convalidada o subsanada, la norma en comentario establece que el pedido de nulidad deberá ser declarado improcedente. Así, este requisito recoge el principio de convalidación, principio que tiene problemas con la denominación. Hay quienes también le llaman subsanación (GOZAÍNI, 1992, I: p. 852).

Sin embargo, MAURINO (1990: p. 54) afirma que lo más correcto y preciso es la denominación de convalidación porque el término subsanación se relaciona

con la convalidación, en una relación del género con la especie. Así pues, la subsanación como actividad puede provenir de las partes (que sería la convalidación propiamente dicha) o del juez.

Clásicamente se ha afirmado que las razones de seguridad y certeza del derecho, que se manifiestan de modo especial en el proceso, y la existencia de la cosa juzgada hacen que en el Derecho Procesal, mucho más que en el Derecho Civil, se aplique el principio de convalidación de las nulidades, de manera que transcurrida una etapa no se puede volver a la anterior (principio de preclusión procesal). Y así sostienen que cuando todas las etapas se han cerrado (sentencia definitiva, cosa juzgada), se precluye la posibilidad de reclamar contra todas las nulidades (VÉSCOVI, 1999: p. 266).

Y es que toda nulidad que directa o indirectamente se refiere a un acto procesal es susceptible de convalidación por defecto de invalidación. Y ello es consecuencia de la existencia de los principios de bilateralidad y dispositivo, vigentes en el proceso civil. Es la iniciativa de las partes lo que hace que el proceso no solo se inicie, sino que avance hacia su fin, lo cual genera la carga del impulso procesal. Siendo así, se entiende que cuando la parte afectada consiente la irregularidad procesal, esa falta de invalidación convalida la nulidad.

Así, este principio no es más que la plasmación del principio de preclusión en materia de nulidad procesal, y en virtud de él, las nulidades procesales deben alegarse dentro de los precisos términos y oportunidades contempladas en la ley, so pena de operar el saneamiento de las mismas, con lo que se busca que el proceso no sufra de tropiezos y las partes no obtengan provecho de la alegación tardía de las nulidades (SANABRIA, 2005: p. 118).

En consonancia con lo anterior, las normas procesales establecen que la no alegación oportuna de las nulidades conlleva su saneamiento (ver arts. 465 y 466 del CPC) y, como consecuencia de ello, se impide que el afectado pueda solicitar la invalidación de la actuación, a lo cual habrá de adicionarse, que precluye igualmente la oportunidad de alegar nulidad a quien, teniendo conocimiento de la existencia de un proceso en su contra, decide no concurrir de manera inmediata al mismo y alegar las irregularidades formales que se hayan producido y le puedan resultar perjudiciales sino que para hacerlo, espera el momento más beneficioso para él. Se exige por ello suma diligencia y la adopción de una conducta ajustada al deber de buena fe para alegar nulidades, pues de lo contrario el acto viciado recobrará validez (SANABRIA, 2005: pp. 119-120).

Pero ¿qué es lo que se convalida? CAVANI (2010: p. 125) señala que es un error del CPC señalar que “la nulidad se convalida”, porque la convalidación no es otra cosa que una técnica para impedir la nulidad, es decir la convalidación opera en

un ámbito anterior a la declaración de nulidad, pues opera en el ámbito del vicio. Pero ¿sería correcto sostener que lo que se convalida es el vicio? CAVANI sostiene que no sería tampoco exacto afirmar ello porque ese principio no actúa para convalidar los vicios del acto, sino propiamente para apartar los males que los desvíos puedan generar. Así, se convalidan los perjuicios que provienen del acto viciado, y no precisamente el acto viciado.

Los autores hablan de distintas clases de subsanación: por renuncia y caducidad (ALZAMORA, 1981: p. 35), que no es más que la repetición de la clasificación de subsanación expresa y tácita (ALSINA, 1958: p. 110; ROCCO, 1976, II: pp. 307-308; MAURINO, 1990: p. 55).

Este principio tiene una interpretación de plena vigencia para los seguidores de la doctrina clásica procesal que distingue varias clases de nulidad (absoluta y relativa, subsanable o insubsanable, etc. - COUTURE, 1988: pp. 391-392), y así para ellos, en virtud de este principio, "(...) la sentencia firme viene a subsanar todos los vicios, (...) y sobre todo, con el transcurso de los términos de impugnación" (MORÓN PALOMINO, 1957: p. 78; VÉSCOVI, 1999: p. 262). Esa postura aquí no se comparte y por ello aquí se concluye que la nulidad es insubsanable, y que solo hay una sola clase de nulidad y es la que se produce cuando se ha causado indefensión a una de las partes, o cualquier otra vulneración al debido proceso. Es por ello que aquí se sostiene que este principio no hace más que reconocer que cuando no hay denuncia de la parte afectada, es porque ella no se ha sentido agraviada en ninguna manifestación del debido proceso y por ello no hay, ni debe de haber nulidad procesal. Y es que la convalidación de la nulidad nunca puede ser realizada por la parte que causó el vicio, ni por el juez (CAVANI, 2010: p. 124).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALSINA, Hugo (1958): *Las nulidades en el proceso civil y comercial*. Buenos Aires: EJEA; ALZAMORA VALDEZ, Mario (1981): *Teoría general del proceso*. Lima: Sesar; CAVANI, Renzo (2010): "La ineficacia procesal en el proceso civil peruano". En: *Estudios sobre la nulidad procesal*. Lima: Gaceta Jurídica; COUTURE, Eduardo (1988): *Introducción al estudio del proceso civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; DI GIULIO, Gabriel (2005): *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Hammurabi; ESCOBAR FORNOS, Iván (1990): *Introducción al proceso*. Bogotá: Temis; GOZAÍNI, Oswaldo (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, vol. 2. Buenos Aires: Ediar; MAURINO, Alberto (1990): *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Astrea; MORÓN PALOMINO, Manuel (1957): *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona: AHR; ROCCO, Ugo (1976): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma; SANABRIA SANTOS, Henry (2005): *Nulidades en el proceso civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; VÉSCOVI, Enrique (1999): *Teoría general del proceso*, 2ª ed. Bogotá: Temis.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Forum; LOURIDO RICO, Ana María (2002): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada: Comares; VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

No procede la nulidad alegada por el demandante debido a la ausencia de la audiencia especial en el proceso de ejecución si fue él mismo quien solicitó al juez que los autos ingresen a despacho para aprobar la pericia sin que se haya realizado la audiencia especial, esto de conformidad con el inciso 1 del artículo 175 del Código Procesal Civil (*Cas. N° 1455-2008-Arequipa*).

Se llega a la convicción de que la resolución impugnada no infringe el debido proceso en los términos denunciados, pues si bien los demandantes solo adjuntaron a la demanda una tasa judicial; también es cierto que los mismos demandados no cuestionaron oportunamente tal deficiencia de carácter formal. En efecto, al absolver el traslado de la demanda no expresaron tal omisión, dejando consentir la resolución que admite a trámite la presente demanda. Por consiguiente, en virtud del principio de preclusión procesal ya no es posible retrotraer el proceso a una etapa procesal anterior que ya fue superada (*Cas. N° 5011-2007-Lima Norte*).

La articulación de nulidad es improcedente cuando se sustenta en causal no prevista en el CPC. Encontrándose embargado un bien, no puede ampararse la nulidad de un nuevo embargo, puesto que esta nueva medida debe entenderse como reembargo (*Exp. N° 1777-1994-Lima*).

Artículo 176

Oportunidad, trámite y de oficio

El pedido de nulidad se formula en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo, antes de la sentencia. Sentenciado el proceso en primera instancia, solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación. En el primer caso, el juez resolverá previo traslado por tres días; en el segundo, la Sala Civil resolverá oyendo a la otra parte en auto de especial pronunciamiento o al momento de absolver el grado.

Las nulidades por vicios ocurridos en segunda instancia, serán formuladas en la primera oportunidad que tuviera el interesado para hacerlo, debiendo la sala resolverlas de plano u oyendo a la otra parte.

Los jueces solo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 128, 171, 175.

Karla Vilela Carbajal

1. CONTENIDO DEL ARTÍCULO 176 DEL CPC

El artículo bajo comentario contiene una regulación en donde reconoce una serie de mecanismos que tienen las partes como el propio órgano jurisdiccional para obtener la declaración de nulidad de un acto procesal.

Es así que los mecanismos que prevé expresamente esta norma son el pedido de nulidad, el recurso de apelación y la declaración de oficio por parte del juez. Los dos primeros mecanismos están previstos para que sean utilizados por la parte perjudicada con la realización de un acto viciado, y el tercero es el mecanismo que puede utilizar el juez de oficio. Asimismo, es interesante resaltar que los mecanismos previstos en esta norma en ningún caso pueden ser interpretados de manera taxativa, es decir, no se puede considerar que los mecanismos aquí enunciados son los únicos que existen para poder solicitar la declaración de nulidad de un acto viciado, porque evidentemente a lo largo del ordenamiento procesal civil existen otros mecanismos que también sirven para solicitar la declaración de nulidad de un acto viciado, tales como el recurso de casación, las excepciones procesales perentorias, el saneamiento procesal, etc.

2. EL PEDIDO DE NULIDAD

Es el primer mecanismo que contempla la norma bajo comentario. Este mecanismo es un remedio, ya que se formula por quien se considera agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. Ello es así porque se exige que la nulidad que se denuncie por esta vía será siempre y cuando no se haya expedido todavía sentencia de primera instancia. No hay un plazo para interponerlo, solo se indica que se tendrá que interponer en la primera oportunidad que se tenga, factor que hace muy difícil la prueba de su oportunidad de presentación.

En cuanto a su trámite, si la nulidad se formuló antes de dictarse la sentencia de primera instancia el juez resolverá, previo traslado a la otra parte, por el plazo de tres días.

También es posible que la parte solicite la declaración de nulidad si aquella se produjo por vicios ocurridos en segunda instancia. En este caso tampoco hay plazo, y al igual que si hubieran ocurrido en primera instancia, se deben denunciar en la primera oportunidad que se tenga. La diferencia está en que el juez tiene facultades para resolverlas sin prestar audiencia a la otra parte.

3. EL RECURSO DE APELACIÓN

Al mismo hace referencia el propio artículo 176 del CPC cuando establece que sentenciado el proceso en primera instancia, la nulidad solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio de la apelación.

Es preciso insistir en que la vía constituida por los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se configura como el medio ordinario por antonomasia a través del cual hacer valer, y en su caso, declarar, las posibles nulidades de actuaciones. Esto es así al punto que si la parte ha tomado conocimiento de la existencia de un vicio determinante de nulidad y no hace uso de los recursos establecidos para declararla y luego pretendiera hacer valer la nulidad de actuaciones por otras vías, las mismas han de denegarse, sin perjuicio de las facultades de subsanación que, en cada caso, tenga el órgano judicial correspondiente.

La absorción de la nulidad dentro de la disciplina general de los recursos no es una novedad en el ordenamiento peruano. No obstante, cabe plantearse si la invocación de la nulidad como motivo del recurso configura una categoría impugnatoria peculiar. Para ello hay que recordar que la distinción entre medios de impugnación y medios de gravamen es útil solo como principio general. Pero esta diferenciación de contenido no procede, en opinión de HERNÁNDEZ (1995: pp. 297-298), de una peculiar naturaleza del recurso, sino de la propia pretensión que se introduce en el mismo. Así pues, debe entenderse que la nulidad no

cambia la naturaleza del recurso en el que se alega como motivo (GUASP, 1968, II: p. 735, y VERGÉ, 1987: pp. 110-111).

Una vez finalizada la instancia, las nulidades que las partes pretendan hacer valer deberán ser invocadas a través de los recursos establecidos contra la sentencia definitiva. Siendo este el régimen general querido por el legislador, es evidente que la determinación de los recursos utilizables, así como de las condiciones de utilización, es del máximo interés, por cuanto la elección de una vía inadecuada puede impedir definitivamente la valoración de la nulidad.

Por ello hay que recordar que el derecho a los recursos en el orden jurisdiccional civil no es un derecho de carácter absoluto; no puede alcanzar en ningún caso a la necesidad de crear recursos inexistentes ni modificar la regulación procesal de los que ya existen, sino que garantiza simplemente que la utilización de los recursos legalmente previstos no le sea impedida a nadie que tenga derecho a ellos (ARMENTA, 1994: p. 106; DE DIEGO, 1998: pp. 15-16; GUI, 1997: p. 825).

Por ello, la falta de resolución expresa de un recurso válidamente interpuesto supone para el recurrente la privación de un remedio legalmente previsto que lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en los artículos I del Título Preliminar del CPC y 139.3 de la Constitución.

Ahora bien, los preceptos que disponen la invocación de la nulidad a través de los recursos no establecen limitación alguna. Por consiguiente, lo único que puede determinar la exclusión de alguno de ellos es su propia regulación.

1) Condiciones de utilización de los recursos: La comprensión de la nulidad como técnica de protección permite entender la existencia de límites para su aplicación y valoración. No basta con que haya existido una infracción susceptible de provocar la nulidad, sino que es necesario, para que la valoración y aplicación se lleven a cabo, que se utilicen los cauces oportunos y con las condiciones establecidas.

Por lo tanto, todos los requisitos establecidos por las leyes procesales para el acceso a los recursos (la legitimación, el gravamen, la impugnabilidad de la resolución, requisitos de tiempo y forma, etc.) son de aplicación cuando a través de ellos se pretende hacer valer la nulidad: no tiene la nulidad, como ya se ha dicho, un régimen privilegiado.

La primera condición de utilización del recurso es su propia existencia. El artículo 176 del CPC habla del recurso de apelación, lo cual significa que no pueden utilizarse recursos inexistentes o utilizar con otra finalidad los que tienen una específica.

Pero, además, la propia pretensión de nulidad introduce matizaciones concretas en algunos de esos requisitos generales o hace necesario, en determinados supuestos, el cumplimiento de algún requisito adicional. Con respecto a las especialidades que se observan cuando la nulidad es el motivo del recurso, podemos destacar las siguientes:

- a) *Legitimación*: Solo la tiene quien fue parte en el proceso o los terceros legitimados. Sin embargo, esta concepción de legitimación ha sido superada en doctrina y en legislaciones extranjeras quienes consideran que la legitimación no solo la tiene quien es parte en el proceso, sino también quien ha sido tomado como parte en el proceso, o quien no habiendo sido parte en el proceso, tuviese derecho a serlo (MONTERO AROCA, 1994: p. 34). Es preciso, además, respecto a las infracciones de protección relativa, que la nulidad no haya sido provocada por la parte recurrente ya sea conscientemente, ya como consecuencia de su falta de diligencia.
- b) *Gravamen*: No es el mismo en los dos tipos de infracciones que hemos establecido. En las infracciones de protección absoluta es gravamen suficiente para recurrir la propia infracción invalidante. En cambio, en las infracciones de protección relativa el gravamen lo constituye la indefensión derivada de la infracción. No es suficiente, por lo tanto, la alegación de la infracción, sino que debe invocarse la indefensión sufrida.
- c) *Petición de subsanación*: Cuando la pretensión de nulidad se fundamente en una infracción de protección relativa es preciso que el recurrente la haya puesto de manifiesto a través de los medios oportunos en la primera ocasión que tuvo para hacerlo. Las normas hablan de petición de subsanación, sin duda porque el término se emplea impropiaemente. En algunos casos no es posible pedir la subsanación, sino únicamente la anulación. La finalidad de este requisito es, precisamente, garantizar que se cumple la función protectora del proceso que tiene la nulidad y evitar que se utilice sorpresivamente cuando el sentido de la resolución es desfavorable. Está, pues, fundamentado en la propia función de la nulidad y en la buena fe. Dicha finalidad debe ser tenida en cuenta al exigir el cumplimiento de este requisito. Y, por ello, cuando la ley no determine una forma específica de llevarlo a cabo, cualquier manifestación de la parte que revele su voluntad de mantener la pretensión debe considerarse suficiente para dar por cumplido este requisito procesal. La jurisprudencia aplica en este punto el criterio de la proporcionalidad y de la utilidad, criterio que es una nueva manifestación de la visión teleológica que debe imperar en la interpretación de las normas procesales. Vistas estas características generales

a todos los recursos se pasa, ahora sí, a analizar el recurso de apelación en concreto.

Así, por ejemplo, destaca la Cas. N° 1363-99/Lima:

“Las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, de ahí que la validez de los actos del proceso deben juzgarse atendiendo a la finalidad que en cada caso concreto están destinados a conseguir, no procediendo la nulidad cuando aun siendo defectuosos han logrado cumplir su objeto (...) Debe cuidarse que la forma infringida no afecte el derecho de la defensa o el principio de la bilateralidad de la otra parte, pues de así serlo, pese a haber cumplido el acto procesal su finalidad, no podría convalidarse, y sería irremediable la sanción de nulidad” (*El Peruano*, 23/12/99, pp. 4403-4404).

El recurso de apelación es el medio habilitado por el legislador para trasladar una resolución judicial de la primera a la segunda instancia, a través del cual el superior jerárquico a aquel que dictó la resolución impugnada puede revisar no solo los resultados del órgano inferior, sino también su actividad procesal. Así pues, la apelación permite que el órgano competente para conocer de la segunda instancia de un proceso pueda tomar en cuenta tanto la aplicación que se hubiese realizado del derecho sustantivo como del Derecho Procesal.

Objeto del recurso de apelación es la pretensión impugnativa del apelante, que indica el pronunciamiento o decisión impugnados y el sentido de la nueva resolución que se pretende. El precepto más directamente referido a la petición impugnativa es el artículo 364 del CPC. De esta norma y de otras pueden deducirse tres modalidades de la petición impugnativa:

- a) Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de la sentencia sobre el objeto del proceso y la emisión de una nueva sentencia favorable.
- b) Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de resoluciones procesales no ajustadas a derecho y la emisión de una nueva resolución sobre la cuestión.
- c) Peticiones impugnativas consistentes en instar la nulidad o anulación de la resolución y, en su caso, del proceso antecedente, por infracción de normas y garantías procesales en la primera instancia.

Es decir, junto a los motivos de fondo, el otro gran grupo de causas que justifican un recurso de apelación lo integran los denominados vicios *in procedendo* o quebrantamiento de las formas esenciales del proceso acontecido a lo largo de la tramitación de la primera instancia, incluida la propia sentencia final. Es esta tercera modalidad la única que será analizada a continuación, pues es la

que interesa a la presente investigación. Dicha causal se fundamenta en que se ha infringido una norma de naturaleza procesal, lo que ocasiona que el procedimiento no se haya desarrollado en la forma querida por la ley. Para que este motivo prospere como causa de apelación no es necesario que haya conducido a una sentencia equivocada; no es eso lo que en estos casos se trata de determinar, sino solo si el procedimiento se desarrolló en la forma legal. Lo que no significa, sin embargo, que su entidad para constituir motivo de apelación sea totalmente independiente respecto del resultado final. Como se verá, para que los errores *in procedendo* garanticen el éxito de la apelación es imprescindible que la parte a la que los mismos hayan perjudicado sufra, además, gravamen con la decisión de final de fondo.

2) Contenido de la apelación en materia de nulidad: El modelo actual de la apelación no es más que el resultado de la fusión, en un solo recurso, de dos instituciones que, en su origen histórico, han funcionado autónomamente: la *apellatio* y la *querella nullitatis*. La diferencia entre ambos medios de impugnación venía dada por la distinta actividad que provocaban en el órgano jurisdiccional, pues mientras en la *apellatio*, este entraba inmediatamente a considerar el fondo del asunto, sin tener para nada en cuenta los posibles vicios procesales que pudieran contenerse en la resolución recurrida; en la *querella nullitatis* por el contrario, la actividad del órgano judicial se encaminaba, en primer término, al examen de los vicios *in procedendo* alegados por el recurrente, y solo se entraba en un nuevo examen del fondo cuando el juicio sobre la nulidad resultaba positivo.

Esta clase de petición no va dirigida a obtener un nuevo pronunciamiento ni sobre el fondo, ni sobre una cuestión procesal, sino la nulidad de la resolución apelada, por nulidad originaria o derivativa, y, en este segundo caso, también la nulidad del proceso que la precedió, desde que concurrió la causa de nulidad.

La estimación absoluta de esta petición implica la nulidad de actuaciones y la reposición de las mismas a la primera instancia, para que se reanude la actividad procesal desde el último acto válido. Pero esta petición también puede ser estimada con subsanación de los vicios causantes de nulidad por el tribunal de la apelación, posibilidad esta última a la que no se refiere expresamente por el artículo 380 del CPC, pero que se puede aplicar si se tiene en cuenta el principio de subsanación contemplado en el artículo 172 del CPC.

a) *Alegaciones destinadas a servir de fundamento a los pronunciamientos sobre el objeto de la apelación*: Limitándonos siempre a la materia de nulidad, la alegación que se puede hacer es la infracción de normas y garantías procesales, es decir, *vicios in procedendo* (GARCÍA-ROSTÁN, 2001: pp. 255-256).

En definitiva, se está en presencia de un vicio en el proceder cuando se infringe alguna de las normas de naturaleza procesal que establecen cuáles son los presupuestos necesarios para el desarrollo válido y eficaz del proceso y cuáles los requisitos imprescindibles para la válida y eficaz existencia de los singulares actos que conforman el proceso en su conjunto. Conviene precisar aquí, que no solo la infracción de normas meramente procedimentales es causante de un *error in procedendo*, sino también las denominadas tradicionalmente normas procesales materiales pueden dar lugar a esta clase de defectos (GUASP, 1968, II: p. 848; PRIETO-CASTRO, 1985, II: p. 526; MARTÍN DE LA LEONA 1996: p. 122).

Para la diferenciación entre vicios *in iudicando* y vicios *in procedendo*, ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia identificar la naturaleza del error cometido con la norma infringida. Tal identificación puede servir de punto de partida, pero no es suficiente, ya que es fácil comprobar que no siempre la infracción de norma procesal determina un vicio *in procedendo*, sino que en ocasiones, generan un vicio *in iudicando*, en la medida en que entran en juego en el momento en que el juzgador realiza la operación intelectual de aplicar el derecho al caso concreto. Descartado el criterio de la norma, solo queda el del acto en que el error se padece para la distinción entre ambas categorías de vicios (CALAMANDREI, 1945: p. 165). Pero a este segundo criterio se le observa que todo vicio *in procedendo* es a la vez un vicio *in iudicando*, esto teniendo en cuenta que toda la actividad de proceder del juez se desarrolla por medio de resoluciones sucesivas o juicios menores sucesivos. En respuesta a esta crítica se ha aducido ciertamente que estos defectos en los juicios sucesivos son de distinta entidad de los que tienen lugar en el enjuiciamiento final de fondo, con el que el juez declara en forma definitiva y con efectos de cosa juzgada cuál es la voluntad de la ley en el caso concreto.

Esta consideración permite volver a establecer con claridad la línea divisoria entre el vicio *in procedendo* y el *in iudicando* cuando el primero acontece en resoluciones meramente interlocutorias (CALAMANDREI, 1945: p. 172). Pero no desvirtúa completamente la crítica expuesta cuando la resolución en la que se decide una cuestión meramente procesal es definitiva, es decir, se trata de un auto o sentencia que pone fin al proceso o que impide la continuación del mismo. En este caso, si la resolución es equivocada por infringir la norma procesal, el error jurisdiccional ¿constituye un error en la actividad o un error en el juicio? Esta no es una cuestión intrascendente en fase de apelación pues de su precisión depende cuál sea el contenido de la resolución del órgano *ad quem* estimatoria del recurso interpuesto. Sin negar, la híbrida naturaleza del error cometido, consideramos, no obstante, prevalente el vicio en la actividad sobre el error en el juicio (GARCÍA-ROSTÁN, 2001: p. 263). La razón estriba en que de esta forma el supuesto excepcional que tratamos

se aproxima más a la regla general según la cual los vicios *in iudicando* se cometen cuando el juez resuelve sobre el fondo del asunto, mientras que los *in procedendo* acontecen en cualquier otro caso en que la aplicación de la norma no haya tenido por fin resolver el objeto del litigio.

Esta clase de alegación procede si se ha formulado una petición impugnativa de nulidad y se establece en el artículo 364 del CPC. Se considera que cuando se formula esta clase de alegaciones junto con impugnaciones del contenido de la sentencia de primera instancia fundada en la infracción de normas sustantivas, el Tribunal habrá de pronunciarse, ante todo, sobre las pretendidas infracciones de índole procesal (DE LA OLIVA, 2000: p. 448). La jurisprudencia peruana sostiene que cuando se haya planteado al mismo tiempo la nulidad de la sentencia y la apelación de la misma, no debe determinar el juzgador a denegar a ambas, tanto porque se contraría el principio de tutela judicial efectiva, cuanto por la instancia plural y la revisibilidad de los fallos son principios y derechos de la administración de justicia (Sentencia de la Primera Sala en lo Civil de Lima de 20/02/1995, Exp. N° 182-95).

Volviendo a las causales de infracción de normas reguladoras de los requisitos de los actos, tenemos que precisar que no toda infracción constituye motivo suficiente para la estimación del recurso de apelación, ya que hay ciertas infracciones de normas referidas a los requisitos de los actos procesales que no tienen aparejada sanción alguna de relevancia en el proceso, ni siquiera está prevista su subsanación, aunque pueden generar sanciones disciplinarias que no afectan a la marcha del proceso (MARTÍN DE LA LEONA, 1996: p. 247). Estas consideraciones ponen de manifiesto que la regulación contenida en el artículos 171 y ss. del CPC constituye el punto de referencia obligado para averiguar qué infracciones de las normas procesales reguladoras de los requisitos de los actos y presupuestos del proceso pueden determinar la estimación del recurso de apelación. Pero no hay que olvidar que los artículos del CPC solventan algunos de los problemas de interpretación que, tanto desde el punto de vista doctrinal, como en el práctico, suscita la normativa procesal.

Así, sigue latente en el CPC la duda de si en el ámbito procesal se ha pretendido implantar la tradicional distinción entre la nulidad radical y la anulabilidad. En apariencia así ha sido, desde el momento en que los artículos 171 al 177 hablan de supuestos de nulidad de pleno derecho (no subsanables) y de nulidades. Sin embargo el mismo Código, al referirse a los medios para hacer valer estas diferencias procesales, pronto revela que si tal distinción estaba en la mente del legislador, desde luego, no salió a la luz. Pues tanto los vicios causantes de nulidad radical como los aparentemente originarios de anulabilidad reciben el mismo tratamiento procesal: unos y otros pueden ser alegados por las partes bien por los

recursos o por los otros medios establecidos en la ley, o declarados de oficio antes de que recaiga sentencia o resolución definitiva, siempre que no proceda la subsanación y previa audiencia de las partes.

b) *Contenido y efectos de la sentencia de apelación*: El contenido y efectos de la sentencia de la apelación dependerán de cuáles hayan sido las peticiones impugnativas formuladas. Aquí nos limitaremos a tratar el supuesto de sentencia de apelación si se formuló petición impugnativa de nulidad por infracción de normas y garantías procesales. Y para ello distinguimos dos momentos: los vicios *in procedendo* cometidos en la primera instancia antes de la sentencia, y los vicios *in procedendo* cometidos al dictar sentencia en la primera instancia. De hecho, pareciera que el CPC solo admitiera la nulidad en la apelación solo en este caso porque el artículo 382 del CPC dice: “El recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, solo en los casos que los vicios están referidos a la formalidad de la resolución impugnada”. Se es de la opinión de que no se puede interpretar gramaticalmente el artículo 382 del CPC, sino que el mismo debe ser interpretado concordándolo con el artículo 176 del CPC que nos dice que: “sentenciado el proceso en primera instancia, (la nulidad) solo puede ser alegada expresamente en el escrito sustentatorio del recurso de apelación”. Así, sería un contrasentido la exigencia del pedido expreso de nulidad si este está contenido “intrínsecamente” en el recurso de apelación.

b.1) En el primer apartado, cuando los *vicios in procedendo* se cometieron en la primera instancia antes de la sentencia, debemos distinguir según la infracción sea subsanable o no. Si la infracción no es subsanable, el tribunal de apelación declarará nulas, mediante auto, las actuaciones afectadas por la nulidad y repondrá el proceso al estado anterior al momento en que se cometió la infracción (art. 176, último párrafo del CPC). Si la infracción es subsanable en apelación se realizará la subsanación y, después, el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito (art. 176, primer párrafo), aunque para este segundo pronunciamiento hay que tener presentes las peticiones impugnativas de otra clase que se hubieran formulado.

El precepto, en apariencia de claridad meridiana, encierra dudas, por el momento interesa poner de relieve qué defectos cometidos en la primera instancia son subsanables en la segunda. Como en otros temas, de momento solo se pueden hacer vaticinios acerca de la puesta en práctica del precepto en análisis. La primera pauta en su aplicación, en cualquier caso, siempre ha de ser el respeto a las garantías esenciales que enuncia el artículo 139 del CP. La segunda es que las normas que conciben ciertos errores jurisdiccionales como subsanables en la audiencia previa no pueden, a nuestro juicio, tomarse como punto de referencia para propugnar la subsanación en segunda instancia.

b.2) En el segundo supuesto, cuando se han infringido normas reguladoras de la sentencia, como la infracción se ha producido en la sentencia misma, esta debe ser revocada, y se dictará nueva sentencia rectificando la infracción procesal y reproduciendo, en lo demás, el contenido de la sentencia de primera instancia, salvo que también se hubieran formulado y estimado otras peticiones impugnativas.

Así queda claro que en este supuesto procede el conocimiento directo en lugar del reenvío al primer grado. Sin embargo, hay quien en la doctrina no está del todo de acuerdo con este conocimiento directo del tribunal *ad quem*, pues considera que se estaría haciendo un abuso del principio de economía procesal (GARCÍA-ROSTÁN, 2001: pp. 299-313). Y de hecho, el CPC no tiene regulación expresa de este punto, pero tanto la doctrina como la práctica estiman que no es necesario el reenvío al juez de primera instancia, en caso de la sentencia emitida en segunda instancia a causa de un recurso de apelación concedido con efecto suspensivo porque se dirige contra una sentencia que puso fin al proceso en primera instancia. Además se puede llegar a la misma conclusión si se aprecia que el artículo 380 del CPC sostiene que la nulidad o revocación de una resolución apelada *sin efecto suspensivo*, determina la ineficacia de todo lo actuado sobre la base de su vigencia, debiendo el juez de la demanda precisar las actuaciones que quedan sin efecto, atendiendo a lo resuelto por el superior. Por lo que interpretando a contrario sensu el artículo 380 del CPC, se puede concluir que tal situación (del reenvío) no se presenta en caso de apelación con efecto suspensivo.

Llegados hasta aquí podemos dar un paso más y advertir que las normas procesales regulan el camino que conduce desde la demanda hasta la sentencia, pero normalmente no sirven para determinar el contenido de la sentencia misma, el que en esta se estime o desestime la pretensión, pues la decisión sobre el objeto del proceso habrá de tomarse aplicando normas materiales. Ahora bien, existen algunos supuestos en los que una norma procesal puede determinar el contenido del fallo de la sentencia. Esto puede suceder de dos maneras distintas:

- 1) Unas veces puede ocurrir que, producida una infracción procesal en la tramitación de la primera instancia, interpuesta reposición contra la providencia o auto correspondiente y desestimada esta impugnación, la cuestión pueda reproducirse en el recurso de apelación. Si en la primera instancia se deniega la admisión y práctica de un medio de prueba y la reposición es desestimada, la parte puede, en su caso, recurrir en apelación y en esta pedir la práctica del medio de prueba denegado en la primera instancia, lo que puede conducir a la modificación del fallo de la sentencia en cuanto al fondo del asunto, a la reforma del contenido de la sentencia.

- 2) Otras veces se tratará de que la norma procesal se ha infringido de forma tal que la misma no ha producido el efecto que debía producir en el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en la sentencia de primera instancia, y entonces el recurso de apelación perseguirá el que, aplicada la norma procesal en su sentido correcto, se produzca la reforma en la decisión de fondo con la estimación del recurso. Esto es lo que sucede cuando se impugna la sentencia porque en la misma no se ha aplicado o se ha aplicado incorrectamente una norma legal de valoración de la prueba. En los dos casos por medio del recurso de apelación no se persigue que se declare la nulidad de actuaciones producida en la primera instancia, sino que se reforme el contenido del fallo de la sentencia recurrida, aunque ello se haga alegando la infracción de una norma procesal, lo que nos debe poner en la pista de que la apelación atiende a fines tan distintos que, en realidad, en su seno deben entenderse existentes dos recursos distintos.

Como puede comprobarse la infracción de una norma procesal puede tener consecuencias muy diferentes en lo que viene considerándose como recurso de apelación, tanto que cabe cuestionarse si estamos realmente ante un único recurso o si, por el contrario, no existirán en realidad dos recursos.

- Nulidad: Esta debería ser la denominación adecuada cuando lo pedido por el recurrente es que se declare la nulidad de todo o de parte de las actuaciones producidas, parte que puede ser una sola resolución judicial. En este supuesto no importa el contenido de la resolución sobre el fondo del asunto, que normalmente o no ha llegado a dictarse o no existe en el proceso, o que aun existiendo el recurso no contradice directamente su contenido, sino que se pretende que se retrotraigan las actuaciones a un trámite anterior. El recurso se dirigirá normalmente contra autos, pero también puede formularse contra sentencias, teniendo que diferenciarse en uno y otro caso el gravamen exigido para recurrir.
- Apelación: Cuando lo pretendido por el recurrente, aunque sea con base en la infracción de una norma procesal, es que se revoque el contenido de la parte dispositiva de un auto o sentencia estaremos ante la apelación en sentido estricto, si bien entonces no se tratará propiamente de una impugnación procesal, sino de una impugnación material, por cuanto mediante el recurso se tratará de la estimación o desestimación de la pretensión, esto es, de reformar el contenido del fallo relativo al objeto del proceso. En los procesos de declaración ello puede ocurrir solo tratándose de las sentencias, pero en los procesos cautelares se referirá a los autos, si bien en los dos casos la norma procesal alegada como infringida habrá determinado el contenido de su parte dispositiva.

Así las cosas debe llegarse a la conclusión de que tratándose de la impugnación de resoluciones procesales, en las que lo que se pide es la nulidad de actuaciones, no debería hablarse propiamente de recurso de apelación, sino de recurso de nulidad, reservando la expresión de apelación para la impugnación material en la que lo que se pretende por el recurrente es la modificación o reforma de la decisión judicial relativa al fondo del asunto.

4. LA DECLARACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD DE UN ACTO PROCESAL

Tres puntos, al menos, deben ser analizados en relación con esta facultad de apreciación de oficio. El primero hace referencia a su fundamentación, especialmente cuando se trata de una facultad otorgada con carácter general, sin distinción de órdenes jurisdiccionales. El segundo comprende los límites de esta facultad: qué infracciones pueden ser objeto de apreciación y cuándo pueden ser objeto de ella. Por último, es necesario hacer una referencia al procedimiento que debe seguir el órgano jurisdiccional para declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

4.1. Fundamentación y consecuencias

Esta facultad de apreciación de oficio se encuentra regulada en el ordenamiento peruano en el artículo 176, último párrafo, del CPC. Esta facultad, sin embargo, no es ilimitada, pues solo se dispone para el caso de nulidades insubsanables.

Esta facultad del órgano jurisdiccional para vigilar de oficio la regularidad del proceso encuentra su fundamentación, desde un punto de vista general, en el marcado carácter de orden público que tienen las normas procesales, que las hace de obligado cumplimiento, de modo que su quebrantamiento provoca la nulidad de los actos procesales afectados; nulidad que los tribunales deben declarar tan pronto como la perciban, incluso cuando las partes no hubiesen instado la declaración expresa de la misma.

Desde una perspectiva procesal del tema, estas facultades del órgano jurisdiccional encuentran igualmente explicación en el deber de impulso y dirección procesal que tienen los jueces en el proceso civil, tal como lo establece el artículo II del Título Preliminar del CPC y el artículo 5, primer párrafo de la LOPJ.

Asimismo, en la protección y tutela que el artículo 7 de la LOPJ impone a todos los juzgados y tribunales en relación con los derechos y libertades que se reconocen en el título IV, capítulo VIII de la Constitución, y muy especialmente, con referencia a los derechos enunciados en el artículo 139 de la misma norma fundamental.

Indudablemente, la existencia de una facultad de oficio en el órgano jurisdiccional genera el derecho de las partes a pedir que se ejerza: lo que el juez puede hacer de oficio, también puede hacerlo a instancia de parte. Sin embargo, la solicitud de la parte no modifica la naturaleza de la facultad. Por ello, desde el punto de vista de la determinación de los mecanismos para hacer valer la nulidad, no pueden equipararse los recursos y los demás medios que establezcan las leyes procesales con la solicitud de la parte realizada en virtud de la facultad de apreciación de oficio (consecuencia que también fluye del mismo art. 176 del CPC, primeros dos párrafos).

Esta equiparación no procede porque, igual que en otros supuestos similares, la solicitud de parte realizada con fundamento en el artículo 176, párrafos primero y segundo (que no requiere sometimiento a plazo alguno) no sustituye al cauce específico que podía haberse utilizado, pues no son vías excluyentes. Por ello, si bien la alegación extemporánea pudiera ser eficaz para conseguir una declaración de nulidad, no lo es para impedir los efectos saneadores de la preclusión cuando se producen, ya que el órgano puede estimar la pretensión de nulidad, puede también desconocerla, lo cual hace necesario intentar establecer los límites, para evitar el riesgo de aplicaciones arbitrarias.

Por otra parte, nada puede impedir que el conocimiento por el juez de la infracción cometida provenga de los funcionarios de la oficina judicial o de terceros y no necesariamente de la parte afectada. Esto significa que en el ejercicio de esta facultad pueden existir actividades de comprobación previas por parte del órgano jurisdiccional, que se entiendan con una sola de las partes o con un tercero. Aunque la ley exija que antes de declarar la nulidad se oiga a las partes, no cabe entender por ello que sean las alegaciones de las partes en esa audiencia el único material que el órgano judicial pueda tener en cuenta, pues ello supondría el sometimiento del control sobre el orden público procesal al principio de aportación de parte.

4.2. Los límites de la apreciación de oficio

4.2.1. Infracciones que pueden ser apreciadas de oficio

Parece claro que el ordenamiento procesal ha establecido límites en lo que respecta a las infracciones que pueden ser objeto de valoración por el juez. No cualquier infracción provoca la nulidad que, de acuerdo con el artículo 176, último párrafo del CPC, pueda ser apreciada de oficio por el juez.

Así, se establece que el hecho de que proceda la subsanación impide al juez valorar la nulidad. Y ello no es contradictorio, pues, la subsanación es una categoría que se encuentra en una fase lógica anterior a la nulidad. El órgano jurisdiccional

debe, previamente a la declaración de nulidad, comprobar si las resoluciones afectadas por la infracción pueden ser subsanadas. Debiendo, cuando así suceda, acordar lo que corresponda para que la subsanación se lleve a cabo, sin que en este caso sea necesaria la audiencia previa de las partes. Dicha subsanación puede consistir en diversas actividades, algunas de las cuales solo pueden ser realizadas por las partes, mientras que otras las puede llevar a cabo el juez.

En definitiva, pues, podemos resumir diciendo que la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones judiciales exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que aún no haya recaído sentencia firme o resolución de análoga eficacia; b) que no proceda la subsanación; y c) que se dé audiencia previa a las partes.

4.2.2. Límites temporales para la apreciación de oficio

Por lo que respecta a los límites temporales, la solución no es tan sencilla. Cabría decir que del tenor literal de la ley la única delimitación existente es la emisión de sentencia de primera instancia. Entonces, primera cuestión es tratar de definir a qué se está refiriendo el legislador con ello. Esto parece significar que, mientras no se haya dictado sentencia definitiva, todo lo actuado puede ser nuevamente revisado por el juez de oficio. Pero lo cierto es que antes de la sentencia definitiva el órgano ha dictado diversas resoluciones interlocutorias que han ido adquiriendo firmeza. Veamos separadamente estas cuestiones:

- 1) La sentencia definitiva: El concepto de sentencia definitiva no parece que deba revestir especiales problemas pues, como ha resaltado la doctrina (GÓMEZ DE LIAÑO, 1989: p. 906), se trata de uno de los conceptos más claros del ordenamiento procesal. Por sentencia definitiva se entiende, pues, aquella que pone término a una instancia (DE LA OLIVA, 1992: p. 138). Y este concepto ha sido recogido de manera correcta en el CPC, en el artículo 121, último párrafo, concordante con el artículo 176 del CPC.
- 2) Preclusión y firmeza de las resoluciones interlocutorias: Veámos que en principio el pronunciamiento de sentencia definitiva es el único límite temporal para la valoración de la nulidad de las distintas resoluciones. Pero dicha conclusión es incorrecta, pues la parte final del ya citado artículo 121 del CPC hace mención a la existencia también de sentencias interlocutorias, es decir a aquellas que ponen fin a la instancia o al proceso pero sin un pronunciamiento sobre el fondo, sino sobre la validez de la relación procesal. Una facultad tan amplia, sin embargo, no resulta fácilmente compatible con el efecto de cosa juzgada formal que, según viene entendiendo la doctrina, producen las resoluciones interlocutorias una vez firmes. “Pero en nuestro proceso, la preclusión de cuestiones no se presenta

solo en el momento final, como medio para garantizar la intangibilidad del resultado del proceso, sino que aparece también durante el proceso, a medida que en su transcurso las distintas cuestiones son decididas y eliminadas. Esto se explica sobre todo con el sistema de las interlocutorias" (CHIOVENDA, 1954: p. 392). De la misma manera se afirma: "pueden adquirir la calidad de cosa juzgada formal todas las resoluciones y, por tanto, también las de ordenación procesal" (PRIETO-CASTRO, 1985: p. 790). La declaración de nulidad de las resoluciones interlocutorias realizada de oficio choca con el principio de rogación, y con el hecho de haberse creado a través de ellas una situación procesal nueva, que no puede ser ignorada. El problema consiste pues, en saber si el efecto de cosa juzgada formal, derivado de la firmeza de las resoluciones interlocutorias, limita en algún caso la apreciación de oficio de la nulidad establecida en el artículo 176, último párrafo del CPC, ya que este último artículo parece no hacer mención de ellas.

Algunos autores han buscado la solución considerando que el efecto de cosa juzgada formal de las resoluciones interlocutorias no se produce cuando estas son nulas (VERGÉ, 1987: p. 80), pero esta argumentación, común a todas las concepciones organicistas de la nulidad, puede hacer quebrar gravemente la seguridad jurídica. No parece que sea necesario acudir a ella para hallar la respuesta al problema.

El hecho de que el artículo 176 del CPC no haga referencia a las resoluciones interlocutorias no significa necesariamente que estas sean revisables por el juez en cualquier momento. Es mucho más probable que con ello simplemente se ponga de manifiesto que el fundamento de su inmodificabilidad es distinto. En el caso de las sentencias y autos definitivos, el fundamento de su inmodificabilidad deriva de la pérdida de jurisdicción del juez. Con respecto a las resoluciones interlocutorias, sin embargo, es evidente que, tras dictarlas, el órgano sigue conservando su jurisdicción, pues de otro modo los recursos no devolutivos no podrían existir. Por ello, puede decirse en este caso, que la inmodificabilidad de las resoluciones es una consecuencia del principio de preclusión, necesario para que pueda progresar el procedimiento.

La preclusión produce sus efectos fundamentalmente respecto a las partes, privándolas de la posibilidad de realizar un acto o de impugnar una resolución. Pero de modo indirecto produce sus efectos también respecto del juez, que viene obligado a inadmitir aquellos actos o impugnaciones cuya posibilidad de realización haya precluido. Siendo esto así, la apreciación de oficio de la nulidad de las resoluciones no puede admitirse sin más, pues podría anular los efectos que la preclusión pretende conseguir.

La compatibilidad entre los poderes de oficio del juez, respecto de la nulidad, hasta la emisión de la sentencia definitiva y su sometimiento indirecto al principio de preclusión puede obtenerse a partir del mismo artículo 176 del CPC. En él se establece como límite de la facultad de apreciación de oficio, no solo la sentencia definitiva, sino también, la subsanación en caso de que proceda. Los efectos saneadores de la preclusión se constituyen así en límite de la facultad de apreciación de oficio del juez, no como consecuencia de su pérdida de jurisdicción, sino como efecto indirecto de la preclusión.

Pero ¿en qué supuestos la preclusión determina la inaplicación de la nulidad? Únicamente en aquellos que entran en el orden público procesal solo como consecuencia de la producción de indefensión. Quedan excluidos, por tanto, los supuestos de infracciones que son de orden público, con independencia de que hayan o no producido indefensión. Se trata de infracciones invalidantes que para su valoración requieren no solo la producción de una indefensión formal, sino real y efectiva. No sirve solo que se produzca una infracción en el proceso, sino que es necesario que esa infracción haya causado un perjuicio (HERNÁNDEZ, 1995: p. 249; PODETTI, 1955: p. 481; ALMAGRO, 1992: p. 515).

Estos supuestos permiten establecer dos tipos de infracciones: infracciones de protección relativa y las infracciones de protección absoluta.

Así pues, en todos los supuestos de nulidad derivados de las infracciones relativas, la firmeza de la resolución que provoca la nulidad, o de la primera posterior conocida por la parte, tiene un efecto saneador que debe impedir al órgano declarar su nulidad de oficio (LOZANO, 1998: p. 230). Impedimento que lógicamente debe extenderse al órgano que conoce en segunda instancia o en el recurso. La razón de ello es que nadie puede apreciar mejor la indefensión que la propia parte que la ha sufrido. Y si teniendo la oportunidad de impugnar la resolución que presumiblemente la provocó, no lo hizo, es evidente que no puede anularla el órgano jurisdiccional en virtud de una indefensión tan poco efectiva, que ni siquiera ha sido apreciada por la parte.

No hay que olvidar que, para que la preclusión se produzca, es necesario que haya existido la posibilidad de intervenir; pues consistiendo su efecto en la pérdida de una posibilidad, es evidente que tal posibilidad debe haber existido. Y el modo de existir no es otro que la realización del correspondiente acto de comunicación que permite conocer el momento en que la preclusión va a producirse y sin el cual no puede entenderse. Por lo tanto, no puede decirse que el respeto al principio de contradicción o audiencia bilateral es una condición necesaria para que la preclusión pueda producirse. No sería lógico que la valoración de la nulidad de un acto quedara excluida por aplicación de un principio procedimental que infringiera un

principio esencial del proceso. En consecuencia la preclusión se producirá a partir del momento en que exista la posibilidad de intervenir.

En las demás infracciones que se denominan de protección absoluta, la preclusión no produce su efecto saneador y, por consiguiente, el juez puede apreciarlas de oficio en cualquier momento. Ejemplo de ello es la declaración de nulidad de las actuaciones cuando el órgano jurisdiccional actuó bajo violencia o intimidación. Para GARCIMARTÍN (2002: p. 79), este es el único supuesto en donde no existe límite temporal para la declaración de la nulidad, no siendo obstáculo ni siquiera que se haya dictado ya sentencia firme (MARTÍN DE LA LEONA, 1996: p. 230). Y no produce efecto saneador porque su inclusión dentro del orden público y, en consecuencia, su valoración a los efectos de aplicación de la nulidad, es independiente de cualquier valoración subjetiva y no tiene conexión alguna con la actividad o inactividad de las partes (VERGÉ, 1987: p. 80).

Esta descripción del funcionamiento de la nulidad en relación con la preclusión pone de manifiesto la diferencia radical que existe entre los supuestos de indefensión producidos en un proceso donde todas las partes están personadas y aquel en que existe alguna en rebeldía involuntaria. En el primer caso, siempre va a existir una oportunidad posterior de intervenir, en la que la preclusión puede desplegar sus efectos saneadores, pero no así en el segundo. La situación de rebeldía involuntaria faculta al juez en cualquier momento, antes de dictar sentencia definitiva, para anular todo lo actuado (PODETTI, 1963: p. 277; VERGÉ, 1987: p. 211).

Dos últimas cuestiones deben resolverse. Una primera relativa a la posibilidad de revocación de oficio de resoluciones interlocutorias no firmes. Si la preclusión vincula de modo indirecto al juez, es necesario analizar si antes de que la resolución alcance firmeza el juez, sin excitación de parte, puede revocar la resolución dictada y sustituirla por otra. La respuesta debe ser negativa, por las razones expuestas respecto a las sentencias o autos definitivos. Con respecto a las resoluciones anteriores a la sentencia o autos definitivos parece claro que, en general, esa posibilidad no existe, pues rompe la mecánica impugnatoria y genera indefensión. En el caso concreto de la nulidad, sin embargo, sí podría admitirse que lo hiciera, previa audiencia de las partes. Pero esa nueva resolución, consecuencia de una declaración de nulidad de oficio, quedaría sometida a los mismos medios de impugnación que la anterior.

Es decir, no puede el juez, en virtud de su facultad de apreciación de oficio, sustituir una resolución impugnada por otra firme. Lo que aquí se expone no es aplicable con carácter general a las resoluciones dictadas durante la fase de investigación del proceso penal ni a las dictadas en el proceso cautelar. La peculiar instrumentalidad de estas resoluciones hace que la preclusión tenga una relevancia

muy secundaria en ellos. Se trata de actos no sucesivos, sino convergentes hacia un punto común.

La otra cuestión se refiere al tratamiento que deben tener las resoluciones dictadas por el juez, relativas a la admisión de los recursos. Se trata de una fase intermedia entre la sentencia definitiva y la devolución del asunto al tribunal del recurso o de la segunda instancia. En ella la jurisdicción del juez se refiere exclusivamente a la admisión del recurso y si bien estas resoluciones merecen, quizás más que cualquier otra, la denominación de interlocutorias, el régimen de anulación de oficio no debe aplicarse. La facultad de control del juez en esta fase debe ejercerse precisamente a través de la resolución que admite o inadmite el recurso. Y, de la misma manera que contra ella solo cabe el recurso de queja, debe entenderse que, una vez dictada, no le es posible al juez modificarla de oficio. Solo a través del recurso de queja podrá hacerse valer su nulidad.

Ahora bien, a pesar de la amplia formulación legal referida, es evidente que no toda infracción de las normas procesales reviste la misma gravedad, por lo que resulta necesario contar con un criterio uniforme que contribuya a la determinación de los supuestos en los que resulte procedente la declaración de la nulidad. Este criterio se encuentra, en primer lugar, formulado genéricamente en el propio artículo 172, segundo párrafo del CPC, al disponer que, en cualquier caso, antes de proceder a la declaración de nulidad, habrá de intentarse siempre la subsanación del vicio o defecto; mientras que será la práctica de los tribunales, en segundo lugar, la que mediante sus resoluciones venga a determinar concretamente qué supuestos en particular son susceptibles de provocar la nulidad de actuaciones.

Desde esta perspectiva, pues, si es siempre necesario intentar la subsanación, la declaración de la nulidad de oficio resultará un supuesto excepcional, de modo tal que ha de llegarse a ella restrictivamente, tomando en consideración los límites dispuestos por el artículo 171 del CPC, cuando se trate de defectos formales respecto de la consecución de la finalidad del acto y de la efectiva indefensión que estos han de producir para que lleguen a ser declarados nulos, y sobre todo, si se atiende el límite general que se contiene en el artículo 173 del CPC, en el sentido de que no han de resultar afectados por la nulidad aquellos actos cuyo contenido hubiese permanecido invariable aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.

4.3. La apreciación de oficio en la segunda instancia

Tradicionalmente, la doctrina no ha dudado de que entre los poderes del tribunal de apelación se halle el de verificar la regularidad procesal de la primera instancia, declarando la nulidad de actuaciones si detecta cualquier defecto o ausencia

de presupuestos procesales que haga a determinados actos o al conjunto del proceso ineficaz, aunque ninguna de las partes lo haya planteado. Y así, la interpretación que predomina en la doctrina mantiene como regla general la potestad y deber del órgano jurisdiccional *ad quem* de declarar de oficio, una vez interpuesto el recurso por alguna de las partes, la nulidad de todas o de parte de las actuaciones realizadas en la primera instancia en caso de que hubiese producido un vicio que lo justifique (SERRA, 1985: p. 44; CORDÓN, 1985: p. 75; SOLÉ, 1998: p. 258; MARTÍN DE LA LEONA, 1993: p. 423; SAINZ, 1998: p. 5). No obstante, también hay autores que, a la vista de los términos del artículo 240.2, manifiestan sus dudas acerca de esta potestad de los tribunales competentes para conocer de los recursos (BORRAJO, 1993: p. 87). El órgano jurisdiccional, en cualquier recurso, está limitado por las concretas pretensiones de las partes deducidas en el mismo, estando prohibida, en cuanto al fondo, la *reformatio in peius*. Además, pueden existir pretensiones inadmisibles en determinados recursos, limitación esta última que no afecta a la nulidad, que es siempre uno de los contenidos posibles. Como pone de manifiesto VERGÉ la absorción de la nulidad en los medios de impugnación hace que una vez utilizados tales medios el tribunal *ad quem* recupere la jurisdicción para apreciar, incluso de oficio, la nulidad (VERGÉ, 1993: p. 423).

Pero no solo la doctrina sino que también la jurisprudencia se inclina por admitir la subsistencia de este poder-deber de los órganos jurisdiccionales a los que corresponde el conocimiento de los recursos. Así destaca la sentencia emitida en razón de la Cas. N° 1056-96/Lima, *El Peruano*, 22/04/1998, pp. 739-740, que dispone: “La causal de contravención a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso está dirigida a cuestionar la inobservancia de normas de orden público y de ineludible cumplimiento; siendo los presupuestos procesales uno de ellos por garantizar la observancia de estos una justicia imparcial, no arbitraria y ajustada a la ley”.

La unanimidad doctrinal y jurisprudencial que existe sobre la potestad del tribunal de apelación de apreciar de oficio los vicios *in procedendo* no cabe predicarla de la cuestión que, una vez determinada esa premisa, inmediatamente se plantea: si todos los quebrantamientos de forma que se hayan originado en el primer grado (determinantes de la nulidad y que no hayan sido reparados en esa fase) son apreciables de oficio en apelación, o si por el contrario, solo algunos gozan de tal calidad.

Por lo que se refiere a las infracciones de protección relativa, su alegación es siempre necesaria y no está permitido al tribunal apreciarlas de oficio. Esta afirmación, sin embargo, es aplicable únicamente a aquellos procesos en los que todas las partes estén apersonadas, pues la relatividad de la protección requiere, como requisito inexcusable, que exista la posibilidad de consentir la infracción.

En consecuencia, la apreciación de infracciones referentes a los actos de comunicación, cuando a las partes que afecten no estén apersonadas en el proceso, puede, sin duda, ser apreciada de oficio en cualquier instancia o recurso. Debe aplicarse tal criterio no solo a los actos iniciales, sino también a los posteriores cuando produzcan efectos análogos.

Cosa muy distinta sucede con las infracciones de protección absoluta, las cuales, sin excepción, pueden ser valoradas por el órgano del recurso y fundamentar la declaración de nulidad de actuaciones y reposición de las mismas al momento en que se cometió la infracción. El ejercicio de esta facultad de oficio no requiere siempre la audiencia de las partes, tal como prevé la parte final del segundo párrafo del artículo 176.

Lamentablemente, el CPC limita la actuación del órgano *ad quem* únicamente a la denuncia de las nulidades procesales ocurridas en segunda instancia, no respetando lo que la doctrina viene recogiendo y que exponíamos en los párrafos anteriores. Es por ello que en este punto, queda demostrado una insuficiencia legislativa que va en detrimento de la consecución de una sentencia justa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALMAGRO NOSETE, José (1992): *Derecho procesal*, tomo I, 6ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch; ARMENTA DEU, Teresa (1994): "El derecho a los recursos: su configuración constitucional". En: *Revista general del Derecho*, julio-agosto; BORRAJO INIESTA, Ignacio (1993): "La nulidad de actuaciones según la LOPJ". En: *Revista Justicia*, Nº 1-2; CALAMANDREI, Piero (1945): "La distinción entre el error *in iudicando* y el error *in procedendo*". En: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CHIOVENDA, Guisepe (1954): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Emilio Gómez Orbaneja. Madrid: Revista de Derecho Privado; CORDÓN MORENO, Faustino (1985): "La congruencia en segunda instancia". En: *Boletín del Colegio de Abogados de Aragón*; DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo (1998): *El derecho de acceso a los recursos. Doctrina constitucional*. Madrid: Colex; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2000): *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Conforme a la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Gemma (2001): *El recurso de apelación en el proceso civil*, Madrid: Colex; GARCIMARTÍN MONTERO, Regina (2002): *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid: Cuaderno Civitas; GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando (1989): "Nulidad de sentencias sin necesidad de recurso. Comentario a la STC 110/1988". En: *Revista La Ley*, tomo I; GUASP, Jaime (1968): *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed. Madrid: Instituto de estudios políticos; GUI MORI, Tomás (1997): *Jurisprudencia constitucional 1981-1995: estudio y reseña completa de las primeras 3.052 sentencias del TC*. Madrid: Civitas; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Forum; LOZANO HIGUERO Y PINTO, Manuel (1998): "Apuntes sobre la preclusión y su

función saneadora de las nulidades procesales”. En: *Problemas actuales de la justicia: Homenaje al profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*. Víctor Moreno Catena (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch; MARTÍN DE LA LEONA, José María (1996): *La nulidad de actuaciones. Nulidad de actuaciones en el proceso civil*, 2ª ed. Madrid: Colex; MONTERO AROCA, Juan (1994): *La legitimación en el proceso civil: intento de aclarar un concepto que resulta mucho más confuso cuanto más se escribe sobre él*. Madrid: Civitas; PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo (1985): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed. Pamplona: Aranzadi; PODETTI, J. Ramiro (1955): *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tratado de los actos procesales*, tomo II. Buenos Aires: Ediar; PODETTI, J. Ramiro (1963): *Teoría y técnica del proceso civil y triología estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar; SAINZ DE ROBLES, Federico (1998): “La nulidad de actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita”. En: *Tapia*, vol. 16, N° 98; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1985): “La denuncia de las nulidades procesales tras la supresión legal del incidente de nulidad”. En: *Revista Jurídica de Catalunya*; SOLÉ RIERA, Jaume (1998): *El recurso de apelación civil*. Barcelona: Bosch; VERGÉ GRAU, Juan (1987): *La nulidad de actuaciones*. Barcelona: Bosch; VERGÉ GRAU, Juan (1993): “La incidencia de la sentencia en la nulidad procesal”. En: *Revista Justicia*, N° 3.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; LOURIDO RICO, Ana María (2002): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada: Comares. VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El a quo declaró improcedente las devoluciones de cédulas de notificación efectuada por la recurrente a los demás ejecutados, validando las notificaciones. La ejecutada no apeló lo resuelto por el juez; no obstante, denunció este vicio en sede casatoria. Siendo de aplicación el artículo 176 del Código Procesal Civil, a través de este recurso no se puede suplir el recurso de apelación que oportunamente no se interpuso (*Cas. N° 4721-2008-Arequipa*).

(...) Si bien es cierto el ofrecimiento del medio probatorio (...) no ha sido objeto de pronunciamiento judicial, ya sea para admitirlo o para declararlo inadmisibles; dicho vicio no acarrea nulidad en tanto ha quedado convalidado tácitamente pues la ahora impugnante no planteó la nulidad en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo ciento setenta y seis del Código Procesal (*Cas. N° 774-99-Lima*).

Artículo 177 | **Contenido de la resolución que declara la nulidad**

La resolución que declara la nulidad ordena la renovación del acto o actos procesales afectados y las medidas efectivas para tal fin, imponiendo el pago de las costas y costos al responsable. A pedido del agraviado, la sentencia puede ordenar el resarcimiento por quien corresponda de los daños causados por la nulidad.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 171, 382.

Karla Vilela Carbajal

1. INTRODUCCIÓN

La norma en comentario regula los efectos que tiene la resolución que declara la nulidad de un acto procesal viciado. Los efectos que regula son de los más diversos, y son connaturales a la propia nulidad como el reenvío, así como también incluye otros efectos especiales, tal como es el resarcimiento por los daños en los que hubiera podido incurrir el afectado con la nulidad. Se verán a continuación cada uno de esos efectos.

2. EL EFECTO DEL REENVÍO

Una vez que se declara la nulidad de un acto procesal que fue realizado causando indefensión, corresponde retrotraer el desarrollo del proceso al momento en el cual se produjo el vicio, para que el acto procesal sea nuevamente realizado, esta vez ya sin ningún vicio causante de indefensión. Es necesario retroceder en el devenir del proceso porque el vicio con el que se ha producido el acto es insubsanable, de allí que se tenga que realizar de nuevo. Si bien es cierto, el reenvío se configura como un retroceso en el avance del proceso, lo que podría considerarse como una lesión al principio de celeridad procesal; también lo es que la producción de un acto procesal que ha causado indefensión ha impedido la tramitación de un proceso regular, por ello mal puede invocarse una vulneración al principio de celeridad procesal, cuando no hay un proceso regular. Asimismo, es importante recordar que la nulidad de un acto procesal no implica la anulación de los actos posteriores independientes al acto declarado nulo.

3. PAGO DE COSTOS Y COSTAS

La norma en comentario establece otro efecto a la resolución que declara la nulidad de un acto procesal viciado. Ese efecto es que el causante de la nulidad

debe asumir el pago de costos y costas que la nulidad ha generado. Este efecto no es más que la aplicación concreta de la regla general que regula el CPC en materia del pago de costos y costas, prevista en la redacción original del artículo 412, el pago de costos y costas es de cargo de la parte vencida. Sin embargo, esa norma ha sido recientemente modificada por la Ley N° 30293 del 28 de diciembre de 2014, y en esa modificación se ha previsto en el último párrafo que: “La parte vencida en un incidente debe reembolsar a la vencedora las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y demás gastos judiciales incurridos durante su tramitación. No se considera los honorarios del abogado”.

Pese a esa modificación, prevalece la norma expresa prevista en la norma en comentario, la cual tiene un contenido justificado, ya que quien propició la nulidad debe reembolsar todos los gastos judiciales y procesales que haya ocasionado al solicitante de la nulidad el restablecimiento de su derecho de defensa.

4. PAGO DE DAÑOS AL AFECTADO CON LA REALIZACIÓN DEL ACTO VICIADO

Este efecto del auto que declara la nulidad de un acto procesal es un efecto que no es connatural a la declaración de la nulidad. Y es que es ajeno a la nulidad procesal el reembolso por los daños que haya podido ocasionar la nulidad. Hay que distinguir que una cosa son los costos y costas del proceso, que son gastos que el solicitante de la nulidad ha tenido que asumir para defenderse del acto viciado, y otra cosa son los daños que hubiera podido sufrir el solicitante de la nulidad.

Como se sabe, todo daño hay que probarlo, por lo tanto, para que proceda el pago de los daños, se debe de haber probado previamente la existencia de los mismos. Ahora bien, ¿en qué momento se pueden probar tales daños?, ¿en qué momento de la tramitación del remedio de nulidad, del recurso de apelación o del recurso de casación se pueden o se deben de probar esos daños? Y la respuesta no la da el ordenamiento previsto en el CPC, porque en ningún momento de la tramitación del remedio de la nulidad, del recurso de apelación o del recurso de casación, se ha previsto una etapa de actuación probatoria. Además de ello, porque incluir esa pretensión material de la indemnización de daños y perjuicios no tiene por qué ser resuelta dentro de un trámite incidental de un pedido de nulidad, de un recurso de apelación o de casación; porque tal tramitación puede causar un menoscabo en el derecho de defensa de la otra parte demandada a pagar tales daños, pues es una pretensión sobre la cual por ejemplo, no podrá interponer defensas de forma o excepciones procesales, o contienda de competencia, o reconvenir.

Por lo anteriormente expuesto, aquí se considera un error el haber incluido como un efecto del auto que declara nulo un acto viciado que el órgano jurisdiccional

también pueda pronunciarse sobre el pago de una indemnización de daños y perjuicios cuando no ha habido un proceso de cognición pleno donde se haya podido determinar la existencia de tales daños.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAVANI, Renzo (2014): *La nulidad en el proceso civil*. Lima: Palestra; HERNÁNDEZ GALILEA, Jesús Miguel (1995): *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Forum; LOURIDO RICO, Ana María (2002): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada: Comares; VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No obstante no ser materia de la alzada, la necesaria unidad procesal impide el pronunciamiento parcial de ella, pues el acto procesal contenido en la referida resolución carece de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad (*Exp. N° 1914-1994-Lima*).

Artículo 178

Nulidad de cosa juzgada fraudulenta

Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o la del acuerdo de las partes homologado por el juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el juez, o por este y aquellas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso solo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso.

Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados y una multa no menor de veinte unidades de referencia procesal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. I, IV, 123 últ. párr., 517.

A. Flavio Saavedra Dioses

1. INTRODUCCIÓN

Existe mucha confusión respecto a la utilidad de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, pues se piensa que su utilidad radica para denunciar nulidades procesales, es decir, de vicios o defectos capaces de provocar la nulidad de las actuaciones procesales; nada más fuera de la realidad, pues esta institución jurídica, a diferencia del pedido de nulidad, busca denunciar un fraude o colusión procesal que se haya originado entre las partes procesales o entre estas y el juez que conllevó la emisión de una sentencia injusta y con una clara vulneración al debido proceso, por lo que la sentencia en cuestión no habrá adquirido la calidad de cosa juzgada.

La demanda de NCJF es autónoma, excepcional y extraordinaria por lo que crea un nuevo proceso judicial, no un cuadernillo a parte como si se tratase de un

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 27101 del 05/05/1999.

incidente procesal, en una instancia que se encontraba definitivamente cerrada por efecto de la firmeza de la sentencia.

Su fundamento radica en el equilibrio entre el principio de justicia y el principio de seguridad jurídica, pues al revisar la sentencia firme en cuestión se habrá de recurrir a los argumentos esbozados por los litigantes, esto es, los argumentos respecto a la injusticia del fallo que se obtuvo como consecuencia de la maquinación fraudulenta.

Por tanto, al comentar el presente dispositivo legal se buscará dilucidar los temas respecto a la utilidad de la NCJF, así como situaciones que podrían presentarse al momento de su interposición, buscando aclarar el panorama al lector al momento de aplicar en la práctica esta institución jurídica procesal.

2. DEFINICIÓN Y ALCANCE JURÍDICO

La demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta (NCJF) se puede definir como aquel mecanismo procesal y excepcional, instituido en el CPC, cuyo objeto y alcance jurídico es anular una sentencia que *supuestamente* ha adquirido la calidad de cosa juzgada, cuando al dictarla o durante el proceso que le dio origen se ha incurrido en fraude, colusión de una parte, de ambas o entre el juez y las partes, (VILELA CARBAJAL, 2009: pp. 95-98) afectándose así el debido proceso (Cas. N° 3246-98, Huánuco).

En la NCJF *no hay cosa juzgada*, pues cuando hay fraude, colusión o vulneración al derecho constitucionalmente protegido al debido proceso, no puede decirse que la sentencia ha adquirido la calidad de firme y ejecutoriada, es decir, la calidad de inmodificable, inimpugnable, y coercible; dado que previamente se ha desnaturalizado el proceso.

El *fraude* o la *colusión* entre las partes procesales son situaciones en donde el proceso se ha utilizado inescrupulosamente por los protagonistas del mismo, generando su desnaturalización e impidiendo su finalidad, esto es, la solución de un conflicto de intereses. Aquí la seguridad jurídica ha pretendido imponerse al valor justicia, empero la ciencia procesal ha diseñado este tipo de remedios: la nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Sin embargo, esta razón no debe desvirtuar el también necesario principio de la seguridad jurídica, de forma tal que pueda ocurrir que la sentencia en ningún momento llegue a ser *definitivamente firme*.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que la NCJF *no puede considerarse* como un medio idóneo para la denuncia de nulidades procesales (por ejemplo, la errónea notificación en el proceso), puesto que refiere a *una pretensión autónoma*

y nueva, desligada por completo de la pretensión en el proceso primitivo. Se trata de un *proceso totalmente autónomo y de carácter excepcional y extraordinario* que busca combatir la fuerza de la cosa juzgada, debido a que el litigante pretende hacer valer la injusticia del fallo, producto de esa “maquinación fraudulenta” de los protagonistas del proceso (VILELA CARBAJAL, 2007: pp. 82-87).

El *fraude procesal* puede ser definido como aquella maquinación, ardid o astucia, la misma que se concreta en todo tipo de maniobra entre los diferentes protagonistas de un proceso (partes, terceros, juez o sus auxiliares, e incluso abogados), que busquen obtener una sentencia o la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos, o a impedir su pronunciamiento o ejecución. Mientras que *la colusión procesal* es una modalidad de *fraude procesal*, la cual implica *la concertación o acuerdo* del fraude.

Este fraude procesal puede ser *unilateral*: cuando su realización reconoce un único agente; o *bilateral o plurilateral*: si concurren dos o más actores procesales, no restringiéndose a las partes y al juez, realizado *con el proceso* (proceso fraudulento) o *en el proceso* (dentro del proceso, por ejemplo, la producción de una notificación falsa).

3. CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD PARA INTERPONER UNA DEMANDA DE NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTA (NCJF) SEGÚN EL ARTÍCULO 178 DEL CPC

El artículo 178 del CPC, en su primer párrafo, prescribe: “Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada, si no fuere ejecutable puede demandarse, a través de un proceso de conocimiento la nulidad de una sentencia o (...), alegando que el proceso que se origina ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el debido proceso (...)”.

Se debe tener en cuenta que la referida norma establece una dicotomía: *para unos casos (sentencias ejecutables)*, el cómputo de los *seis meses* se inicia una vez ejecutada la sentencia; *para otros (sentencias no ejecutables)*, el cómputo se inicia desde que la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada. En ningún momento, el precitado artículo hace referencia a las sentencias denominadas *declarativas, constitutivas o de condena*, clasificándolas como sentencias no ejecutables; o algunas (v. gr. las de condena) como ejecutables, y otras (v. gr. las declarativas o las constitutivas), como no ejecutables.

En la opinión de muchos autores (MONROY, 2007: p. 137; BAPTISTA, 2005: pp. 266-269), a la cual me adhiero, la clasificación de las sentencias en declarativas, constitutivas y de condena, *no poseen alguna utilidad práctica*, pues están sujetas a la naturaleza de la propia pretensión, es decir, si esta última es declarativa

(se busca una mera declaración judicial del derecho), constitutiva (se pretende que el pronunciamiento judicial crea, extinga o modifique un derecho o una situación jurídica) o de condena (se busca que el juez imponga el cumplimiento de una obligación al demandado); la sentencia que se pronuncie respecto a ella adquirirá la misma naturaleza. Sin embargo, *toda sentencia es ejecutable*, aunque su fallo sea una mera declaración; de lo contrario, la sentencia sería un mero papel sin eficacia alguna en el ordenamiento jurídico.

De este modo, el artículo 178 del CPC debería indicar que el cómputo del plazo de seis meses *se inicia, en todos los casos*, desde la fecha en que la sentencia adquiere la calidad de cosa juzgada. No obstante, considero que el plazo debería computarse –en el mismo sentido que el pedido de nulidad, regulado en el artículo 176 del CPC–, en aquellos casos especiales en que la sentencia no haya adquirido la autoridad de cosa juzgada (como por ejemplo, las resoluciones de un proceso no contencioso) pero pueden ser ejecutables, *desde el momento en que se toma conocimiento del fraude*, y no desde su ejecución; aunque lamentablemente nuestro Código mantiene otro criterio legislativo.

Finalmente, se debe observar que dicho plazo es *de caducidad y no de prescripción*; pues, al ser la NCJF un mecanismo extraordinario de cuestionamiento a una sentencia con calidad de *cosa juzgada*, el transcurso del tiempo no solamente extinguirá la pretensión, sino también el derecho mismo a exigir una revisión de todo lo actuado, en pro del principio de seguridad jurídica.

4. LOS PLENOS JURISDICCIONALES CIVILES DE 1998 Y 1999 RESPECTO AL PLAZO DE CADUCIDAD PARA INTERPONER UNA DEMANDA DE NCJF

En nuestro sistema jurídico, existen dos plenos jurisdiccionales civiles, los mismos que no tienen carácter vinculante, que interpretan el dispositivo legal en comento, referido al cómputo del plazo de caducidad al momento de interponer una demanda de NCJF.

Por un lado, se tiene el *Pleno Jurisdiccional Civil de 1998*, cuyo Acuerdo N° 05; entre otras cuestiones, refiere a la oportunidad para interponer una demanda de NCJF, la misma que dependerá de si la sentencia –la cual “ostenta” la calidad de cosa juzgada– es o no ejecutable:

1. *Si la sentencia es no ejecutable (como la declarativa)*, se acordó, por unanimidad, que la oportunidad para interponer la demanda de NCJF corre desde cuando queda firme la resolución y vence a los seis meses de ejecutada la decisión.

2. Si la sentencia es ejecutable (como la constitutiva y la de condena), se plantearon dos posturas (con votos empatados en cada una de ellas):

Posición A.- Tratándose de sentencias ejecutables, no es necesaria la ejecución de la misma, para plantear la demanda, pues, de lo contrario, podría llegarse a situaciones de no poder reparar algún daño que se cause al demandante de nulidad con la ejecución de la sentencia, en el supuesto de que prospere la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Ergo, sí se puede demandar antes de que se ejecute la sentencia.

Posición B.- No puede demandarse una NCJF mientras no haya sido ejecutada la sentencia que se cuestiona; basándose en que la práctica judicial ha demostrado que la admisión de la demanda de NCJF ha sido utilizada y sigue utilizándose como un mecanismo, precisamente, para entorpecer la ejecución de la sentencia materia de nulidad.

Por otro lado, tenemos el *Pleno Jurisdiccional Civil de 1999*, cuyo punto N° 13, respecto a la siguiente pregunta: “¿Se debe esperar a la ejecución de una sentencia ejecutable para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta?”, se formularon –al igual que el anterior– dos posturas:

1. *Postura mayoritaria.*- La naturaleza del término cerrado que señala el artículo 178 del CPC tiene *día de inicio* del aludido término, y *fecha límite para su interposición* que es de *seis meses* después de ejecutada la sentencia, si fuera ejecutable; o *seis meses* después de que haya sido consentida o adquirido la calidad de cosa juzgada. Además, se debe esperar a la ejecución de la sentencia –la ejecutable, se entiende–, por ser imperativa la norma que así lo establece y, porque no se debe frustrar la ejecución de la resuelto.
2. *Postura minoritaria.*- No es necesario esperar los *seis meses* de ejecutada la sentencia porque podría ocasionar un perjuicio mayor al que ya se ha producido. También que, sería injusto supeditar el derecho de acción de NCJF a la ejecución de la sentencia, por lo que, el accionante, en tal sentido, puede interponer su demanda desde el día siguiente en que la sentencia (que se cuestiona) ha adquirido la calidad de cosa juzgada, pues el artículo 178 del CPC no prevé inicio del plazo.

Nótese que, mientras el Pleno Jurisdiccional de 1998 hace referencia a que la *sentencia declarativa* es una *sentencia no ejecutable*, y las *sentencias constitutivas* y *de condena* son, por el contrario, ejecutables; el Pleno Jurisdiccional de 1999 hace referencia a las sentencias ejecutables *en general*, sin hacer ningún tipo de subclasificaciones. Es por ello que el Código Procesal, al no hacer ningún tipo

de distinciones o subclasificaciones inocuas, *se debería mantener únicamente el criterio de sentencias ejecutables y no ejecutables* respecto al cómputo del plazo de caducidad al momento de interponer una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

5. LA DEMANDA DE NCJF: ¿MECANISMO IDÓNEO EN UN PROCESO DE EXEQUÁTUR?

Para la interposición de una demanda de NCJF, se deben de cumplir con tres requisitos: *a)* la existencia de una resolución judicial que “haya adquirido” la autoridad de cosa juzgada; *b)* que, se pruebe el fraude o colusión procesal, el mismo que vulnera el debido proceso; y *c)* la imposibilidad de cuestionar la sentencia mediante los recursos ordinarios.

Por otro lado, se tiene el proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, llamado también exequátur, el cual se realiza en un proceso no contencioso (“jurisdicción voluntaria”), conforme al artículo 749, inciso 11 del CPC. En estricto, en este tipo de procesos “el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolarización de un nuevo estado jurídico. Un rasgo típico de esta actividad judicial es que *está desprovista de la autoridad de la cosa juzgada*, aunque más que una característica nos parece que es una consecuencia del hecho de no ser útil para resolver conflicto de intereses”.

Entonces, el exequátur, al estar desprovista de la autoridad de cosa juzgada, no alcanza nunca el fondo del asunto, sino únicamente al cumplimiento de una serie de requisitos para determinar su *ejecutabilidad* en el ámbito nacional, en tanto y en cuanto se trataría de un acto homologatorio de una actuación judicial anterior –la del juez extranjero, se entiende– (MONROY, 2007: p. 241).

Frente a lo expuesto *ut supra*, surgiría una pregunta: si el proceso de exequátur o reconocimiento de sentencia extranjera es un proceso no contencioso, y, por ende, se encontraría privado de la calidad de cosa juzgada, ¿sería verdaderamente idóneo interponer una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta a una “sentencia” que se encuentra desprovista de la misma?

La respuesta a la pregunta planteada se encontraría en el *mal uso de la nulidad de cosa juzgada fraudulenta*, y en la *mala técnica legislativa* al momento de regular dicha institución; pues esta, *en primer lugar*, cuestiona aquellas resoluciones judiciales que “han adquirido” la autoridad de cosa juzgada (caso contrario, no tendría sentido el nombre que recibe dicha figura jurídica); *en segundo lugar*, siempre que medie fraude o colusión entre los actores del proceso, los mismos que

vulneran el debido proceso; y en tercer lugar, exista imposibilidad en cuestionar la sentencia mediante los recursos ordinarios.

En la resolución de exequátur, no hay cosa juzgada porque no hay un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino la verificación del cumplimiento de unos requisitos que hagan posible que la resolución extranjera, materia de revisión, pueda desplegar todos sus efectos de cosa juzgada material, efectos constitutivos, sus efectos de tipicidad y su eficacia ejecutiva, en sede nacional (CALVO CARAVACA; CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2003: pp. 290-295).

El propio CPC plantea, en su artículo 755 y siguientes, la posibilidad de impugnar dicha resolución judicial de exequátur cuando, en opinión, de uno de los solicitantes se haya cumplido o no con los requisitos que debió verificar el juez.

Sin embargo, ¿qué ocurriría si el solicitante de la exequátur cometió fraude procesal al consignar conscientemente como último domicilio conyugal una dirección que no era?, ¿podría interponerse una demanda de NCJF en el proceso de exequátur?

En mi opinión, se podrían establecer dos posturas: *la primera* sería de respuesta afirmativa, pues el fraude procesal puede darse no solamente para obtener resoluciones judiciales que gocen de la calidad de cosa juzgada, sino también de aquellas que se encuentren desprovistas de la misma. Además, el propio artículo 178 del CPC establece en el cómputo del plazo de caducidad para interponer una demanda de NCJF a aquellas sentencias ejecutables, no haciendo referencia a nada si gozan o no de la autoridad de cosa juzgada; mientras que a las sentencias no ejecutables sí hace referencia al momento en que estas adquieren la calidad de cosa juzgada. Por ello, dentro de la primera clasificación de sentencias que hace la norma precitada, podría incluirse al proceso de exequátur, el mismo que es una resolución judicial de carácter ejecutable, pero desprovisto de autoridad de cosa juzgada.

La segunda, sería de respuesta negativa, pues se desnaturalizaría el carácter excepcional de la institución jurídica de la NCJF, la misma que *busca un equilibrio entre el valor justicia y el principio de seguridad jurídica* (fundamento de la NCJF). Además, no se ha cumplido el primer presupuesto para el uso de dicho mecanismo impugnativo –esto es, una sentencia que goce de autoridad de cosa juzgada–, pero existen otros mecanismos además de la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta para denunciar este tipo de nulidades procesales –en cualquier momento, al no haber la presencia de las características de inmutabilidad, inmodificabilidad y coercibilidad, que implica la autoridad de cosa juzgada–, como por ejemplo, el propio recurso extraordinario de casación, el cual se circunscribe a

las resoluciones definitivas (que ponen fin al proceso, pero que pueden o no estar investidas de la autoridad de cosa juzgada).

En mi opinión, el exequátur es un *modus operandi* de una resolución extranjera, cuyo propósito es la verificación del cumplimiento de una serie de requisitos a fin de que dicha decisión extranjera pueda hacerse efectiva en un país determinado. Es vano tratar de clasificar al exequátur como una “sentencia” declarativa, constitutiva o de condena, pues dicha clasificación se basa en la propia naturaleza de la pretensión; y aquí, no se plantea una controversia propiamente dicha, dado que no hay demanda sino solicitud (Cas. N° 559-2010, La Libertad).

Por todo lo expuesto, ha quedado demostrada la inutilidad de esta estricta clasificación de los diferentes tipos de sentencia. Basta, en este caso, determinar si la resolución de exequátur es ejecutable o no. Como su propio nombre lo dice, el exequátur significa *ejecútese*, palabra que se encuentra en la parte *in fine* del pronunciamiento judicial cuando se dice “Ejecútese la sentencia extranjera (...)”.

6. LEGITIMIDAD PARA INTERPONER UNA DEMANDA DE NCJF

Nuestra legislación no regula figura jurídica procesal semejante a la *oposición de tercero* como la *tierce opposition* del Derecho francés o la *opposizione di terzo* del Derecho italiano, por lo que, se podría concluir, *prima facie*, que el tercero no tiene legitimidad alguna para oponerse a una resolución judicial que resulte perjudicial para sus propios intereses (VILELA CARBAJAL, 2007: pp. 86-87).

Sin embargo, pese a no existir una disposición legal general que regule esta situación, existen determinados terceros cualificados por ciertas circunstancias concretas que legitimarían su intervención, a través de la *acción pauliana* regulada en el artículo 195 del CC, en cuanto a los acreedores de quienes hubiesen sido partes en un proceso en el que haya consumado un fraude, estableciéndose los siguientes requisitos: a) la existencia de un crédito a favor del actor; b) la intervención de un tercero opositor; c) que se hubiese seguido un proceso con la intención de beneficiar a un tercero o al propio demandado; d) que el actor resultase perjudicado por el proceso que se impugne y paralelamente beneficiado con la revisión de tal proceso; e) la imposibilidad de emplearse otro medio para evitar tal perjuicio; f) que el proceso se hubiese incoado y seguido fraudulentamente; y g) la existencia de un adquirente o beneficiado, cómplice del fraude (PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, 1985: p. 269).

Además de la acción pauliana, el tercero perjudicado se encontraría legitimado para interponer una demanda de NCJF en virtud del artículo 178 segundo párrafo del CPC en cuanto prescribe: “Puede demandar la nulidad la parte o el

tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los requisitos exigidos en este título”, por lo que no solamente están legitimados las partes procesales donde se ha realizado un fraude procesal, sino también terceros no intervinientes en el proceso que pueden verse perjudicados justamente por ese fraude procesal realizado en un proceso en el que no son partes.

7. LA NCJF Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Al ser la NCJF una demanda autónoma, excepcional y extraordinaria, pueden concederse dentro del proceso la interposición de medidas cautelares, tal como lo prescribe el tercer párrafo del artículo en comento; sin embargo, solo se permite un tipo de medidas cautelares: las inscribibles, debido a que al buscarse probar el fraude procesal, existe el riesgo de que las partes puedan subsanar o borrar en el ínterin del presente proceso de NCJF aquellos vestigios que conducirían a ese fraude o colusión entre las partes procesales o entre estas y el juez; por lo que al pretenderse una medida cautelar inscribible se pone de conocimiento a la sociedad que se encuentra dilucidando un fraude procesal dentro de un proceso judicial cuestionado.

Además, una vez obtenido un pronunciamiento judicial favorable ante la demanda de NCJF interpuesta, la decisión que se originó como producto de ese fraude procesal deviene en nula y se vuelven las cosas al estado anterior (parecido a los efectos de un amparo por vulneración al debido proceso); sin perjudicar al tercero de buena fe y a título oneroso que se vio perjudicado con el fraude procesal al que él fue ajeno.

8. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA DE NCJF

Cuando se interpone una demanda de NCJF no se suspende automáticamente la ejecución de la sentencia firme; de lo contrario, se estaría estimulando la presentación de demandas sin fundamento cuyo único objeto sería paralizar la ejecución, con una evidente intención de dilatar innecesariamente el proceso ya concluido.

Sin embargo, sería absurdo también que en ningún caso se suspenda la ejecución de la sentencia cuestionada, existiendo la posibilidad de causarse con ello agravios irreparables, que hicieran inútil la revisión de la sentencia, pese a las medidas cautelares inscribibles. Por ello, el cuarto párrafo del dispositivo legal en comento sanciona con *costas y costos doblados y una multa no menor de veinte Unidades de Referencia Procesal* al demandante que inútilmente interponga maliciosamente una demanda de NCJF.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio (2005): *Jurisdicción y ejecución en la tradición romano-canónica*. Lima: Palestra; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (2003): *Derecho internacional privado*, vol. I. Granada: Comares; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): *Introducción al proceso civil*. Lima: Palestra; PRIETO CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo (1985): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, 2ª ed. Pamplona: Arandazi; VILELA CARBAJAL, Karla (2007): *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*. Lima: Palestra; VILELA CARBAJAL, Karla (2009): “Medios de impugnación y nulidad procesal”. En: *Teoría de la impugnación. I Jornadas de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*. Lima: Palestra.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

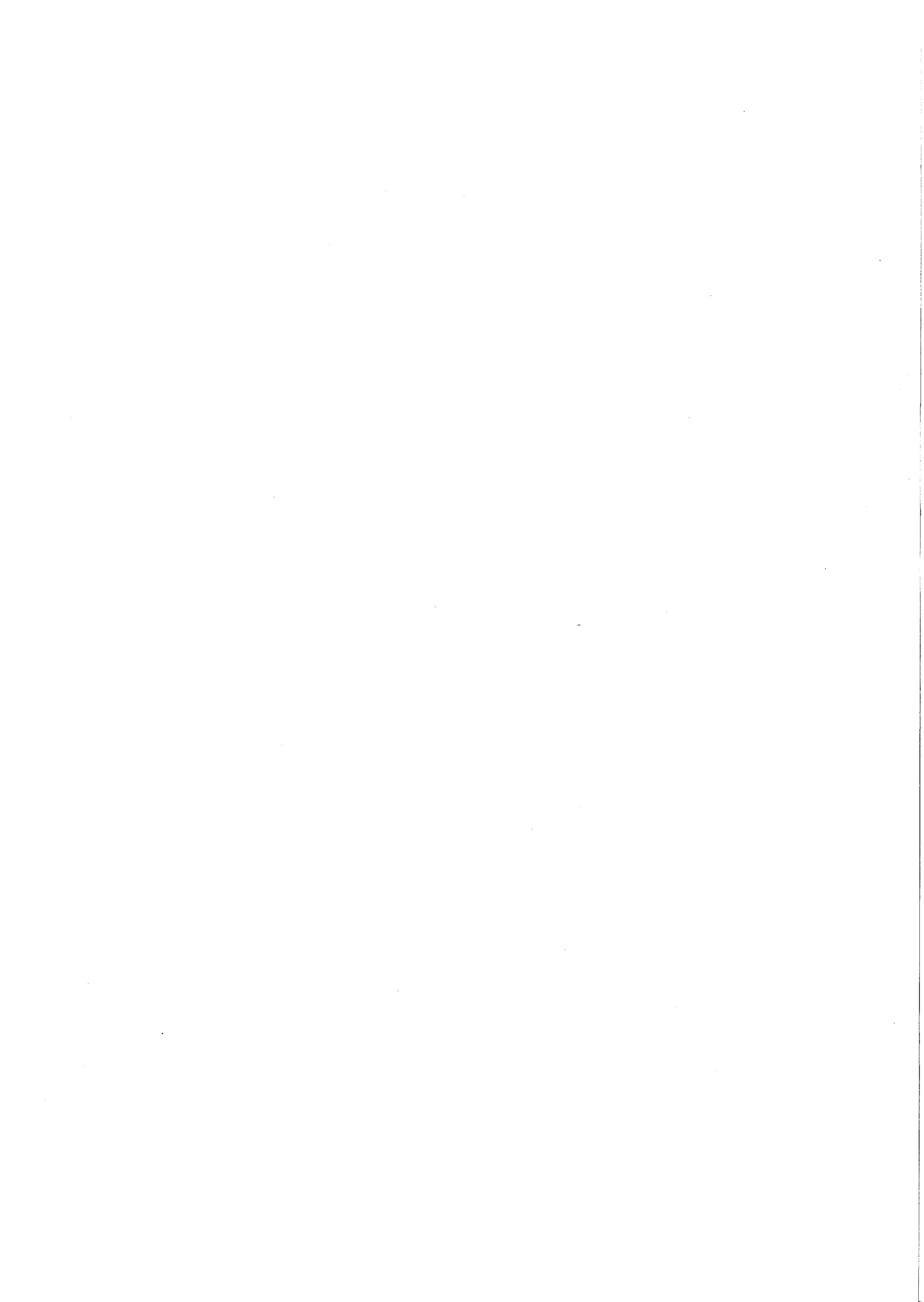
JÓMEZ AGUILAR, María Josefa (1993): “Sobre la nulidad de las sentencias firmes y definitivas”. En: *Cuadernos de Derecho Judicial: Nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid; LOURIDO RICO, Ana María (2002): *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*. Granada: Comares; MONROY PALACIOS, Juan (1998): “Planteamientos generales en torno a la revisión civil”. En: *Revista Peruana de Derecho procesal*, N° 2; MORÓN PALOMINO, Manuel (1957): *La nulidad en el proceso civil español*. Barcelona: AHR.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Cabe precisar que una demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta no es la continuación del proceso en el que se haya expedido la sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, sino una pretensión que da origen a un nuevo proceso, el cual tiene que sujetarse a las normas vigentes al momento de interponerse; por ende no es su objeto revivir un proceso fenecido, sino establecer si durante su procedimiento se incurrieron en las causales señaladas taxativamente en el artículo 178 del Código Adjetivo, siendo improcedente revisar la cuestión de fondo; hechos que han sido advertidos por las instancias respectivas y al calificar la demanda el juez ha cumplido con su deber de rechazar la misma, al encontrar vicios de fondo insubsanables, lo que no constituye una negación a la tutela jurisdiccional efectiva, pues esta se debe solicitar cumpliendo los requisitos y presupuestos que establece la Ley Procesal para la admisión de la demanda (*Cas. N° 961-2008-Cusco*).

Las resoluciones materia de nulidad de cosa juzgada fraudulenta constituyen cosa juzgada formal, pues no equivalen a una sentencia definitiva, dado que el demandante tiene la posibilidad latente de plantear nuevamente su demanda, siendo susceptible de contradicción y posible modificación en otro proceso, y ello porque no se ha extinguido el derecho, sino solo la acción (*Cas. N° 3132-2008-Puno*).

El plazo que impone la ley es un plazo límite (“hasta”) y no un plazo para el inicio del cómputo, pues en ningún extremo del artículo 178 del Código Procesal Civil se establece que sea requisito indispensable para interponer la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, que la decisión final de carácter ejecutable deba haber sido ejecutada previamente para recurrir a la vía judicial (*Cas. N° 5397-2008-Puno*).



TÍTULO VII

AUXILIO JUDICIAL

Artículo 179

Titular del auxilio

Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan. ()*

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 16; C.P.C. arts. 413, 562, 614; LEY 28457 art. 2, R.ADM. 1067-CME-PJ art. 1 y ss.; LEY 26846 arts. 1 y 6; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

Auxilio en rigor significa ayuda, amparo, socorro o asistencia (CABANELLAS, 2003: p. 428), de modo que auxilio judicial no es sino el amparo de pobreza que el Estado provee a aquellas personas de escasos recursos económicos, que no puedan solventar los gastos de un proceso civil, sin que se afecte la subsistencia propia y de las personas, a quienes el litigante sometido al proceso, les deba alimentos.

El amparo de pobreza o auxilio judicial tiene sustento constitucional en el artículo 139, inciso 16, de la Constitución que literalmente señala:

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

Un argumento sólido de por qué el Estado debe tutelar a las personas de escasos recursos radica primordialmente en el reconocimiento a nivel constitucional de que todos *somos iguales ante la ley*, es por ello que la tendencia moderna del Derecho Procesal se orienta hacia la socialización del proceso, puesto que se parte del reconocimiento que existe en la población desigualdades de distinta índole, sean de sexo, raza, religión y *económicas*, sin embargo estas y en especial la última

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

no pueden ser razón fundamental para que la decisión del juez se oriente en uno u otro sentido.

La igualdad en el acceso a la justicia y la tutela jurisdiccional deben correlacionarse, debiendo garantizarse la vigencia plena de ambos derechos a todo ciudadano peruano en las condiciones en las que cada persona natural se encuentra, cimentando pilares para ofrecer soluciones a quienes no cuentan con recursos económicos para solventar los gastos de un proceso.

Por esta razón nace la institución del auxilio judicial, para aquellas personas naturales que además de no contar con recursos económicos para pagar las tasas, aranceles y demás gastos en un proceso judicial, ponen en peligro su subsistencia y la de sus dependientes.

Nuestro Código Procesal Civil no es ajeno al principio de socialización del proceso y al principio de gratuidad en el acceso a la justicia, recogidos en los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

2. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La exégesis del artículo nos obliga a reparar en el tema del derecho al acceso a la justicia, cuya vinculación con el amparo de pobreza resulta obvio; el derecho a la protección judicial efectiva se halla ampliamente regulado en los tratados y pactos internacionales, entre los derechos humanos, y en las constituciones como uno de los derechos fundamentales, figura como tal, a guisa de ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 10), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 14), en el Convenio de Roma para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6) y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos firmada en San José de Costa Rica en 1969, la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2000, en su artículo 47 (párrafo pertinente) establece:

“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

Si bien es cierto la legislación como corresponde se ha encargado de regular el derecho de acceso a la justicia, ha sido la doctrina la que ha definido como:

“La posibilidad de ciudadanos y ciudadanas de acudir al sistema judicial a fin de alcanzar la tutela de sus derechos, esto abarca la obtención de asesoramiento legal, de la interposición formal de una demanda o denuncia, de lograr permanecer en el sistema hasta el dictado de una sentencia que

ponga fin a la incertidumbre legal que lo aqueja, y de una real ejecución de la sentencia dictada” (ALMIRÓN, 2014: p. 170).

Por ello es que consideramos que el artículo en comentario, si bien es cierto, no constituye una perfecta solución para garantizar el acceso a la justicia para los sectores más desfavorecidos económicamente, no deja de ser una iniciativa del Gobierno peruano a fin de garantizar la vigencia de este derecho, y que esta medida se complementa con otras, como es el caso de Alegra, esto es, las instituciones de Defensa Legal Gratuita, que son medios creados por el Gobierno peruano a través del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, por medio de las que se brinda apoyo para que los sectores de la población que no pueden afrontar los gastos no solo de pagos a realizarse en el desarrollo de un proceso civil, sino para contratar un abogado para que lo asesore en este proceso judicial, en Alegra, se ha convocado no solo a profesionales abogados, sino psicólogos, asistentes sociales, etc., que seguramente complementan las medidas que debe tomar el Gobierno peruano para garantizar el acceso a la justicia.

3. BENEFICIADOS CON EL AUXILIO JUDICIAL

El beneficio se concede a las personas naturales de escasos recursos económicos, ergo las personas jurídicas (personas colectivas) no podrán acceder al beneficio, pues es condición que estas personas naturales no puedan cubrir o garantizar los gastos del proceso, porque ello significaría poner en peligro su subsistencia y la de sus dependientes; el beneficio, por tanto, no alcanza a las personas jurídicas.

De esta forma tenemos que entender que el auxilio judicial es un beneficio otorgado por los servicios judiciales del Poder Judicial a las personas naturales de escasos recursos económicos, y que básicamente comprende la exoneración de pago de los aranceles judiciales y del pago de derechos por cédula de notificación. Como sabemos los aranceles judiciales se fijan anualmente mediante resolución administrativa por la Subgerencia de Recaudación Judicial de la Gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación del Poder Judicial, dichos aranceles que tienen como base la Unidad de Referencia Procesal, comprenden el pago de costos por servicios judiciales, actualmente se encuentran vigentes los aranceles judiciales fijados mediante Resolución Administrativa N° 001-2016-CE-PJ.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALMIRÓN, Sonia Beatriz (2010): “Acceder a la Justicia. El estado actual de la problemática en la provincia de Tucumán”. En: *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, N° 2. La Plata: Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad NACIONAL DE LA PLATA; CABANELLAS, Guillermo (2003): *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Argentina.

Artículo 180

Requisitos del auxilio

El auxilio puede solicitarse antes o durante el proceso mediante la presentación en la dependencia judicial correspondiente, de una solicitud en formatos aprobados por el Órgano de Gobierno y Gestión del Poder Judicial. La solicitud de auxilio judicial tiene carácter de declaración jurada y su aprobación de cumplirse con los requisitos del artículo 179 de este código, es automática. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 179, 187; LEY 26846 arts. 1 y 6; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

El artículo dispone que el auxilio judicial puede ser solicitado en dos etapas procesales: 1) antes de iniciar el proceso judicial y; 2) durante el desarrollo del proceso; cual fuese el momento la formalidad es la de una declaración jurada, cuya aprobación está sujeta al cumplimiento de los requisitos de ley.

Si bien es cierto que este artículo 180 del CPC lleva por título *requisitos del auxilio*, en puridad dispone cuándo se puede solicitar y cómo, pero los requisitos de su aprobación están directamente ligados al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 179.

Y es que la razón por la cual nace la institución del auxilio judicial radica en el amparo para aquellas personas naturales que además de no contar con recursos económicos para pagar las tasas, aranceles y demás gastos en un proceso judicial, ponen en peligro su subsistencia o la de quienes dependan de ellas, al momento de buscar tutela de un derecho.

Entonces tenemos como un requisito esencial *la condición de la persona o litigante* a solicitar el auxilio judicial, entendiéndose por ella que la persona natural que tenga las condiciones descritas en el artículo 179 puede solicitar el beneficio de auxilio judicial en la dependencia judicial correspondiente, de acuerdo a las reglas de competencia descritas en el CPC. Se entiende que el auxilio judicial es temporal (mientras tenga la condición) y solo para determinada persona (solicitante).

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

2. ETAPAS DEL PROCESO EN QUE PUEDE SER PRESENTADO EL AUXILIO JUDICIAL

Cumplida la condición de la persona beneficiada con el auxilio judicial procede que esta solicite el beneficio, para ello cuenta con dos momentos: antes del proceso o durante el proceso. El primero, cuando ante un juzgado se ha solicitado auxilio judicial y habiendo sido aprobado el mismo interpone la demanda dentro de los 30 días posteriores de haber sido notificado con la aprobación del beneficio; y el segundo, estando en un proceso judicial demuestra haber llegado a una situación en la que no puede solventar gastos del proceso, solicitando entonces se otorgue dicho beneficio ante el mismo juez que está conociendo el proceso.

Ahora bien, al señalar que el auxilio judicial puede ser solicitado antes de iniciarse el proceso, la autora LEDESMA (2008: p. 647) dice: “(...) consideramos que la solicitud de auxilio judicial debe ser interpuesta ante el juez competente que deba conocer el proceso en el que se hará valer la dispensa del gasto”. Estamos de acuerdo con esta posición, pues este beneficio está relacionado directamente entre la parte solicitante y la materia que se demanda, que necesariamente ha de presentarse ante el juez competente, así está establecido en el numeral 4 del rubro VI (normas generales) de la Directiva N° 006-2004-CE-PJ, aprobada por Resolución Administrativa N° 182-2004-CE-PJ: “Entiéndase por Dependencia Judicial a los órganos jurisdiccionales competentes por razón de territorio, materia, grado o cuantía, para conocer los procesos para los cuales se está requiriendo el beneficio de auxilio judicial”.

No está de más precisar que en caso sea el demandado el que requiera de auxilio judicial, tiene que ser este el que pueda realizar esta solicitud antes de contestar la demanda, al contestar la demanda o después de haberlo hecho, pero se debe tomar en cuenta que los efectos del auxilio judicial –de haberse concedido– tienen que ser para adelante y no ser retroactivos.

3. FORMATO DE PRESENTACIÓN DEL AUXILIO JUDICIAL

La solicitud debe presentarse en los formatos aprobados por el Órgano de Gobierno y Gestión del Poder Judicial, ello no afecta el derecho de acceso a la justicia ni el principio de gratuidad, y así lo ha señalado la siguiente fuente jurisprudencial que vale la pena citar: “No se afecta el principio de gratuidad de acceso a la justicia, si al momento de solicitarse auxilio judicial, el recurrente de escasos recursos omite adjuntar dicho formato exigido como requisito por el Código Procesal Civil, siendo ello la causa para denegar el pedido” (Cas. N° 1040-2004, Lima).

Entonces, se estaría considerando como un requisito esencial la presentación de dicho formato, conforme dispone la directiva de procedimientos para la concesión del beneficio de auxilio judicial (Directiva N° 006-2004-CE-PJ).

El formato expresamente dispone que se debe incluir como datos, los nombres y apellidos del solicitante, documento nacional de identidad, edad, domicilio, estado civil, grado de instrucción, proceso que va a iniciar o número de procesos que tiene, además debe adjuntar en copia fedatada los siguientes documentos: documento de Identidad del solicitante, recibo de luz, agua, teléfono y cable (correspondiente al mes de la solicitud), recibo actual del pago de autovalúo (si cuenta con casa propia), recibo de pago de alquiler (si es el caso), documentos que sustentan el vínculo familiar (si es que se pone en riesgo la subsistencia de los que dependen del solicitante), boleta de pago o recibo de honorarios, y otros documentos que acrediten los gastos que pongan en peligro la subsistencia del solicitante.

Es necesario precisar que la solicitud tiene la calidad de declaración jurada por la “presunción de veracidad” (art. 42, inc. 1 de la Ley N° 27444). Una vez que se ha cumplido con las exigencias del Código Procesal Civil, es criterio del juez –después de hacer un juicio valorativo– otorgar o no dicho beneficio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No se afectó el principio de gratuidad de acceso a la justicia, si al momento de solicitarse auxilio judicial, el recurrente de escasos recursos omite adjuntar el formato exigido como requisito por el Código Procesal Civil, siendo ello la causa para denegar el pedido (*Cas. N° 1040-2004-Lima*).

Artículo 181 | **Procedimiento**

Quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer del proceso o lo conozca, mediante la presentación de un escrito en el que incluirá la constancia de aprobación de la solicitud a la que se hace referencia en el artículo anterior y la propuesta de nombramiento de abogado apoderado. El juez tomará conocimiento y dará trámite a la indicada documentación en cuaderno separado. El pedido de auxilio no suspende la tramitación del principal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 61, 187, 562; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna**1. INTRODUCCIÓN**

Para gozar del beneficio de auxilio judicial, se entiende que debemos llegar a un estado de *auxilium* que significa, como ya lo adelantamos, ayuda, socorro, amparo y asistencia.

La norma regula el procedimiento para acceder a dicho beneficio de auxilio judicial, entonces estando a la norma se tiene que, una vez cumplidos los requisitos, se da inicio al procedimiento, que no es sino la forma como el juez, luego de haber verificado el cumplimiento de la presentación del formato de auxilio judicial, dará trámite a la solicitud. Analicemos entonces el procedimiento.

2. PROCEDIMIENTO

La solicitud del auxilio judicial debe ser presentada por la parte que pretende ser beneficiada, ya que está establecida de esta forma en el artículo 180 del CPC, cuando hace referencia con el término “el auxilio puede solicitarse”, de modo que nos ubicamos dentro del denominado *principio de iniciativa de parte* regulado por artículo IV en el Título Preliminar del Código Procesal Civil, y es que el proceso se inicia a instancia de parte, lo mismo podríamos decir en cuanto al auxilio judicial, pues el beneficio debe solicitarse por la parte interesada antes o durante el proceso.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

Cuando se solicita antes del proceso, quien obtenga auxilio judicial pondrá en conocimiento de tal hecho al juez que deba conocer el proceso. A ello Marianella LEDESMA NARVÁEZ señala que: “El pedido de auxilio judicial involucra un pronunciamiento de la jurisdicción sin proceso, materializa a través de su pedido el poder jurídico que tiene toda persona de recurrir a la jurisdicción a buscar tutela, que no siempre se va a expresar a través de la demanda, esto es, sin demanda hay acción (...)” (2008: p. 650). Se considera con ello, que el pedido de auxilio judicial es una forma de obtener tutela jurisdiccional, incluso antes de demandar cualquier pretensión.

El pedido de auxilio judicial se hará adjuntando la constancia de aprobación de la solicitud (aprobación que se dará según el cumplimiento del artículo anterior) y la propuesta de nombramiento del abogado apoderado, frente a ello el juez tomará conocimiento y dará trámite a la documentación en cuaderno separado, entiéndase por abogado apoderando al denominado curador procesal, figura que se encuentra regulada por el artículo 61 del CPC, institución jurídica que se hace cargo de la defensa de los que están imposibilitados de ejercer defensa por ellos mismos, así esta institución es una ayuda más al acceso a la justicia.

Una vez que el juez toma el conocimiento de la aprobación de la solicitud de auxilio judicial le dará trámite en cuaderno separado; para entender la forma en que se tramitará el auxilio judicial debemos considerar que se trata de un incidente que viene a ser distinto al principal, así como de tramitación diferente, de modo que no interrumpe ni entorpece la tramitación del principal, es decir, no suspende el desarrollo normal del proceso principal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si bien el artículo 23 de la Constitución del Estado señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento; en el caso del proceso con auxilio judicial, debe procederse conforme lo señala el artículo 293 inciso 12 de la LOPJ y de no ser el caso, solicitar al curador procesal en atención a la situación económica del accionante, colabore en el proceso (*Exp. N° 1388-2002-Lima*).

Artículo 182**Efectos del auxilio**

El auxiliado está exonerado de todos los gastos del proceso. El pedido de auxilio antes de la demanda suspende la prescripción, salvo que concediéndose, transcurran treinta (30) días de notificado sin que se interponga la demanda.

Una copia de la solicitud de auxilio judicial será remitida por la dependencia judicial correspondiente a la Corte Superior de dicho distrito judicial. Periódicamente se realizará un control posterior y aleatorio de las solicitudes de auxilio judicial presentadas en todo el país a fin de comprobar la veracidad y vigencia de la información declarada por el solicitante. Contra el resultado de este control no procede ningún medio impugnatorio.

En caso de detectarse que la información proporcionada no corresponde a la realidad en todo o en parte, la dependencia encargada pondrá en conocimiento de tal hecho al juez para que se proceda conforme al segundo párrafo del artículo 187. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 187, 412, 614; LEY 26846 arts. 1 y 6; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

El artículo en comentario señala que existen dos efectos inmediatos, el primero es que se exoneran *todos los gastos del proceso*, empero el artículo 179 del CPC dispone que el auxilio judicial solo cubre las *costas del proceso*, es decir, los gastos procesales que tengan estricta relación con el servicio judicial brindado por la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente.

La extensión del auxilio judicial alcanza a exonerar la contracautela para quien goza de este beneficio dispuesto así en la última parte del artículo 614 del CPC.

El segundo efecto inmediato al cual hace referencia la norma es que el pedido de auxilio judicial antes de la demanda suspende la *prescripción extintiva*, siempre y cuando se interponga la demanda dentro de los 30 días siguientes de la notificación con la aprobación del pedido, caso contrario no surte dicho efecto. Analicemos entonces ambos efectos.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

2. EFECTOS DEL AUXILIO JUDICIAL

Uno de los efectos del auxilio judicial, como lo señaláramos líneas arriba, es el de liberar al beneficiado de la obligación de pagar los aranceles judiciales y el costo de las cédulas de notificación, en rigor no se estaría liberando necesariamente de todos los gastos del proceso, pues en el artículo VIII del Título Preliminar del CPC, se dice que: “El acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas establecidas en este código y disposiciones administrativas del Poder Judicial”, en todo caso, nos preguntamos, ¿cómo debería procederse contra la parte que ha sido beneficiada con auxilio judicial y pierde el proceso, o en su caso, si se podría imponer alguna multa? Al respecto el TC, en sede de amparo, ha dicho:

“11. En relación, a la agresión constitucional generada por la sanción dineraria de multa ‘[i]mpuesta pese a habersele otorgado auxilio judicial’, este Tribunal considera legítima la pretensión demandada, habida cuenta que el recurrente goza del beneficio de auxilio judicial, tal como se aprecia de la Resolución de fecha 24 de setiembre de 2007, obrante a fojas 190 de los autos. Dicha resolución se sustenta en la acreditación de una severa afectación en los ingresos que este percibe, pues además sobrelleva carga familiar. En el contexto descrito, la aplicación de una multa judicial por el hecho de haber ejercido un recurso judicial, sin tomar en cuenta el status especialísimo del recurrente, no es una opción razonable, si se toma en cuenta que este no ha obrado de manera que pueda considerarse maliciosa, conforme lo prescribe el artículo 304 del Código Procesal Civil” (STC Exp. N° 4268-2009-PA/TC).

Así, el TC viene sentando precedente jurisprudencial en el caso concreto de auxilio judicial, porque es un criterio lógico que quien no tiene lo necesario para sustentar los gastos de un proceso judicial menos tendrá para asumir el pago de una multa de esta naturaleza, creemos que esta jurisprudencia es congruente con el beneficio de auxilio judicial, aunque es principio procesal que si bien es cierto se garantiza la gratuidad de la administración de justicia para los menos favorecidos, también dispone que no comprende las costas y costos del procesos y las multas que se impongan.

Otro efecto de la solicitud de auxilio judicial es que suspende la prescripción, en beneficio del solicitante, en otros términos solamente interrumpe el transcurso del tiempo para la prescripción entendiéndose de la acción.

Debe tomarse en cuenta que este efecto es solo de suspensión, pues si el beneficiario del auxilio judicial no interpone la demanda dentro de treinta días de notificado, esta suspensión no surte sus efectos.

3. CONTROL POSTERIOR Y ALEATORIO

Una vez otorgado el pedido de auxilio, una copia de la solicitud será remitida de la dependencia judicial correspondiente a la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial.

Periódicamente, se realizará un control posterior y aleatorio de las solicitudes de auxilio judicial presentadas en todo el país con dos propósitos específicos, el de verificar la veracidad y vigencia de la información. El resultado de este control es inimpugnable.

En caso el control nos brindase resultados distintos a los declarados en la solicitud, se procederá conforme se dispone en el párrafo segundo del artículo 187 del CPC. Es decir si cesan las circunstancias que motivaron el auxilio o se descubra falsedad, el juez declarará automáticamente finalizado el beneficio concedido y condenará a quien obtuvo el auxilio judicial al pago de una multa equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar, sin perjuicio de iniciarse las acciones penales correspondientes.

Cuando el auxilio judicial sea otorgado formalmente y en la realidad no se cumpla como tal, entonces estaríamos dando lugar a la indefensión, ya que no se encontrarían las partes en iguales condiciones para solucionar un conflicto de intereses.

A su vez, en este artículo se dispone que contra el resultado del control efectuado en forma posterior y aleatoria no procede ningún medio impugnatorio, negando la posibilidad al beneficiario del auxilio judicial hacer uso de algún recurso para objetar o refutar la decisión tomada por la entidad que realizó el control de la solicitud de auxilio judicial.

La razón de esta disposición se encuentra en el hecho de que quien solicita auxilio judicial tiene la obligación de actuar con veracidad y, sobre todo, existe el presupuesto de que el solicitante carece de los medios económicos para afrontar los gastos del proceso, por lo que vendría a ser un muy mal uso de este beneficio, por aquellas personas que no se encuentran en esta condición, por lo cual no se les da la posibilidad de objetar o refutar la decisión tomada por el juez que conoce del auxilio judicial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 183

Apoderado del auxiliado

Habiendo tomado conocimiento de la aprobación del auxilio judicial, el juez mediante resolución, podrá acceder a la solicitud del interesado designando al abogado que actuará como su apoderado.

Caso contrario el juez nombrará apoderado eligiéndolo de la lista que el colegio de abogados de la sede de la corte enviará a la presidencia de la misma. Ningún abogado está obligado a patrocinar más de tres procesos con auxilio judicial al año.

Los honorarios del apoderado son fijados por el juez. Son cubiertos íntegramente por el perdedor, si no fuera auxiliado. Si este fuera el perdedor, los paga el colegio respectivo.

Si el apoderado no reside donde va a continuar el proceso, sea segunda instancia o casación, el órgano jurisdiccional encargado le nombrará un sustituto. Lo mismo ocurrirá si el apoderado cambia de lugar de residencia. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 2, 58, 68, 288, 296, 298, 302, 410; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

Quando hacemos referencia del apoderado, nos referimos al simple actuar de una persona por otra, y en el proceso, a la actuación procesal de una persona por otra, para ello debe encontrarse facultada para realizar actos procesales en nombre, en este caso, del beneficiado con el auxilio judicial.

Existen dos formas de nombrar al apoderado: una que es la propuesta por el beneficiario, y la otra cuando sea nombrado por el juez. En este último caso se recurre a la lista que el Colegio de Abogados de la sede que la Corte enviará a la presidencia de la misma.

La restricción es que ningún abogado está obligado a patrocinar más de tres casos con auxilio judicial al año. Los honorarios del apoderado son fijados por el juez, y son cubiertos íntegramente por el perdedor, sino fuera el auxiliado, si en caso el auxiliado fuera vencido en juicio, quien paga es el Colegio de Abogados al cual pertenece el apoderado o curador procesal.

Un tema que la disposición contempla es aquel supuesto que surge cuando el apoderado tenga domicilio en el distrito judicial en el que se le encargó la defensa

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

y luego en apelación cambie el lugar donde se va a seguir el proceso o cuando el proceso se halle en sede de casación, frente a esta situación, es necesario explicar que el beneficio de auxilio judicial no abarca viáticos del apoderado, en una lógica solución sería el perdedor quien cubra dichos gastos, pero la norma ya establece que debe nombrar un sustituto.

2. DESIGNACIÓN DE APODERADO

Para la designación de apoderado, nuestro CPC dispone en el artículo 68 que: “Quien tiene capacidad para comparecer por sí al proceso y disponer de los derecho que en él se discuten, puede nombrar uno o más apoderados (...)”. Señala esta norma que los apoderados son responsables por los actos procesales que realicen. En consecuencia, por *apoderado judicial* debemos entender que es el abogado que asume la defensa del que ha sido beneficiado con auxilio procesal, porque como ya expusimos anteriormente, el derecho de acceso a la justicia, comprende que los menos favorecidos económicamente puedan acceder a los tribunales de justicia contando con la gratuidad también en el asesoramiento profesional que requieren para la defensa de sus derechos e intereses.

La norma toma en consideración la situación del beneficiario del auxilio judicial, y le otorga la facultad de designar al apoderado judicial; sin embargo, cuando ello no suceda el juez puede designar al apoderado, para ello debe elegir al profesional abogado de la lista que otorgue el colegio de abogados de la sede de la Corte. Esta medida se da con el propósito, una vez más, de facilitar el acceso a la justicia a los menos favorecidos, que implica la adopción de varias medidas y posibilidades que beneficien al auxiliado.

La labor de apoderado judicial finalmente no es gratuita, pues esta norma señala que los honorarios del apoderado son fijados por el juez, pero quien corre con el pago de los mismos es el perdedor, siempre y cuando no fuera auxiliado, lo que debemos entender que este pago de honorarios se hace una vez terminado el proceso, pues es solo en esta etapa procesal que se conoce quién es el perdedor.

En caso de que el auxiliado sea el perdedor, entonces, paga el Colegio de Abogados, para lo cual dicho colegio debe tener un rubro presupuestado para el pago de este tipo de honorarios.

En los supuestos de que el apoderado no resida donde va a continuar el proceso, sea segunda instancia o casación, el órgano jurisdiccional encargado le nombrará un sustituto. Lo mismo ocurrirá si el apoderado cambia de lugar de residencia.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 184

Abstención del apoderado por impedimento o recusación

El apoderado debe abstenerse si se encuentra incurso en alguna de las causales de impedimento o recusación aplicables al juez. El impedimento o recusación del apoderado se manifestará dentro de tres días de notificado el nombramiento, acompañando los medios probatorios. El juez resolverá de plano, siendo su decisión inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 305 y ss.; L.O.P.J. art. 184 inc. 4; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

La disposición ha regulado el supuesto de la abstención o impedimento del apoderado judicial, equiparando los supuestos a los aplicables al juez, creemos que estos se aplican cuando la designación del apoderado parte de la facultad del juez de la causa, dado que en el supuesto de que el apoderado haya sido designado por el litigante beneficiado no se daría el impedimento ni la recusación, debido a que este, el abogado apoderado, se halla, antes de conocer el proceso, en condiciones de conocer si se encuentra dentro de las causales de impedimento o abstención reguladas.

2. ABSTENCIÓN Y TRÁMITE DEL IMPEDIMENTO O RECUSACIÓN

Las causales de impedimento o recusación que se pueden interponer en contra de los jueces están reguladas en el CPC a partir del artículo 345. Estas mismas causales son aplicables al apoderado judicial, y en puridad están relacionadas con el hecho de que este tenga vínculos de parentesco, haya sido beneficiado con alguna dádiva, o su cónyuge, concubina, o si tiene parentesco de cuarto grado de consanguinidad, que haya conocido el proceso tal vez como juez, o haya sido parte anteriormente en el proceso. Lo propio se regula en las causales de recusación en el artículo 307 del CPC, cuando el apoderado judicial pueda ser amigo íntimo o enemigo manifiesto de la otra parte, exista relaciones de crédito con la parte contraria, es decir, es necesario indicar en el presente caso, que tratándose del abogado defensor del que ha sido beneficiado con auxilio judicial, las causales de

impedimento o recusación se den en relación del apoderado judicial con la parte contraria del que goza de auxilio judicial, o en su caso con el juez de la causa.

Una vez notificado el apoderado judicial con la designación como tal, este tiene tres días para dar a conocer si tiene causal de impedimento o podría ser recusado, para ello debe adjuntar las pruebas pertinentes, que consideramos deben ser de actuación inmediata.

Si tomamos en cuenta que la solicitud de auxilio judicial una vez aprobada se pone en conocimiento del juez que conoce el proceso como un incidente –cuaderno separado– se entiende que este no entorpece el trámite del principal, pero en el caso de nombramiento de apoderado judicial, tendría que considerarse el hecho de que si el beneficiario de auxilio judicial no cuenta con un abogado defensor, cómo es que entonces puede continuar el proceso, de modo que de no existir causal de recusación o impedimento o de existir la misma, la admisión de la designación tendría que ser lo más célere posible, para que a la parte beneficiaria no se le coloque en una posición de indefensión.

Si bien es cierto el artículo en comentario no lo menciona, pero consideramos que lo más adecuado es que esta designación se realice con la diligencia necesaria y dentro del proceso principal, para de esta forma aplicar también el principio de celeridad y de economía procesal, la designación que el juez tome respecto del impedimento o recusación es inimpugnable, en otros términos no puede ser materia de revisión.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 185

Facultades del apoderado

El apoderado tiene las facultades del curador procesal y las que le conceda el auxiliado. Sin perjuicio de ello, el apoderado podrá delegar la representación en otro abogado, bajo su responsabilidad.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 61; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

La disposición legal que comentamos norma el carácter literal de las facultades generales otorgadas al apoderado en caso del auxilio judicial, que son las mismas que el CPC reserva para el curador procesal, sin perjuicio de ello puede el auxiliado conceder otras facultades especiales, las cuales obviamente deben otorgarse bajo las formalidades que señala la ley.

Se permite que el representado pueda delegar la representación en otro abogado (en realidad se trata de la figura de la sustitución del representante). Esta facultad viene otorgada por ley, en otros términos no se requiere de la autorización del representado –en este caso del auxiliado–, así las cosas el curador procesal designado escoge con quién sustituirse, y por tanto, en caso de *culpa in illegendo* es lógico que la responsabilidad recaiga en el representante original.

2. FACULTADES DEL APODERADO

El apoderado judicial tiene responsabilidad en el ejercicio del cargo, pues como toda representación en favor de terceros, y en el presente caso a los beneficiados con auxilio judicial, deriva siempre en que esta función debe cumplirse con responsabilidad y protegiendo los intereses de su representado, así la jurisprudencia nacional dice: “Si bien el curador procesal ha contestado la demanda fuera del plazo previsto en el artículo 478 del CPC, sin embargo, debe de tenerse en consideración la finalidad esencial de la curaduría, cual es, cautelar los intereses del litigante ausente. La negligencia en la conducta del curador procesal, no debe resultar implicate para los intereses del representado, sin perjuicio que el juez sancione esta conducta” (Exp. N° 1123-99 del 13/08/1999, LEDESMA, 2002: p. 316).

Como lo habíamos manifestado anteriormente, no es posible que el apoderado judicial, una vez que este asume el cargo, tenga que perjudicar a su representado,

pues como ya lo hemos expuesto se trata en el fondo del derecho de acceso a la justicia, como derecho fundamental, y por tratarse de personas de escasos recursos económicos, requieren de una orientación más cercana y mucho más explícita de la forma en que se lleva el proceso, por lo que se aplica también en esta figura el hecho de que tiene plena vigencia lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar del CPC, en cuanto toda persona tiene derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, que puede incumplirse por negligencia del apoderado judicial, por ello es que consideramos que esta negligencia es pasible de una sanción impuesta por el juez de la causa.

Si bien es cierto la designación es hecha por el juez de la causa, al nombrar al apoderado judicial, no es menos cierto que el ejercicio de esta labor no es personal, pues el artículo bajo comentario permite que el apoderado designado pueda delegar esta representación en otro abogado, pero la función que cumpla este abogado delegado está bajo la responsabilidad del apoderado judicial.

Las razones por las que un apoderado judicial delega su nombramiento a otro colega pueden ser diferentes, sin embargo, la norma no precisa cuáles, es decir, no se señala la razón por la cual el representante original pueda sustituir la representación, no obstante, teniendo en consideración que es él quien toma la decisión de la sustitución y que además elige con quién sustituirse, es lógico que la responsabilidad en caso de *culpa in ilegendo* le recaiga.

De acuerdo a un concepto restringido de la representación se dice que: “Es una forma de sustitución por el cual una persona ocupa el lugar de otra para realizar un acto en nombre e interés de ella” (VIDAL, 1985: p. 168), es decir, que el representante realiza actos cuyos efectos repercuten en la esfera jurídica del presentado, así podemos entender que si bien el apoderado judicial puede delegar esta representación, tendría que asumir la correspondiente responsabilidad, si el abogado a quien delegó su función incumple con la de actuar como curador procesal, que como lo hemos expuesto anteriormente, podemos decir que no se trata de solamente ejercer la labor de abogado, sino que además están en la obligación de tutelar los intereses de sus representados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2002): *Jurisprudencia actual*, tomo 5. Lima: Gaceta Jurídica; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (1985): *Teoría general del acto jurídico*. Lima: Cultura Cuzco.

Artículo 186 | **Responsabilidad del apoderado**

El dolo o negligencia en el ejercicio de su función, constituyen falta grave del apoderado contra la ética profesional. Si ocurre tal hecho, el juez lo pondrá en conocimiento del colegio de abogados, sin perjuicio de sancionarlo con una multa no menor de cinco ni mayor de veinte unidades de referencia procesal, que serán compartidas por igual entre el auxiliado y el Poder Judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 109 a 112, 183; L.O.P.J. arts. 201 inc. 4, 304; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

Como fue expresado en los artículos anteriores, la función del apoderado judicial es semejante a la del curador procesal, en consecuencia, la labor del abogado en caso de auxilio judicial está revestida de un carácter de tutela especial, por lo que si el abogado actúa con dolo o negligencia será pasible de una sanción en forma de multa.

2. DOLO O NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN

En los artículos 109 a 112 del CPC, se regula sobre los deberes y responsabilidades de las partes, de sus abogados y de los apoderados en el proceso, centrandó la responsabilidad sobre todo en la temeridad, mala fe y falta de veracidad o probidad con que las partes o sus abogados puedan proceder durante el desarrollo del juicio, a esto se agrega el hecho de que el apoderado judicial pueda incurrir en dolo o negligencia en el ejercicio de su función, por lo que consideramos necesario precisar los siguientes conceptos.

Temeridad, entendida como la conducta, en este caso del abogado, que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad (LEDESMA, 2008: p. 431). Esta pauta de razonabilidad consideramos que está íntimamente relacionada con los conocimientos no solo legales que debe tener un profesional en derecho, sino con relación a los propios hechos de la demanda o cuestión en litigio, porque, si un medio impugnatorio es manifiestamente carente de fundamento jurídico, quiere decir que el apoderado judicial ha interpuesto este recurso conociendo, por la formación que tiene, que dicho recurso no le va a ser admitido, lo mismo sucedería

si utiliza argumentos falsos sobre hechos demandados, lo cual significa pérdida de tiempo, recursos y perjuicio para la otra parte, y para los órganos que administran justicia. Esta temeridad es entendida también como mala fe, el ocultar o mutilar parte del expediente, obstruir la actuación de los medios probatorios, utilizar el proceso o acto procesal para fines ilegales, entorpecer el desarrollo del proceso, que en ninguna forma constituye un normal proceder, y estando aún más en el entendido de que el apoderado judicial está actuando en la calidad de curador procesal, como se ha expuesto anteriormente su obligación es la de tutelar los intereses del auxiliado, pues, si este último no tiene recursos económicos para afrontar un proceso, el que se actúe con temeridad o mala fe, constituye un gravísimo perjuicio para sus intereses, entonces consideramos justa esta advertencia puesta en este artículo bajo comentario.

Frente a las responsabilidades anteriormente señaladas por los artículos 109 y ss. del CPC, en el artículo bajo comentario se dispone que de incurrir en dolo o negligencia se está cometiendo una falta grave; entonces, para comprender mejor sabemos que en doctrina se dice que el dolo es actuar con intención, es decir, con conocimiento de lo que se está haciendo y tener la voluntad para hacerlo, y aplicando a la actuación del apoderado judicial, considerando que su condición es la de curador es inadmisibles que en la labor que desarrolla como abogado del beneficiario del auxilio judicial, actúe dolosamente, es decir, con la intención de causar daño al auxiliado, para quien ya es un doble esfuerzo poder acceder a los tribunales de justicia.

Por otro lado, también incurre en responsabilidad grave si actúa negligentemente, porque conforme se define negligencia en el *Diccionario de Derecho Usual*, negligencia es: "Omisión de la diligencia o cuidado que debe ponerse en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones. Dejadez. Abandono. Desidia. Falta de aplicación. Defecto de atención. Olvido de órdenes o precauciones. Ejecuciones imperfectas contra la posibilidad de obrar mejor" (CABANELLAS, 2003: p. 532).

Por tanto, no es admisible que el profesional que sea designado para cumplir la labor de curador judicial, en este caso de auxilio judicial y en cualquier proceso, no ponga la diligencia necesaria en la defensa que ejerza, pudiendo hacerlo mejor.

3. SANCIONES AL APODERADO

En caso de que el apoderado judicial haya actuado con dolo o negligencia –lo cual debe estar necesariamente demostrado aunque en la norma bajo comentario no se señala quién puede o debe reclamar por esta actuación perjudicial– entendemos que puede hacerlo el que goza de auxilio judicial, el juez de oficio, debido

a que la dirección del proceso es un deber, así como adoptar las medidas adecuadas con el fin de impedir la paralización del proceso (art. 50, inc. 1 del CPC), en el artículo 84, inciso 12 de la LOPJ claramente se dispone que es deber de los magistrados evitar la lentitud procesal; para ello le faculta con la posibilidad de sancionar cualquier maniobra dilatoria y todo acto contrario a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe, pues aquel que incurra en dolo o negligencia va a afectar necesariamente cualquiera de estos deberes.

Consideramos que esta sanción se impone en consideración, además, de que el Gobierno, a través de la administración del Poder Judicial, ha adoptado e implementado medidas a fin de que se garantice el derecho de acceso a la justicia a los sectores más necesitados de la población. Por tanto, deviene en injusto que la persona designada para asesorar al beneficiario del auxilio judicial, incurra en dolo o negligencia, desconociendo todo el esfuerzo que hace el Gobierno para garantizar la vigencia de los derechos humanos en nuestro país.

La multa a imponerse es no menor de cinco ni mayor de veinte URP, por último se debe tomar en cuenta que esta norma prevé también que de esta actitud dolosa o negligente del apoderado judicial se pone en conocimiento del Colegio de Abogados pertinente, seguramente con el propósito de que esta entidad tenga que tomar medidas disciplinarias con sus agremiados que incurran en este tipo de faltas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CABANELLAS, Guillermo (2003): *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*. Argentina; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 187 | **Fin del auxilio durante el proceso**

En cualquier estado del proceso, si cesaran o se modificaran las circunstancias que motivaron la concesión de auxilio judicial, el auxiliado deberá informar de tal hecho al juez, debiendo este sin otro trámite que el conocimiento del hecho indicado declarar su finalización.

En caso que la dependencia judicial encargada de realizar las verificaciones sobre los pedidos de auxilio judicial informase al juez del cese de las circunstancias que motivaron el auxilio o la falsedad de las mismas, este declarará automáticamente finalizado el auxilio concedido y condenará a quien obtuvo el auxilio judicial al pago de una multa equivalente al triple de las tasas dejadas de pagar, sin perjuicio de iniciarse las acciones penales correspondientes.

Adicionalmente el juez puede declarar de oficio o a pedido de parte no auxiliada, el fin del auxilio dentro del tercer día de vencido el plazo concedido para la presentación del descargo, siempre que los medios probatorios acompañados al pedido o los documentos obrantes, acreditan la terminación del estado de hecho que motivó su concesión sin perjuicio de la aplicación de la última parte del artículo anterior.

En estos casos la resolución que ampara el pedido es apelable, la que lo deniega es impugnable, quien la formuló será condenado al pago de costas y costos del procedimiento y a una multa no mayor de una unidad de referencia procesal. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 179, 181; R.ADM. 182-2004-CE-PJ art. 1 y ss.

Luis Manuel Castillo Luna

1. INTRODUCCIÓN

Tratándose de que el beneficio de auxilio judicial tiene su fundamento en la declaración jurada del solicitante, así como de las pruebas que este ha aportado para acreditar que no está en condiciones de afrontar los gastos del proceso, y como ya se había dispuesto anteriormente, esta declaración jurada está sujeta al control aleatorio posterior, por ello es obligación del auxiliado informar al juez de esta variación.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26846 del 27/07/1997.

2. CESE DEL AUXILIO JUDICIAL

El auxilio judicial nace como una medida para garantizar la vigencia del derecho al acceso a la justicia, de tal forma que las medidas preventivas, así como posteriores para cautelar que este beneficio realmente llegue a los sectores de la población más necesitada, ameritan que se dicten las normas contenidas en el presente artículo, debido a que quien falta a la verdad para hacerse acreedor a este beneficio o en su caso, que sus condiciones económicas hayan variado y no pone en conocimiento del juez, hacen que se tenga que adoptar sanciones para aquellos que actúan faltando a la verdad, y entre ellas, se dan sanciones de carácter pecuniario como es el pago del triple de las tasas judiciales dejadas de pagar, además de declarar que el auxilio judicial ha finalizado.

A diferencia de disposiciones anteriores, este artículo prevé que el auxiliado que ha sido cuestionado por el beneficio otorgado, pueda presentar un escrito de descargo, ante la disposición judicial de quitarle el beneficio, pero una vez hecho el descargo y resuelto este en su contra, dicha resolución es inimpugnable.

Lo normado en este artículo consideramos que es eminentemente de naturaleza administrativa, en razón de que está referido al control de aquellos que han sido beneficiados con el auxilio judicial, pero que han hecho mal uso del mismo incurriendo de esta forma en falta que es sancionada.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

TÍTULO VIII

MEDIOS PROBATORIOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 188 Finalidad de los medios probatorios

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 121 párr. 3, 209, 282, 461 inc. 4; C.P. art. 412; C. de C. art. 575; C.T. art. 85 incs. a, b; C.P. Const. arts. 9, 21; L.G.S. art. 431; D. LEG. 822 arts. 41 inc. e, 43 inc. d.

Alexander Rioja Bermúdez

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de las partes de probar tiene por finalidad producir en el juez el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en los actos postulatorios del mismo. Por ello no solamente constituye un derecho sino también un deber de quien afirma un hecho que este sea debidamente sustentado o corroborado mediante los medios probatorios regulados por la norma procesal, garantizando esta igualmente, la actuación y valoración de la misma sin afectar los principios procesales y constitucionales que la garantizan.

El artículo 188 del CPC prescribe que los medios de prueba tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Sobre el particular se puede apreciar que se hace alusión a los medios de prueba y no a la prueba, lo que implica un dislate pues los primeros son los instrumentos, en cambio es la prueba la que produce certeza en el juzgador. Asimismo, VERGER (2003) sobre la finalidad de la prueba nos dice lo siguiente: “Es la de obtener afirmaciones instrumentales depuradas para poder compararlas con las afirmaciones fácticas de las partes” (p. 502).

Cabe mencionar lo señalado en sede judicial para quien el proceso, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del CPC tiene por finalidad resolver conflictos de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, para ese fin el juzgador tendrá que hacer una labor de reconstrucción de los hechos a través de las pruebas que se aporten para poder determinar la pretensión de cuál de las partes amparar, por su lado las partes en conflicto previsiblemente actuarán en forma egoísta y conforme sus intereses, elaborando estrategias legales que supeditarán cómo van a proceder para persuadir al juez que les dé la razón. Al respecto es importante tener presente que, si bien los procesos en teoría fueron creados para darle finalmente la razón a quien la tiene, en la práctica esto no ocurre necesariamente de esa manera pues son muchos los factores que intervienen dentro de los mismos y en consecuencia condicionan su resultado, es determinante la habilidad con que las partes estructuran sus posiciones pues al igual que en los juegos, en los procesos, para ganar no basta con conocer las reglas sino que además se debe tener pericia para jugar, gana quien persuade al juez que le dé la razón, y este último al no haber sido partícipe del conflicto ni conocer los antecedentes del caso, va a fundamentar sus decisiones en aquellos argumentos que le causen convicción y los hechos que sean probados por las partes; sobre el particular, el maestro CALAMANDREI (citado por ROVERSI, 2002: pp. 9, 10) nos dice:

“La sentencia no es, por consiguiente, el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante de tres fuerzas en juego, dos de las cuales, al tratar cada una de arrastrar en su propia dirección a la tercera, despliegan entre sí una competición reñida, que no es solo de buenas razones, sino también de habilidad técnica para hacerlas valer. Afortunada coincidencia es la que se verifica cuando entre los dos litigantes el más justo sea también el más hábil: pero cuando en ciertos casos (y quiero creer en raros casos) esa coincidencia no se dé, puede ocurrir que el proceso de instrumento de justicia, creado para dar razón al más justo, pase a ser un instrumento de habilidad técnica, creado para dar la victoria al más astuto”.

2. FINALIDAD DE LA PRUEBA. ALCANCES

Al respecto, DEVIS (1993: p. 251) señala:

“[E]l fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión; sea que esa certeza corresponda a la realidad, en cuyo caso se estará en la verdad, o que se encuentre desligada de ella y exista un error. La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”.

Es importante destacar aquí que si bien lo que se busca en el proceso judicial es la verdad, esta es la llamada verdad procesal ya que el juez resuelve sobre la

base de los elementos portados por las partes en el proceso y si en caso las pruebas son insuficientes o la parte demandada no ha aportado las pruebas que corresponden en la forma y modo que la norma establece el hecho de que no se le otorgue derecho a una de las partes en razón de lo antes señalado, pese a que la realidad sea distinta, el juez no podrá ir más allá de este límite probatorio.

Por su parte MORALES (2001) respecto de la finalidad de la prueba judicial, señala que se reconoce tres posiciones: a) establecer la verdad, b) lograr la convicción del juez, y c) alcanzar la fijación formal de los hechos procesales (p. 87).

En el caso de la primera de estas, señala: “Según esta teoría, la prueba no es un fin en sí mismo, sino un medio para el descubrimiento de la verdad de los hechos. La pregunta es si efectivamente constituye la finalidad de la prueba llegar a la verdad, pues la experiencia judicial nos indica que ello no siempre se logra en un proceso. (...) las críticas a esta teoría dejan de tener fundamento, por cuanto las pruebas pueden llevar al juez al convencimiento necesario para dictar sentencia, y, sin embargo, el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad. Tampoco se trata de encontrar una salida, aparentemente lógica, y hablar de una verdad formal y otra material o real. La verdad es una, y no siempre se logra llegar a ella a través de las pruebas en un proceso” (MORALES, 2001: p. 10).

Para el caso de la segunda señala que: “La finalidad de la prueba está dirigida al juez, para provocar en él convicción respecto de los hechos expuestos por las partes y que le permitan sustentar su sentencia. Puede que no se llegue a la verdad de los hechos, porque es difícil llegar a tener certeza absoluta, por lo que la aspiración es obtener un alto grado de probabilidad sobre los hechos” (MORALES, 2001: p. 11).

Finalmente, para la tercera posición señala que: “Esta teoría sostiene que el proceso no sirve para conocer los hechos o establecer la verdad, sino para conseguir su fijación formal. Los hechos son conforme se desprende de los medios probatorios actuados en el proceso. Esta teoría está ligada al sistema de tarifa legal para la apreciación de la prueba” (MORALES, 2001: pp. 11).

Conforme lo señala el artículo 188 del CPC: “Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Por lo que consideramos al igual que el antes citado autor que esta constituye una posición híbrida por cuanto se recoge las tres teorías” (MORALES, 2001: pp. 10-11).

En ese sentido, BUSTAMANTE (1997) precisa que: “Otra cosa es que el derecho a probar tenga por finalidad, precisamente a través del ofrecimiento, práctica y valoración de los medios probatorios —que constituyen su objeto—, producir en

la mente del juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes o demás sujetos procesales. Coincidiendo con DEVIS ECHANDÍA creemos que ‘(...) no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que pueda confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica y humana (...)’ a la que llega el juzgador después de todo un procedimiento complejo, en el que escuchó a las partes, fijó los puntos controvertidos, admitió y actuó los medios probatorios, para, finalmente, apreciarlos conforme a las reglas de la lógica, de la técnica, del derecho y de las máximas de experiencia. Por tanto, se trata de una certeza (...) con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error, de ahí que autores modernos ponen presente la analogía entre la actividad del juez y la del historiador” (p. 66).

De esta manera no solamente se le reconoce al juez un papel protagónico para tramitar y analizar el material probatorio puesto en su conocimiento, sino que constituye un derecho que tienen las partes para poder intervenir en el proceso con la finalidad de introducir la prueba que sustenta sus pretensiones. En tal sentido, constituye un soporte de la administración de justicia ya que el aportar el bagaje probatorio que sustente los hechos propuestos por ellos en la demanda y contestación sin guardar para sí alguna prueba, permite que el juez tenga los elementos suficientes para poder acercarse a la verdad real y expedir la sentencia de mérito.

Para nuestra jurisprudencia nacional respecto al tema bajo análisis ha precisado que: “El derecho a la prueba tiene por finalidad lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional, si este no valora o toma en consideración los citados resultados probatorios, está frustrando el aludido derecho, convirtiéndose así en garantía ilusoria y meramente ritualista” (Cas. N° 2558-2001, Puno, *El Peruano*, 01/04/2004, p. 8580).

De igual forma en sede casatoria se ha precisado: “Que, una de las principales actividades jurisdiccionales lo constituye la probatoria, cuyo ejercicio se halla limitado por la Constitución y la ley (...) Que, los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones, tal como lo establece el artículo ciento ochenta y ocho del CPC. Que, la función jurisdiccional básica de un juez es la de resolver un conflicto, solución que debidamente fundamentada es plasmada en una sentencia, en la que en su parte considerativa el juez expone las valoraciones esenciales y determinantes de los medios probatorios actuados en el proceso, teniendo como mecanismo de valoración su apreciación razonada, lo cual no es otra cosa que una manifestación de su independencia jurisdiccional”.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE, Reynaldo (1997): "El derecho fundamental a probar y su contenido esencial". En: *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: ARA; CALAMANDREI, Piero (1962): *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1993): *Teoría general de la prueba judicial*. Medellín: Dike; MORALES, Juan (2001): "La prueba y el Código Procesal Civil peruano". En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, tomo 87. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrius; ROVERSI THOMAS, Rafael (2002): "Principios éticos en el proceso. Facultades del juez". En: *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*. Mérida; VERGER, Joan (2003): "Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de partes y testigos". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, VI, mayo, 2003. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las alegaciones expuestas están basadas en cuestiones de probanza y una pretendida nueva calificación de los hechos orientados a acreditar que el proceso judicial cuestionado ha sido llevado con todas las garantías del debido proceso y que en realidad se viene cuestionando el fondo del mismo; lo cual ha sido desvirtuado por las instancias de mérito (*Cas. N° 4640-2013-Lima*).

El derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso; en consecuencia, el derecho constitucional a la prueba acompaña el interés del Estado, representado en el juzgador, para lograr certeza suficiente y sentenciar sus dudas razonables, y recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba, control de las partes, producción específica y apreciación oportuna y fundamentada (*Cas. N° 309-2013-Cusco*).

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes para producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones debiendo ser valorados en forma conjunta utilizando su apreciación razonada (*Cas. N° 1327-2004*).

La finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de todos los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones de acuerdo a lo dispuesto por el artículo ciento ochenta y ocho del Código Procesal Civil (*Cas. N° 1406-2002-Lima*).

El contenido esencial del derecho a probar consiste en el derecho de todo sujeto procesal legitimado para intervenir en la actividad probatoria a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa; ciertamente, es menester mencionar que dicho derecho es mirado contemporáneamente como un auténtico derecho fundamental, ya que forma parte de otros dos derechos fundamentales como son la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, y su infracción afectaría el orden constitucional (...) el mismo derecho, por tratarse de un instrumento que se materializa dentro de un proceso, está delimitando por una serie de principios que delimitan su contenido, entre los cuales, pueden mencionarse, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, que se hallan regulados algunos de forma explícita y otros de modo implícito, en los artículos ciento ochentiocho y siguientes del Código Procesal Civil (*Cas. N° 261-1999/Ica*).

Artículo 189 | **Oportunidad**

Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este código.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 286, 374, 424, 429, 440, 442; L.P.T. art. 21.

Alexander Rioja Bermúdez

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro proceso judicial como bien sabemos transcurre por cinco etapas bien marcadas y definidas. La primera de ellas es la llamada Etapa postulatoria, momento en el cual la parte demandante pone en conocimiento del juez la existencia de un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas de naturaleza jurídica, momento en el cual la parte accionante se encuentra obligada a acreditar aquel derecho puesto de manifiesto. Por su parte el demandado dentro de un plazo de contestación también se encuentra facultado a aportar sus elementos de prueba que buscan desvirtuar las alegaciones efectuadas por su contraparte.

Ese constituye el momento crucial que tiene la parte actora y la emplazada para poner de manifiesto ante el órgano jurisdiccional la existencia de aquellos elementos que sustentan sus respectivas posiciones en el proceso. Sin embargo, extraordinariamente la norma fija una excepción a esta regla, la cual la denominaremos prueba extemporánea, porque se ha incorporado al proceso más allá del elemento llamado plazo para interponer, debiéndose asegurar los requisitos para que esta pueda ser válidamente incorporada y en su momento actuada en el proceso.

Resulta claro indicar que las pruebas a actuarse deben ser presentadas dentro de los términos que la norma precisa. “cada prueba tiene un tiempo de incorporación, de subsanación, de producción y de respuesta” (GOZAÍNI, 1997: p. 14). Es decir, que la norma establece el momento que tienen las partes para poner de manifiesto el sustento de su demanda y de su contestación. Ello debe ser por igual para todas las partes en el proceso y que estas tengan las mismas oportunidades para su presentación y actuación al interior del proceso judicial.

En ese sentido se ha precisado que: “Una de las reformas más trascendentes en el CPC vigente es que los medios probatorios solo deben ser ofrecidos por las partes en la etapa postulatoria, salvo el caso de los procesos de conocimiento y abreviado, en que pueden presentarse junto con el escrito de apelación, si se trata de hechos nuevos” (Cas. N° 2960-98, Cono Norte, *El Peruano*, 26/10/1999, p. 3808).

Igualmente se señala: “La *ratio legis* del artículo 189 del CPC, es permitir el examen oportuno de la prueba del contrario y proscribir la probanza sorpresiva y artera, que se presentaba a última hora para impedir al contrario su escudriño” (Cas. N° 1248-2000, Loreto, *El Peruano*, 30/11/2000, p. 6453).

En principio las partes son las encargadas de poner en conocimiento del juez las pruebas respecto de los hechos afirmados en el proceso, la esencia del proceso reside en esa afirmación.

2. PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN PROCESAL

Nuestro ordenamiento procesal civil ha dividido los procesos de cognición en etapas procesales claramente definidas y establecidas, y una vez concluida una de ellas es imposible retrotraerse en el tiempo y regresar a la anterior.

Al respecto es menester acotar, que en virtud del principio de preclusión procesal no puede retrotraerse el proceso a una etapa anterior que fue superada, la doctrina autorizada señala que: “(...) preclusión significa cerrar el paso y viene de pre, antes, y de claudro, cerrado (...) así por ejemplo cuando se da por decaído el derecho para contestar la demanda o para alegar de bien probado o se rechaza una diligencia de prueba o se acepta otra, no puede decirse que haya cosa juzgada, pero sí puede afirmarse que hay preclusión, es decir, que ese trámite ha sido cumplido ya y que está cerrado el camino para repetirlo” (JOFRE, 1943: p. 56).

Con relación a la prueba extemporánea se debe tener en cuenta que esta no solamente se encuentra vinculada a los principios de preclusión y oportunidad de presentación de los medios probatorios, sino que también está relacionada con el derecho de contradicción y de búsqueda de la verdad objetiva para poner fin a un conflicto de intereses.

El CPC en su artículo 189 señala que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta del mismo cuerpo legal. Ello implica que en principio con posterioridad a la demanda y la contestación no pueden ser ofrecidos, con excepción de determinadas circunstancias en las que la norma procesal ha concedido tal posibilidad. Así, solo podrán ser ofrecidos medios probatorios de fecha posterior, los referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la contraria al contestar la demanda o reconvenir. Que, conforme el artículo 429 del CPC después de interpuesta la demanda, el actor solo puede ofrecer los medios probatorios referidos a hechos mencionados por la otra parte, al contestar la demanda o reconvenir; de presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

Como ya hemos visto, las partes al tiempo de introducir sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional es decir, al momento de interponer la demanda y al contestarla, están en la facultad de proponer los medios probatorios, así también para el caso de las excepciones, defensas previas y cuestiones probatorias que se puedan plantear la interior del proceso.

MONTERO (1998: p. 54) señala que:

“[I]a carga de la prueba, esto es, de modo directo, la determinación de cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de que no se haya probado un hecho y, de modo indirecto, la fijación de qué parte debe probar un hecho, solo puede cuestionarse cuando ese hecho no ha sido probado. Si el hecho ha resultado probado no ha lugar ni siquiera a plantear la cuestión de la carga de la prueba”.

Al respecto se ha señalado que: “Si bien hay amplia libertad para ofrecer pruebas, esta debe ser ofrecida por las partes en los actos postulatorios. La *ratio legis* (razón legal) de esta disposición es permitir el examen oportuno de la prueba del contrario y proscribir la probanza sorpresiva y artera, que se presentaba a última hora y para impedir al contrario su escudriño. Esta disposición no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito, admitir la prueba extemporánea ofrecida por alguna de las partes para lo cual debe expedir resolución motivada que se notifique a las partes, cumpliendo así los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción” (Cas. N° 1248-2000, Loreto).

En ese sentido la carga de la prueba viene a constituir un medio de gravamen establecido en la norma procesal, respecto de quien alega un hecho al interior del proceso, de manera que su incumplimiento podría generar la absolución de la parte contraria, teniendo esta posibilidad de realizarlo principalmente en los actos postulatorios del proceso y excepcionalmente cuando se hayan presentado nuevos medios probatorios de carácter extemporáneo.

Los medios probatorios extemporáneos son la excepción de lo antes expuesto, cuyos supuestos que se encuentran regulados en el artículo 429 del CPC, como son los hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda. Se prohíbe en los procesos sumarísimos (art. 559, inc. 4 del CPC).

Cabe resaltar que es factible ofrecer medios probatorios en la apelación de sentencias (art. 374). En tal sentido se debe tener en cuenta que el hecho de que la Sala Superior haya admitido y actuado medios probatorios nuevos y, posteriormente, en la sentencia, que no se haya pronunciado sobre aquellos, sí constituye una motivación deficiente, pues lo más adecuado hubiera sido pronunciarse sobre los medios probatorios que había admitido de manera excepcional, al menos fundamentando por qué no les generó convicción. Y es que de darse la excepcional

posibilidad de admitir medios probatorios nuevos en sede de apelación, ¿no debería el juez de apelación pronunciarse sobre aquellos? Consideramos que sí, pues estos fueron admitidos cumpliendo con todos los requisitos especiales que la ley franquea (art. 374 del CPC).

Contrariamente a lo antes precisado respecto del principio de preclusión procesal relativo a la prueba, nuestra Corte Suprema ha fijado una postura excepcional amparada en la búsqueda de la verdad real en el proceso, en tal sentido ha expresado que: “(...) si bien en el proceso civil rige el principio de preclusión y que las normas procesales son de carácter imperativo, no puede dejarse de admitir que a efectos de llegar a la verdad real y hacer efectivos los fines del proceso, el artículo noveno del Título Preliminar del Código Procesal Civil prevé que el juez puede adecuar el cumplimiento de las formalidades a las necesidades del caso concreto; pues no puede admitirse que por excesivo formalismo el órgano jurisdiccional cierre sus ojos ante la realidad, y aparente que no existen en el proceso los documentos a los que se hace referencia tanto en el recurso de apelación como en el recurso de casación; por el contrario, por la sanidad del proceso, es preciso que el juez meritúe y emita pronunciamiento acerca de tales documentos”.

3. MEDIOS PROBATORIOS EXTEMPORÁNEOS

En ese sentido, la carga de la prueba viene a constituir un medio de gravamen establecido en la norma procesal, respecto de quien alega un hecho al interior del proceso, de manera que su incumplimiento podría generar la absolución de la parte contraria, teniendo esta posibilidad de realizarlo principalmente en los actos postulatorios del proceso y excepcionalmente cuando se hayan presentado nuevos medios probatorios de carácter extemporáneo.

Nuestro CPC ha señalado una excepción a esta regla al precisar que es posible presentar medios probatorios luego de transcurrida la etapa postulatoria, pero siempre y cuando sean referidos a hechos nuevos es decir a aquellos distintos a los consignados en la demanda e invocados por la parte contraria o por el propio demandante teniendo esta posibilidad su contraparte, es decir, que también procede respecto a los hechos alegados por el demandado en su contestación o reconvencción (RIOJA, 2014: p. 639).

Aun cuando es la etapa postulatoria del proceso aquella oportunidad que tienen las partes para ofrecer sus medios probatorios, existe la posibilidad de ingresar material probatorio al proceso con posterioridad a la misma, pero debe cumplir determinados requisitos para que esta pueda integrarse al proceso y por ende poder ser valorado por el juez, por ello de conformidad con el artículo 429 del

CPC, se establece que: “Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

De presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen”.

Al respecto, BUSTAMANTE (1997: p. 82) precisa que:

“(…) existe una excepción a este principio relacionada con la *teoría de los hechos nuevos*. Según la doctrina, los hechos nuevos pueden ser propios o impropios. Se entiende como *hecho nuevo propio*, aquel dato fáctico –o si requiere, aquella circunstancia– ocurrida con posterioridad al inicio de un proceso y que tiene o puede tener. Una considerable relevancia jurídica para la decisión que se tome en la solución del conflicto de intereses. En cambio, hecho nuevo impropio es aquel que si bien ocurre antes del inicio del mismo, solo pudo ser conocido por la parte que se beneficia con él con posterioridad al inicio del proceso. Los hechos nuevos constituyen una excepción al principio de preclusión probatoria pues pueden ser propuestos por la parte a quien su incorporación en el proceso beneficia –a pesar de haber transcurrido la oportunidad legal para hacerlo– soportando por tal razón la *carga de probar* su ocurrencia. En aplicación del principio de contradicción en materia probatoria (...) es imprescindible que la parte contra quien se propone el hecho nuevo tenga la oportunidad de probar respecto de él”.

No constituye una facultad arbitraria la posibilidad de presentar y admitir medios probatorios extemporáneos sino que estos tienen una limitación que ha establecido la propia norma procesal la cual se encuentra referida a que esté referida a los llamados hechos nuevos, que precisa el autor, constituyendo una garantía que evita que el abogado negligente o malicioso pueda “esconder” bajo la maga un medio probatorio que lo pueda beneficiar y perjudicar lo actuado en el proceso, buscando dilatarlo en desmedro de la contraria.

En ese sentido, se ha precisado que: “Si bien es cierto que de conformidad con el artículo ciento ochenta y nueve del Código adjetivo, los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, también es permisible, que el juzgador admita pruebas con posterioridad a esta etapa procesal, incluso actuarlas de oficio, siempre y cuando sirvan para promover certeza y convicción de los hechos invocados por las partes, en cumplimiento de su rol de director del proceso, con lo cual no existen (sic) ninguna vulneración del derecho de defensa y por lo tanto no se ha afectado el debido proceso (...)” (Cas. N° 634-96, Piura).

4. JURISPRUDENCIA

Igualmente nuestra jurisprudencia nacional ha precisado: “El ordenamiento procesal permite que las partes ofrezcan medios probatorios con motivo de la interposición del recurso de apelación a fin de sustentar la ocurrencia de hechos nuevos, sea un medio probatorio propio, que acontece cuando una circunstancia fáctica ocurre con posterioridad al inicio de un proceso y que tiene relevancia para resolver la litis, o mediante un medio probatorio impropio, que acontece antes del inicio del proceso pero que recién pudo ser conocido por el interesado con posterioridad” (Cas. N° 2726-2001, Tacna, *El Peruano*, 01/10/2002, p. 8934).

Y respecto de la falta de la valoración de la prueba extemporánea por el juez, se ha establecido que esta no genera afectación al debido proceso así lo ha señalado nuestro Supremo Tribunal: “La regla del artículo cuatrocientos veintinueve del CPC toma sentido en cuanto el juez valora prueba ofrecida (sic) extemporáneamente, sin audiencia de la contraria, mas si no lo hace, no causa perjuicio a la defensa contraria ni afecta el derecho al debido proceso, por lo que son de aplicación los principios de conservación y subsanación previsto (sic) en el artículo ciento setenta y dos cuarto párrafo del mismo código”(Cas. N° 982-97, Lima. *El Peruano*, 16/10/1998, p. 1940).

Del mismo modo en la etapa impugnatoria existe la posibilidad de presentar medios probatorios de carácter extemporáneo, en ese sentido el artículo 374 del CPC señala que solo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y,
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos, se fijará fecha para la audiencia respectiva, la que será dirigida por el juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.

El tribunal supremo también ha corroborado la posibilidad que tienen las partes de poder presentar medios probatorios incluso con posterioridad al tiempo en el que se encontraban obligadas a hacerlo, así, “de acuerdo a los principios de

vinculación y formalidad se tiene que los medios probatorios son presentados conjuntamente con la demanda y la contestación o contradicción, salvo excepciones establecidas en los artículos cuatrocientos veintinueve y trescientos sesenta y cuatro del CPC. En el caso de autos el demandante presenta alegatos y medios probatorios extemporáneos como la declaración jurada del ingeniero residente de la obra, en la que se declara que los materiales y servicios utilizados en dicha obra fueron proveídos por el demandante; y no habiendo sido admitidos por el juzgado conforme a ley, el *ad quem* para fundamentar la resolución de vista ha considerado dicha prueba, atentando con lo establecido en los mencionados; por lo tanto ante esta contravención el colegiado supremo declara fundado el recurso planteado por la empresa demandada” (Cas. N° 2236-2003, Tumbes, publicada el 30/11/2004, En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 6, N° 46, p. 29).

5. NORMATIVA CONCORDANTE

Concordantes con estos principios encontramos las siguientes normas:

Artículo 189.- Oportunidad.- Los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código.

Artículo 429.- Medios probatorios extemporáneos.- Después de interpuesta la demanda, solo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir. De presentarse documentos, el juez concederá traslado a la otra parte para que dentro de cinco días reconozca o niegue la autenticidad de los documentos que se le atribuyen.

Artículo 374.- Medios probatorios en la apelación de sentencias.- Solo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y,
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.
3. Reconocer o negar categóricamente la autenticidad de los documentos que se le atribuyen, o aceptar o negar, de igual manera, la recepción de documentos que se alega le fueron enviados. El silencio puede ser apreciado por el juez como reconocimiento o aceptación de recepción de los documentos; (...).”

Es inimpugnable la resolución por la que el superior declara inadmisibles los medios probatorios ofrecidos. Si fueran admitidos, se fijará fecha para la audiencia

respectiva, la que será dirigida por el juez menos antiguo, si el superior es un órgano colegiado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE, Reynaldo (1997): “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Lima: ARA; GOZÁINI, Oswaldo (1997): *Teoría general del Derecho Procesal*. Bs. As.: Ediar; MONTERO, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas; RIOJA, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrus.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En lo que se refiere a los medios probatorios, la etapa pertinente para su ofrecimiento es la postulatoria y en ella el demandante podrá ofrecer los medios probatorios que estime sustente sus pareceres, lo que deberá acompañar a su escrito de demanda, mientras que lo propio podrá hacer el emplazado en su contestación, contando las partes con la posibilidad de cuestionar los ofrecidos por su contrario de acuerdo con las instrumentales legales que brinda nuestro ordenamiento procesal ejercitando así el derecho de defensa (*Cas. N° 1388-03-Ayacucho*).

Los elementos probatorios se presentan dentro de la etapa postulatoria. Sin embargo, atendiendo a la finalidad del proceso, se puede permitir el ingreso de medios probatorios extemporáneos, siempre que se respete el principio de contradicción de la prueba, conforme lo ha señalado la doctrina procesal nacional (*Cas. N° 536-03-Santa*).

Si bien hay amplia libertad para ofrecer pruebas (...), estas deben ser ofrecida por las partes en los actos postulatorios... la *ratio legis* de esta disposición es permitir el examen oportuno de la prueba del contrario y proscribir la probanza sorpresiva y artera, que se presentaba a última hora y para impedir al contrario su escudriño (...) esta regulación no limita la facultad que tiene el juzgador de mérito (...) admitir la prueba extemporánea ofrecida por alguna de las partes (...) para lo cual se debe expedir resolución motivada que se notifica a las partes, cumpliendo así con los principios de publicidad, bilateralidad y contradicción (*Cas. N° 1248-2000-Loreto*).

Artículo 190**Pertinencia e improcedencia**

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. *Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;*
2. *Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.*

Sin embargo, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. *Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y*
4. *El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.*

La declaración de improcedencia la hará el juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. VII; C.P.C. arts. 188, 228, 278, 283, 286, 332, 368 inc. 2, 394, 442; C.D.I.P. arts. 398, 408 a 411.

Alexander Rioja Bermúdez

1. INTRODUCCIÓN

Conforme ya lo hemos precisado, las pruebas se deben referir a los hechos materia del proceso y en su caso a los hechos controvertidos, no admitiéndose aquellos que no correspondan a lo acontecido en el proceso, por lo que el juez puede rechazarlo de plano. Cabe señalar que, tratándose de un derecho que se materializa dentro de un proceso, este se encuentra delimitado por una serie de principios que limitan su contenido entre los que pueden señalarse aquellos como el de pertinencia, idoneidad, utilidad, preclusión, licitud, contradicción, debida valoración, entre otros, y siendo el objetivo del proceso llegar a la verdad judicial, los jueces se encuentran obligados a motivar razonada y objetivamente el valor probatorio en la sentencia.

Ante la existencia de uno de los supuestos señalados anteriormente: “Los jueces están facultados para declarar la improcedencia de una prueba, pero la resolución que expidan debe fundamentarse, pues de otro modo resulta arbitraria y limita el derecho de las partes para acreditar los hechos que han expuesto y que se han fijado como controvertidos” (Cas. N° 1504-98, Lima, *El Peruano*, 06/10/1999, p. 3685). Es decir, que los jueces tienen la prerrogativa al interior del proceso judicial de determinar que prueba resulta ser la adecuada para acreditar los hechos propuestos por las partes. Así, luego de fijar los puntos controvertidos, el juez podrá advertir qué medios probatorios podrán ser los más adecuados para producir la certeza que requiere y de esta manera fundamentar la sentencia. No todo medios probatorio presentado por las partes en el proceso tendrá la característica de acreditar la pretensión planteada, por ello se le faculta al juez esa prerrogativa de descartar algunas pruebas frente a otras.

Igualmente, esta facultad de rechazar un medio probatorio es enteramente del magistrado, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, es por ello que se dice que: “Corresponde al juez de la causa declarar improcedente los medios de pruebas que no estén referidos a los hechos que configuran la pretensión y controversia” (Cas. N° 287-99-Lima, *El Peruano*, 12/10/1999, p. 3703).

Del mismo modo, se ha precisado que: “La no admisión de un medio probatorio, por sí sola, no configura una violación del derecho al debido proceso, pues la prueba debe referirse a la materia en controversia, esto es ser pertinente, pues de otro modo es desestimada por el juez” (Cas. N° 287-99-Lima, *El Peruano*, 12/10/1999, p. 3703). La garantía del llamado derecho a la prueba no está referida al rechazo de una prueba en el proceso ya que pueden existir pruebas que no sean las más acordes a la pretensión planteada y a lo argumentado y señalado como punto controvertido, por ello la pertinencia o improcedencia de la prueba constituye un aspecto muy importante en el proceso. Cuando un juez rechaza una prueba debe indicar o fundamentar las razones por las cuales toma esa decisión, sin embargo el solo hecho de no haber admitido la prueba no configura la vulneración de tal garantía procesal.

2. PERTINENCIA E IMPROCEDENCIA DE LA PRUEBA

En el latín es donde se encuentra el origen etimológico del término que ahora vamos a proceder a analizar. En concreto, tenemos que exponer que aquel emana del vocablo *pertinentia*, que está compuesto de dos partes claramente diferenciadas: el prefijo *per-*, que puede traducirse como “por completo”, y el verbo *tenere*, que es sinónimo de “sostener”.

Pertinencia es la cualidad de pertinente. Se trata de un adjetivo que hace mención a lo perteneciente o correspondiente a algo o a aquello que viene a propósito.

Para la Real Academia Española de la Lengua, la pertinencia es aquel hecho o circunstancia de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución, etc.

Conforme precisa GUERRA (2006), el medio probatorio pertinente es aquel que tiende a acreditar la existencia de un hecho controvertido materia de la *litis*, por lo tanto el que no tenga por objeto esclarecer algo en el proceso será uno impertinente y se declarará improcedente. El análisis realizado por el a quo de los puntos controvertidos fijados para admitir los medios probatorios ya había sido hecho, por lo tanto, correspondía un pronunciamiento de fondo y no declarar los medios probatorios “inoportunos” sin fundamentar el valor probatorio que le concedía a cada uno (p. 56). Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

Solo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el Derecho. Los hechos notorios no necesitan ser probados, y el juez puede invocarlos, aunque no hayan sido alegados por las partes. Por notorio hay que entender, aquel hecho alegado por las partes que no deja lugar a duda alguna, por lo que no hay objeto de prueba y por ello necesidad de probar. Se trata de un hecho de conocimiento universal y no de fama pública, que es conocido por un sector de personas y no por todas con es el caso del hecho notorio. El hecho notorio es un hecho histórico cuya verdad se muestra con las simples alegaciones de los monumentos o de los libros que recuerdan su existencia (DE PIÑA, 2005: p. 289).

Respecto de la prueba de la costumbre COUTURE (1958: pp. 221-222) señala:

“En estos casos en que la costumbre es derecho, si fuera discutida o controvertida, habría de ser objeto de prueba. Pero también en estos casos debe tenerse presente que, a falta de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. En este caso, más que de una *carga* de la prueba debe hablarse de un *interés* en la prueba. La parte que apoya su derecho en la costumbre debe ser diligente en producir la prueba de esta. Pero si no lo hiciera, el juez puede aplicar la costumbre según su conocimiento particular u ordenar de oficio medios de prueba tendientes a tal fin”.

Esta situación por lo general puede ocurrir cuando quien va a juzgar es una persona que no ha vivido en el lugar que tiene competencia para tal fin. Nuestra realidad en algunos casos hace que muchos jueces por diversas circunstancias deben desplazarse hacia zonas geográficas de las cuales no son originarios, lugares en los que la idiosincrasia es muy distinta de donde provienen y desconocen la costumbre y otras situaciones del lugar donde van a ejercer justicia, por ello será difícil para ellos poder aplicar la costumbre si la desconocen, razón por la cual será necesario solicitarles a las partes que puedan producir la prueba que la acredite o

disponer de todos los medios necesarios que permitan esta pueda ser de su conocimiento y en su caso de aplicación al caso concreto.

La declaración de improcedencia la hará el juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

3. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Conforme nuestra normativa procesal, serán declarados improcedentes los medios probatorios que tiendan a establecer:

3.1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia

a) Hechos no controvertidos

Uno de los principios consagrados por el Derecho Procesal, es el referido a la congruencia la misma que establece que toda decisión judicial debe guardar relación con las pretensiones propuestas por las partes, por ello no podrá exigirse ni podrá disponerse de oficio la actuación de prueba alguna que no se encuentre sustentada en afirmaciones de las partes.

Por lo que si no se establece ningún hecho o situación como parte de las pretensiones de las partes no existe discusión ni objeto de prueba.

b) El hecho imposible

Lo imposible es aquello que materialmente no es posible realizarse, también puede entenderse así a la prueba legalmente prohibida. Es aquel acto improbable, irrealizable, impracticable, inverosímil, es decir aquel de imposible realización. Pero deberá tenerse en cuenta las circunstancias de espacio y tiempo jurídico, puesto que algunas situaciones estaban catalogadas en ese sentido con el avance y progreso de la tecnología fueron largamente superados a través de algunos inversos y descubrimientos que hoy en día siguen asombrando a la humanidad, por ello insistimos que en algunas circunstancias puede catalogarse así y en otros casos no.

c) El hecho notorio

Es denominado así al hecho que por su generalización no puede ser ignorado o ser de conocimiento público, por lo tanto no requiere ser probado. Así, el

conocimiento común de la gente referido a hechos históricos, geográficos naturales o difundidos por diversos medios de comunicación constituye entre otros hechos notorios.

Se considera así también, a aquellos que ingresan en el conocimiento, cultura o en la información normal de los sujetos con relación a un espacio y tiempo determinado respecto del momento en que toma conocimiento la judicatura. La notoriedad no tiene una relación directa con el conocimiento *general* o no del mismo. Manifiesta COUTURE (1958: pp. 234-235) que:

“El concepto de notoriedad procura, sin embargo, dos altos fines de política procesal. Por una parte, un ahorro de esfuerzos al relevar a las partes de producir pruebas innecesarias. En este sentido significa un homenaje al principio de economía, (...). Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que esta viva a espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho en ‘ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe’”.

MONTERO (1998: p. 44) tomando lo manifestado por CALAMANDREI señala que: “Tienen esta condición aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en el que se produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez”. Lo importante es que este sea evidente para el juzgador dentro de determinado contexto de espacio y tiempo, sustentado en medios que no pueden ser objeto de discusión alguna.

d) Hechos evidentes

Surgen de los principios prácticos de la vida y de la experiencia del desarrollo normal de las cosas, es lo que se denomina *prueba prima facie*, a lo que COUTURE (1958) señala que: “La doctrina del saber privado del juez, de aquello que él conoce por ciencia propia, admite al estudiar la formación de la sentencia, la aplicación de las llamadas *máximas de la experiencia*. Estas son normas de valor general, independientes del caso específico pero que extraídas de cuando ocurre generalmente en múltiples casos, pueden aplicarse en todos los otros casos de la misma especie” (pp. 229-230).

3.2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos

El proceso civil como lo hemos señalado es dialéctico, es decir frente a una alegación existe una contradicción, por ello no son objeto de prueba los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra, la prueba ha de estar sustentada en la controversia existente entre las partes no en aquellas situaciones en las que ambas se encuentren de acuerdo.

Para GOZAÍNI los hechos admitidos son “aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, no hay discrepancia en el relato de la circunstancia. Por lo general, la admisión es producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta por cientos, hablándose en estos casos de admisión expresa”. Es decir los actos de manifestación de voluntad expresamente realizados por las partes con las que se alega en concordancia las razones de la parte contraria (GOZAÍNI, 1996: p 218).

En esta situación por economía procesal se obvia atender al material probatorio existente en el proceso en dicho sentido, puesto que existe consenso de las partes respecto del hecho o hechos referidos por una y afirmados por la otra o no negados de manera categórica. Al respecto el maestro COUTURE señala que:

“(...) al concluir que los hechos no impugnados se tiene por admitidos, se llega no solo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso” (COUTURE, 1958: p. 224).

El hecho de que deba probarse solamente los hechos controvertidos permite encuadrar el objeto de prueba del proceso, permitiendo de esta manera establecer qué hechos deben ser probados y que otros no en el proceso, para que el juez pueda –sobre la base de estos– resolver las pretensiones de las partes. Los hechos afirmados por ambas partes y los afirmados por una y admitidos por la otra no requieren de prueba.

Sin embargo, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales. Asimismo, en los casos en los que se encuentre de por medio la moral, el orden público que atente contra la colectividad o la persona humana. “[S]egún nuestro ordenamiento procesal civil ninguna pretensión puede declararse fundada teniendo en cuenta el solo dicho de la parte que lo afirma, por el contrario, quien sostiene un hecho debe necesariamente sustentarlo con medios probatorios” (Exp. N° 3640-97, Sala Civil para Proceso Abreviados y de Conocimiento. Corte Superior de Justicia).

3.3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario

Una presunción legal constituye una proposición normativa respecto de la veracidad de un hecho, si se admite prueba en contrario esta es relativa, caso contrario, esta es absoluta. Se excluye así de prueba a aquellos hechos establecidos por la norma como situaciones que no requieren dicha carga o su necesidad de ser acreditados en el proceso, por lo que tampoco será objeto de debate ni formará parte de los puntos controvertidos.

Asimismo, la presunción legal constituye la hipótesis normativa referida a la certeza de un hecho, el mismo que no necesariamente ha de coincidir con la verdad material. Es innecesario acreditar aquello que la norma establece como cierto, por ello se encuentra exonerado de efectuar prueba alguna. Nuestra norma procesal las considera como sucedáneos de los medios de prueba. En ese sentido GOZAÍNI señala que la presunción “es una conjetura que elimina la necesidad de prueba. Son dos razones de política jurídica, algunas de ellas connaturales con la vigencia misma del derecho, que instan al legislador a consagrar determinadas soluciones de la índole de las expresadas. La eliminación del campo de la prueba no es sino la consecuencia natural de su eliminación en el campo del debate” (GOZAÍNI, 1996: p. 222).

DE SANTO señala que:

“El hecho legalmente presumido no es que no pueda ser objeto idóneo de prueba como lo sostiene LESSONA y FLORIÁN, sino que no necesita de prueba o está excluido del tema de prueba, como correctamente critican ROSEMBERG, SCHONKE, GUASP y DEVIS ECHANDÍA entre otros” y señala también que “la presunción no es una prueba, sino eximente de prueba, pero esto no significa que si el litigante interesado aduce prueba sobre el hecho presumido debe el órgano jurisdiccional necesariamente rechazarlas” (1992: p. 59-62).

La presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores llevan al juez a la certeza del hecho investigado; esta es de carácter legal o judicial, la misma que debe también ser fundamentada por el magistrado, por ello se señala que: “Es deber del juzgador exponer las razones por las cuales no le es suficiente una presunción legal de relativa verdad, en su caso deberá precisar cuáles fueron las pruebas utilizadas como medio para acreditar los hechos que reputa como probados, con el fin de dar a conocer sus razones, poniendo así de manifiesto que no actúa arbitrariamente” (Cas. N° 2516-99, Cono Norte, *El Peruano*, 07/04/2000, p. 4987). La presunción legal puede ser de carácter absoluta o relativa, las cuales tiene consecuencias diferentes al interior del proceso en el caso que estas surjan.

Si la norma procesal señala que en el caso que la ley califique una presunción con *carácter absoluto* no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción solo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base. Cuando la ley presume una conclusión con *carácter relativo*, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

En sede casatoria también se ha precisado que, con respecto a las presunciones, debe señalarse: (i) que cuando se trata de una “legal relativa” la carga de la prueba se invierte, correspondiendo a la otra parte, acreditar la realidad del hecho

que le sirve como presupuesto (art. 279 del CPC); (ii) que cuando se trata de conducta de las partes, el juez debe fundamentar por qué arriba a determinada conclusión; y, (iii) que cuando se trata de una “judicial” lo que se tiene en cuenta es: “(E)l razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso(s), contribuye(n) a formar convicción respecto al hecho o hechos investigado”. Hay que reparar aquí que en ambos supuestos, la presunción lo que crea es convicción y que esta forma parte de la finalidad de la prueba, posibilitando que se ampare o no la demanda (Cas. N° 1012-2013, Lima).

En el caso de la rebeldía y conforme lo señala la norma procesal esta es de carácter relativo, por ende la carga probatoria se invierte a favor del demandante, lo que no implica que no pueda ser corroborada con otros medios probatorios que de oficio pueden ser solicitados por el magistrado, en su oportunidad, o cuando la pretensión verse sobre derechos indisponibles. “si la presunción legal sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, cuando esta se ha tenido por contestada en rebeldía de la emplazada, es relativa, requiere ser corroborada con otros medios probatorios y tampoco funciona en casos como el presente (divorcio), porque la pretensión se sustenta en un derecho indisponible de acuerdo con el inciso segundo del citado artículo cuatrocientos setenta y uno” (Cas. N° 868-99, Lima *El Peruano*, 19/08/1999, p. 3245).

La declaración de la rebeldía efectuada por el juez así como el silencio, o las respuestas negativas o evasivas que se puedan dar en una audiencia, facultan al juez a estimar dichas actitudes como un reconocimiento de verdad de los hechos pertinentes afirmados por la parte contraria, ello no es razón suficiente para que el juez descarte la necesidad de la prueba que corrobore lo señalado por la parte que afirma estos hechos y que no han sido negados por la contraria. Por tanto, es deber del juez no excluir de actividad probatoria en estas circunstancias, y resolver ello debidamente fundamentado en el saneamiento procesal o en la sentencia.

En ese sentido, nuestra norma civil incluye las siguientes presunciones:

- Respecto de la paternidad: artículos 243 inc. 3), 361, 362;
- Respecto del régimen patrimonial conyugal: artículos 295, 311 inc. 1);
- Respecto de la herencia: artículo 673;
- Respecto de la posesión: artículos 912, 915;
- Respecto de los bienes accesorios: artículo 913;
- Respecto del condominio: artículo 970;

- Respecto de la medianería: artículo 994;
- Respecto de la pérdida del bien: artículo 1139;
- Respecto del pago indebido: artículo 1273;
- Respecto de la condonación: artículo 1298;
- Respecto de las cláusulas generales: artículo 1397;
- Respecto de los contratos: artículos 1361, 1397, 1411;
- Respecto de los contratos con lesiones: artículo 1448;
- Respecto de los vicios ocultos: artículo 1506;
- Respecto al precio: artículo 1548;
- Respecto del suministro: artículo 1611;
- Respecto de las donaciones: artículo 1630;
- Respecto del mutuo: artículos 1655, 1656 y 1664;
- Respecto del arrendamiento: artículos 1676, 1679, 1681 inc. 1);
- Respecto de la prestación de servicios: artículo 1758;
- Respecto del mandato: artículos 1791, 1807;
- Respecto del depósito: artículos 1818, 1825;
- Respecto de la promesa unilateral: artículo 1958;
- Respecto del compromiso arbitral: artículo 1915 y
- Respecto de los Registros Públicos: artículos 2012, 2013.

De igual forma el CPC no se encuentra exento de esta figura, así se establece en ella las siguientes presunciones:

- Respecto de la aceptación del poder: artículo 71;
- Respecto de la procuración inoficiosa: artículo 81;
- Respecto de la colusión o fraude: artículos 106 y 190 inc. 2);
- Respecto la autenticidad del informe: artículo 239;
- Respecto del fraude o dolo: artículo 332 inc. 7);

- Respecto de la verdad en la rebeldía: artículo 461;
- Respecto del dolo o la culpa inexcusable: artículo 510, y
- Respecto de la reciprocidad internacional: artículo 838.

3.4. El Derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los jueces. En el caso del Derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido

En principio el Derecho no es objeto de prueba, caso contrario estaremos negando la existencia de una norma legal vigente, la misma que es de público conocimiento desde el día siguiente de su publicación o si contrariamente la misma ley posterga su vigencia en todo o en parte. La aplicación y conocimiento del Derecho está dado por el juez en cada acto procesal que realiza, por ello en principio, no será necesario que las partes se encuentren obligadas a probar la existencia de una norma que es sustento y fundamentación jurídica, lo que no la exonera de señalarla y de argumentar los hechos que la corroboran, pues esta es una función del abogado, del letrado, del profesional en Derecho. El que funda su derecho en una regla general no necesita probar que su caso siguió la regla general y no la excepción; pero quien alega que el caso está en la excepción de una regla general, debe probar que así es.

Respecto de la prueba del Derecho se señala que: “Existe un estrecho vínculo entre la regla general de que el Derecho no se prueba y el principio general que se consagra en la presunción de su conocimiento; no tendría sentido la prueba del Derecho, en un sistema en el cual este se supone conocido. El conocimiento, se ha dicho, trae la obligatoriedad de la aplicación de la norma, como la luz proyecta la sombra en el cuerpo” (COUTURE, 1958: p. 220).

Es deber del juez la aplicación del Derecho, por ello constituye también un principio la obligación del juez de recurrir a los principios generales del Derecho y a la doctrina y jurisprudencia en caso de vacío o defecto de la norma procesal.

En este caso, si el derecho es entendido como facultad de una persona en contraposición a la obligación de otra, hay que señalar que va a estar contenido en una norma jurídica, que es general, abstracta e impersonal. A ello se debe que el derecho en sí mismo no sea necesario probarse, ya que hacerlo carecería de objeto. El conocimiento del Derecho es inexcusable en el juez. Cuando se habla de Derecho en el sentido anotado, se hace referencia también a los “principios generales del Derecho”. Sin embargo, no sucede lo mismo si la palabra derecho se refiere a la acción de ejercer el derecho contenido en la norma, en este caso, quien ejercita la acción debe de probar la titularidad del derecho, a través de los medios de prueba

idóneos reconocidos por la ley procesal. Así, si yo soy titular del derecho de propiedad, deberé de probar que soy propietario.

Asimismo, el artículo VII del Título Preliminar del CPC establece la facultad del juez para que aplique la norma jurídica que corresponda a la situación concreta cuando las partes la hayan invocado erróneamente, y bajo el concepto de que al tener el juez mejor conocimiento del derecho que las partes está en aptitud de decidir cuál es la norma aplicable al caso propuesto.

En ese sentido nuestra jurisprudencia señala que: “En cuanto al derecho aplicable, es precisamente el artículo sétimo del Título Preliminar del CC, que recoge el principio *iura novit curia* que el juez aplica el derecho, aun cuando no haya sido invocado por las partes, por lo que la invocación de una norma legal, siempre será una cuestión de *iure*, un fundamento de derecho, y dado su carácter general, su aplicación está más allá de la invocación que de ella hagan las partes, por lo que considerar que la aplicación de una norma legal es una cuestión de hecho, como pretende la recurrente es impropio” (Cas. N° 1708-96, Lima, *El Peruano*, 04/06/1998, p. 1239).

Respecto de la prueba de la norma extranjera, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en la posición que esta será objeto de prueba cuando resulte controvertida y no se encuentre reconocida a nivel internacional por los tratados correspondientes aprobados conforme nuestra carta política. Así, no serán objeto de prueba los tratados internacionales del cual es signatario nuestro país, en otros casos es necesario a fin de poder introducir al proceso una norma foránea conocerla de manera concreta, por ello es obligación de las partes de acreditar el Derecho extranjero, a fin de poder establecer si esta es compatible con el orden público y las buenas costumbres.

Cuando la norma señala que sea la parte que invoque el Derecho extranjero la que debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido, bastará con que la invoque y señale la forma como poder acceder a esta norma, presentando para el caso el texto de la ley que invoca mediante copia autenticada por el Ministerio de Relaciones Exteriores o del funcionario competente correspondiente, y en su caso la traducción oficial realizada por el órgano de auxilio competente, sin perjuicio de ello el artículo 2053 del CC establece que: “Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido”. Ello permite advertir la veracidad de la norma invocada y la vigencia de la misma a fin de que no pueda ser sorprendido respecto de la existencia o vigencia o no de una norma que no se encuentra obligado a conocer y pueda ser correctamente aplicado (RIOJA: 2014: p. 653).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: De Palma; DE PIÑA, Rafael; CASTILLO, José (2005): *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa; DE SANTO, Víctor (1958): *El proceso civil*, tomo I. Buenos Aires: Editorial Universidad; GOZAÍNI, Oswaldo (1996): *Teoría general del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediar; GUERRA, María (2006): “Medios probatorios de oficio ¿Facultad u obligación?”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, tomo 99. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA, Alexander (2014): *Derecho Procesal Civil*. Arequipa: Adrus.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La impertinencia de un medio probatorio es sancionada con la improcedencia del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 190 del Código Procesal Civil, por lo que no cabe exigir el plazo adicional correspondiente a la inadmisibilidad alegada por la apelante. En todo caso, aún cuando en la resolución apelada se ha consignado la palabra “inadmisible”, no se acredita como ese error de denominación ha causado perjuicio o agravio al recurrente o le ha impedido ejercitar el medio de defensa correspondiente o limitado su derecho de defensa, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 174 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 786-2005*).

La sala de revisión expide la resolución materia de control casatorio, anulando la sentencia apelada y ordenando que el juez de la causa emita una nueva sentencia convocando a una audiencia complementaria para la actuación de la prueba admitida, ignorando la disposición clara y precisa contenida en el último párrafo del artículo ciento noventa del Código Procesal, en el sentido de que si la denegación de la prueba es revocada por el juez superior después de expedida la sentencia de primera instancia, dicho colegiado antes de resolver la apelación de la sentencia actuará en esa sede los medios probatorios admitidos (...) Que, la norma antes acotada se sustenta en el principio de economía procesal, pues importa que los fines del proceso se desarrollen evitando un despliegue innecesario de actividades procesales que pueden cumplirse eficazmente con otra actuación procesal de ahí que el anotado principio esté edificado bajo tres aspectos, de economía de tiempo, de esfuerzo y de gastos; por consiguiente, la infracción de la norma antes acotada es insubsanable pues es trascendente que el proceso se desarrolle al vigor del principio comentado, en sustento de un interés público y distanciado del mero interés de las partes, de ahí que pese a que el recurrente no ha alegado haber sufrido perjuicio directo con lo resuelto por el colegiado, el vicio materia de la denuncia devenga en insubsanable, pues la economía en el proceso es más trascendente de lo que comúnmente puede significar que el juez inferior actúe la prueba por él denegada, toda vez que ello, puede ser practicado por el juez superior al amparo del contenido axiológico del principio comentado y contenido en la norma materia de la infracción (*Cas. N° 1289-99-Lima*).

En las instancias de mérito se ha procedido conforme a la facultad establecida en el artículo 190 del CPC, al haberse considerado que el citado medio probatorio (pericia grafotécnica) no resulta pertinente para acreditar que el título valor puesto a cobro haya sido completado contrariamente a los acuerdos adoptados (*Cas. N° 287-99-Lima*).

Artículo 191

Legalidad

Todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en este código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188.

Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de estos.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 275 a 283.

Alexander Rioja Bermúdez

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se hace referencia al principio de legalidad de la prueba, lo que se quiere dar a entender es que aquellos medios probatorios que se van a incorporar al proceso y que van a ser valorados por el juez deben previamente cumplir con determinados requisitos que establece la ley. Así, la prueba debe ser propuesta, admitida, tramitada, incorporada, actuada y valorada de acuerdo al ritual que regula la norma procesal. En tal sentido, el cumplimiento de dichos requisitos, si son verificados o no, van a afectar la validez y eficacia de la prueba.

El Código señala sin excepción que todos los medios de prueba (típicos y atípicos) así como los sucedáneos de estos resultan ser idóneos para lograr la finalidad que es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Es decir, no cierra la posibilidad de las pruebas únicamente a aquellas que el Código ha regulado de manera expresa, sino que permite la incorporación de otras circunstancias llamadas sucedáneos de los medios probatorios, siempre que estos logren cumplir la finalidad que regula la norma procesal.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Las partes podrán ofrecer todas las pruebas que permite la normativa legal pertinente, a fin de que se llegue a expedir la decisión judicial, la cual debe estar sustentada en lo aportado por las partes en el proceso por ello se requiere que sea demostrada por las partes mediante las aportadas por las partes, o de manera facultativa por el juez, siempre que estas se encuentren señaladas en la ley.

El principio de legalidad puede manifestarse en el proceso desde dos ópticas distintas pero que convergen en una unidad, esta es de carácter formal referido a la legalidad del procedimiento y del tribunal y desde un carácter material.

En palabras de RUIZ: “El principio de legalidad garantiza, entre otras cosas, la defensibilidad del ciudadano frente al Estado y los poderes públicos” (1995: p. 133).

Este principio está ligado a unas ritualidades, a unos lineamientos y formalidades que la misma norma exige para que la prueba sea aportada al cuaderno administrativo. Se traduce en el cumplimiento de unas circunstancias secuenciales, tales como: el tiempo que define una condición de oportunidad que se regula a través de unos términos establecidos para cada actuación en sede administrativa; la forma, que recae sobre cómo se debe presentar la prueba, cumpliendo una serie de requisitos y el lugar, da una percepción de ubicación, entidad, despacho, oficina habitada legalmente para intervenir en el debate probatorio (OBANDO, 2014).

Pero también por legalidad ha de entenderse el contenido intrínseco de los medios de prueba, los que no deben estar inficionados por algún vicio invalidante (v. gr. inmoral; vejatorio; contrario a las buenas costumbres; teñido por dolo, error, violencia u otra agresión al libre consentimiento)” (GOZAÍNI, 1997: p. 13).

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 191 del CPC, en el cual se precisa que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos, aunque no estén tipificados en el Código, son idóneos para lograr la finalidad prevista en el artículo 188 del CPC. Los sucedáneos de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de este.

Asimismo, se ha establecido que:

“En materia probatoria el Código Procesal Civil contiene una serie de normas y principios reguladores, cuya infracción indudablemente constituyen una forma de violar el derecho al debido proceso. Es más, el juez puede incurrir en error de derecho en materia probatoria cuando al estimar el mérito de los elementos de juicio contraviene las normas que regulan la valoración de los diferentes medios de convicción o las que regulan su incorporación al proceso. Igualmente incurre en error cuando deja de valorar medios probatorios que ya están incorporados al proceso” (Cas. N° 3889-2000, Lima, *El Peruano*, 02/09/2002, p. 9145).

Cuando hacemos referencia al principio de legalidad de la prueba, estamos tratando de poner de manifiesto que para que la prueba sea incorporada al proceso y en su oportunidad para que sea valorada por el juez, debe cumplir con los requisitos que establece la norma procesal, es decir, debe cumplir con determinadas ritualidades que establece la ley, además debe cumplir con algunos requisitos de derecho sustancial: no únicamente la mecánica procesal. La prueba debe ser

propuesta, admitida o tramitada en el proceso con el cumplimiento de los requisitos legales. El cumplimiento de esos requisitos legales afecta no solamente la validez sino la eficiencia de la prueba.

3. SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Adicionalmente, nuestro sistema legal permite el empleo de los sucedáneos de los medios probatorios, esto es, de auxilios, establecidos por la ley o asumidos por el juzgador, para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos, que están regulados en el Código Procesal Civil.

Para FLINT (1998: p. 33) son sucedáneos de los medios probatorios los indicios, las presunciones y las ficciones legales. Para efecto del presente caso, resulta importante diferenciar los conceptos legales de indicios y presunciones, a fin de comprender cómo estos son elementos que se complementan entre sí.

El indicio es un hecho material, mientras que la presunción es una forma determinada de razonar. En tal sentido el profesor DEVIS (1972: p. 172) señala que:

“La presunción (...) es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y esta el razonamiento conclusivo”.

De otro lado, la doctrina también se ha pronunciado que:

“Es evidente que el indicio, como un hecho material, nada prueba, si no se le vincula a una regla de experiencia mediante la presunción de hombre que en ella se basa, para deducir de aquel un argumento lógico-crítico (...). Por lo tanto, la presunción judicial no se identifica con el indicio, sino es apenas la base del argumento de prueba que el juez encuentra en el segundo, mediante la operación lógica crítica que lo valora.

El indicio es la prueba y la presunción judicial la consecuencia de la regla de experiencia o técnica que permite valorarla (...).

Los indicios pueden, en algunos casos, por sí solos, generar convicción plena sobre los hechos (indicio necesario) o, en otros casos, contribuir a alcanzar este resultado conjuntamente con otras pruebas e indicios (indicio contingente).

Se entiende por indicio necesario el que de manera infalible e inevitable demuestra la existencia o inexistencia del hecho investigado (...) con independencia de cualquier otra prueba. (...)

Los demás indicios serán contingentes y se basan, tomados cada uno por separado, en un cálculo de probabilidad y no en una relación lógica de certeza; pero varios de ellos (...) pueden otorgar ese pleno convencimiento.

El indicio es pues un hecho que se acredita por cualquiera de los medios probatorios que la ley autoriza a la administración a utilizar (un documento, una declaración, etc.). Probada la existencia de indicio (o hecho indicador), la autoridad encargada de resolver podrá utilizar el razonamiento lógico para derivar del indicio o de un conjunto de ellos la certeza de la ocurrencia de lo que es objeto del procedimiento (esto es, el hecho indicado)” (FLINT, 1998: p. 36).

Finalmente, indica el citado autor que la prueba indiciaria tiene, en este sentido, el mismo mérito que cualquier otro medio probatorio. Incluso mediante el uso de la prueba indiciaria podría desvirtuarse el valor probatorio de pruebas directas. Tan es así que en el proceso penal, en el que se encuentran en juego valores tan importantes como la libertad de las personas, y en donde los principios garantistas tienen especial valor, las pruebas de cargo que sirven para condenar a los ciudadanos suelen ser pruebas indiciarias.

Como se ha señalado en sede casatoria, “la finalidad perseguida por las pruebas aportadas por las partes son las de acreditar hechos. A partir de estos el juzgador resolverá la controversia haciendo uso de las leyes de la lógica, la razón y las máximas de la experiencia. Si bien esta finalidad es compartida por todas las pruebas aportadas, la doctrina y la ley las ha diferenciado en dos tipos: los medios probatorios y los sucedáneos de medios probatorios.

Un sucedáneo es algo que tiene propiedades parecidas a otra cosa, al punto que puede reemplazarla. Pues bien, esto es exactamente lo que sucede con los indicios, las presunciones legales y judiciales y las ficciones legales (arts. 275-283 del CPC) respecto de los medios probatorios: cuando estos no generan prueba (convicción) en el juez, pueden recurrirse a los sucedáneos de los medios probatorios para esclarecer los hechos que deben ser probados. Estas figuras, en consecuencia, son muy útiles sobre todo para el juez, quien, sobre la base de ellos, podría resolver casos realmente complicados.

Los sucedáneos de los medios de prueba aportan hechos de manera indirecta. Dentro de esta clase de prueba encontramos una división ulterior: indicios y presunciones legales. Los indicios son considerados como “todo hecho conocido, o mejor, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho conocido”.

El razonamiento a través del cual se encuentra esta conexión entre los dos hechos expuestos puede ser tanto deductivo como inductivo y debe ser de acuerdo a los principios de la lógica, la razón y las máximas de la experiencia. Los indicios, a su vez, pueden ser necesarios como contingentes, siendo los primeros

consecuencias inevitables del hecho al que hacen referencia y los segundos consecuencias posibles, de carácter leve (muy pocas probabilidades) o de carácter grave (mucho probabilidad)” (Cas. N° 1012-2013, Lima).

Concluye el colegiado precisando que, por consiguiente, nada impide que se dé por acreditado un hecho con el uso de los sucedáneos probatorios, basta tan solo que partiendo de un hecho probado se pueda seguir una línea lógica que permita llegar a una sola conclusión que sirve de complemento y corroboración a lo que ya se tiene acreditado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1972): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, 2ª ed. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía; FLINT, Pinkas (1998): “Especial sobre el caso Asociación Peruana de Avicultura: Presunta concertación de precios”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, tomo 8. Enero/febrero, Lima: Gaceta Jurídica; OBANDO CASTIBLANCO, Alex Shamir (2014): “Aplicación de los principios constitucionales de la prueba en el procedimiento administrativo tributario”. Disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/46426/1/2674771.2014.pdf>> (acceso en: 09/05/2016); RUIZ, Enrique (1995): *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Granada: Comares.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juez para la admisión de los medios probatorios, tendrá en cuenta criterios como legalidad, licitud, pertinencia, utilidad, necesidad y oportunidad de la prueba, y debe explicitar su juicio negativo; es decir, debe motivar en forma razonable su decisión de no admitir el medio de prueba; de lo contrario se estarían afectando o limitando las posibilidades esenciales de defensa (*Exp. N° 1009-2005*).

Tratándose de un contrato de suministro este puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiese celebrado por escrito, su mérito prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios, lo que significa que no se exige la forma *ad solemnitatem* sino *ad probationem* (...) (*Cas. N° 203-1994/Lambayeque*).

Si bien el contrato de arrendamiento para que surta eficacia no requiere de formalidad alguna, sin embargo, es necesario que se demuestre su existencia a través de los medios probatorios pertinentes, a efecto de hacer valer las consecuencias que de este deriven (*Exp. N° 58891-1997-Lima*).

Artículo 192 | **Medios probatorios típicos**

Son medios de prueba típicos:

1. *La declaración de parte;*
2. *La declaración de testigos;*
3. *Los documentos;*
4. *La pericia; y*
5. *La inspección judicial.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 193, 213 a 274.

Alexander Rioja Bermúdez

1. INTRODUCCIÓN

Nuestra norma procesal ha establecido una clasificación de aquellos medios probatorios que pueden ser presentados por las partes en los actos postulatorios del proceso y excepcionalmente de manera extemporánea en los supuestos señalados por la norma procesal civil. Así hace referencia a la existencia de los llamados medios probatorios típicos y los atípicos. La norma detalla por qué tipo de medios probatorios está compuesta la misma, que serán materia de análisis posteriormente.

DEVIS ECHANDÍA precisa: “Suele hablarse con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos, y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducta para que se llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o plateada sin litigio en cada proceso” (1984: p. 6). En consecuencia, los medios probatorios vienen a constituir aquellos instrumentos del que se valen las partes en el proceso.

En sede casatoria se ha precisado que los medios probatorios aportan hechos de manera directa: son la representación material, perceptible mediante los sentidos, de la ocurrencia de un hecho. Debe tomarse en consideración que el medio de prueba es distinto a la fuente de prueba, dado que el primero será representación del segundo. La legislación en los artículos 192 y 194 del CPC los divide en medios de prueba típicos y medios atípicos, siendo los segundos cualquier medio de prueba que no esté incluido entre los primeros (Cas. N° 1012-2013, Lima).

2. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Dentro de la distinta clasificación que existe en la doctrina respecto de los medios probatorios, nuestro Código Procesal Civil en sus artículos 192 y 193 los clasifica en típicos y atípicos.

Conforme lo señala nuestra norma procesal son medios de prueba típicos: 1) la declaración de parte; 2) la declaración de testigos; 3) los documentos; 4) la pericia; y 5) la inspección judicial.

Si bien en sede nacional, nuestra jurisprudencia no ha definido esta figura, encontramos algunas resoluciones, en las cuales de una u otra forma tratan de destacar algunas características de estos medios probatorios típicos. Se señala, por ejemplo, que: “Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañen a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobrecosto procesal” (Cas. N° 3341-99-Callao, citado por HINOSTROZA, 2000).

Respecto de la calidad de la copia fotostática se ha señalado que: “Los documentos presentados por la ejecutada al formular su contradicción carecen de virtualidad jurídica, en razón de constituir simples copias fotostáticas sin la debida legalización o autenticación” (Exp. N° 261-96, Quinta Sala Civil, citado por HINOSTROZA, 2000: p. 234).

Del mismo modo con referencia a la nulidad de los medios probatorios se ha precisado la manera en la que esta debe realizarse así, “la sustentación de la nulidad de un documento evidentemente debe deducirse en vía de acción” (Cas. N° 2550-99-La Libertad, citado por HINOSTROZA, 2000: p. 262).

Asimismo: “La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesenta y ocho y doscientos sesenta y nueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el laboratorio de criminalística de la Policía nacional del Perú la cual es una entidad oficial del estado para cumplir con este cometido, lo que distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los colegios Profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido por tales normas” (Cas. N° 649-95-La Libertad, citado por HINOSTROZA, 2000: p. 271).

2.1. Declaración de parte

Constituye un medio probatorio, directo, personal histórico y de representación. Asimismo Cabanellas señala que: “(...) la confesión o declaración de parte, es el reconocimiento que una persona hace contra sí misma de la verdad de un hecho”. Mas no se debe entender esta limitación de la declaración ya que también constituye la verdad de los hechos afirmados por el contrario y que perjudica al que confiesa (CABANELLAS, 2003: p. 36).

La declaración de parte constituye aquella manifestación que el demandante o el demandado, con capacidad jurídica, realiza al interior del proceso, debiendo ser de carácter personal, salvo el caso en el que deba ser realizada mediante apoderado o representante. La declaración realizada estará referida a los hechos personales del declarante o del representado, por ello debe ser expresa y cierta, siendo la principal característica el de ser voluntaria y consciente.

Para DEVIS ECHANDÍA, “la confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte del proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorables a su contraparte en ese proceso”. La declaración de parte viene a estar constituida por la manifestación de conocimiento realizado por alguna de las partes ante el juez (DEVIS ECHANDÍA, 1984: p. 318).

El interrogatorio o declaración de parte tiene por objeto obtener de los demandantes o demandados la versión sobre los hechos relacionados con el proceso, toda vez que suministra certeza al juez sobre la verdad fáctica que sirve de fundamento a las pretensiones de la demanda o de las excepciones, y con él se busca formar el convencimiento judicial respecto de la realización de determinados hechos que interesan al proceso, pues constituyen el sustento de las peticiones presentadas por las partes dentro del mismo. Puede llegar a configurar una confesión, siempre y cuando recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria.

2.2. Declaración de testigos

La declaración de testigos es considerada fuente de prueba personal en su sentido más estricto, toda vez que los testigos han de declarar ante el órgano jurisdiccional, respecto de lo percibido por sus sentidos. Otras de las características de este tipo de medio probatorio es que solamente pueden declarar en tal calidad las personas naturales y deben ser terceros ajenos al proceso. Se ha señalado también que no es necesario que los hechos sobre los que declaren los testigos se refieran a los que tiene la calidad de controvertidos.

Al respecto CLARIA OLMEDO señala que: “El dicho de las personas expresado a viva voz ante el juzgador es la más antigua de las pruebas en el ámbito procesal. Cuando este dicho proviene de la parte interviniente en el proceso se lo caracteriza y regula como confesión; cuando proviene de un tercero, las normas dirigidas a su obtención y valoración se concentran generalmente en un sector legislativo denominado ‘prueba testimonial’ o ‘prueba de testigo’”. Asimismo apunta que “(...) las pruebas testimonial y confesional sobresalían como fundamentales para el descubrimiento de la verdad. A los testigos se los consideró los ojos y los oídos de la justicia” (CLARIA, 1975: p. 3). La testimonial constituye la narración de los hechos de los cuales tiene noticia el testigo con referencia a las pretensiones de las partes, así este representa un hecho o circunstancia percibido por él.

El conocimiento que se le exige al testigo es de carácter histórico respecto de los hechos, siendo llamado a declarar precisamente por el discernimiento que tiene sobre los mismos, es decir los hechos sobre los cuales ha de declarar son los ocurridos con anterioridad al proceso, por lo que algunos autores señalan que esta prueba es de carácter extraprocesal en el sentido de que aporta un tercero al proceso respecto del conocimiento que tiene de lo sucedido antes y fuera del proceso (MONTERO, 1998: p. 216).

Toda persona capaz tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años solo pueden declarar en los casos permitidos por la ley. Respecto del tema de la capacidad reproducimos aquí lo ya manifestado en su oportunidad. Pero se debe precisar que esta no solamente es de carácter oral por lo que podría declarar un discapacitado siempre que este pueda manifestarse en un documento de manera indubitable. Así lo señala el artículo 222 del CPC.

De esta manera, un ciego puede haber tenido conocimiento de un hecho a través del sentido del oído, y puede declarar al respecto; o un mudo que haya presenciado un acto y pueda manifestarlo a través de un escrito; una deficiencia física no impide que puedan expresar su manifestación sobre los hechos materia del proceso si son requeridos por el juez para dicho fin. Por ello cualquier persona que se encuentre en la posibilidad de declarar como testigo, expresando de manera indubitable lo que ha tenido conocimiento y que sirva como elemento de prueba en el proceso, lo podrá realizar.

2.3. Los documentos

En su acepción gramatical, documento proviene del latín *documentum*. Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.

CABANELLAS nos dice que documento es “escrito, escritura con que se prueba, confirma, demuestra o justifica una cosa, o al menos, que se aduce con tal propósito. En la acepción más amplia, cuanto consta por escrito o gráficamente; así lo es tanto un testamento, un contrato firmado, un libro o una carta, como una fotografía o un plano; y sea cualquiera la materia sobre la cual se extiende o figure, aunque indubitablemente predomine el papel sobre todas las demás” (CABANELLAS, 2003: p. 304).

Un documento está compuesto predominantemente por información escrita que puede haber sido realizada de puño y letra, es decir, de manera manuscrita por su autor, o bien a través de un proceso mecánico como puede ser el de una máquina de escribir o por una computadora, u otra forma de soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones el cual tenga eficacia probatoria o relevancia jurídica.

Respecto del concepto de documento traemos a colación lo señalado por MONTERO AROCA (1998: pp. 143-144) para quien: “Puede hacerse mención de tres concepciones en torno a lo que sea documento: 1) la concepción más amplia es la que hace coincidir documento con cosa mueble, y así documento con todo ‘objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez’. Se distingue, por tanto, entre documento, igual a cosa mueble, y monumento, o cosa que pudiendo tener utilidad probatoria no puede ser trasladada ante el juez (GUASP). 2). La más estricta es la que se atiende al tenor literal de la ley y exige para que pueda hablarse de documento la escritura, el modo que por documento se entiende a la incorporación de un pensamiento por signos escritos, bien usuales, bien convencionales, independientemente de la materia o soporte en que estén extendidos los signos escritos (GÓMEZ ORBAMEJA). 3) La concepción intermedia considera como documento ‘todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso’, representación que puede obtenerse mediante la escritura, bien por todos los demás medios representativos (fotografía, fonografía, cinematografía, planos, disketes, etc.) siendo lo importante no la grafía sino la representación Carnelutti y en España Serra)”.

Consideramos que esta definición es la que se ha establecido en nuestra norma procesal, pues permite la introducción al proceso de cualquier otro medio probatorio en el cual se pueda adquirir alguna información, de este modo la forma de representación de los documentos no debe tener solamente el carácter de escritos sino también se encuentran catalogadas así todas aquellas formas de representar hechos y actos jurídicos como lo son la voz y la imagen, así, tenemos la fotografía, el video, el disco compacto, el cassette, USB y otras unidades de almacenamiento de información digital, los dibujos, planos, etc.

La carga de la presentación de los medios probatorios que se impone a las partes presupone que estas tienen la disponibilidad física de los mismos. Ante aquellas situaciones en las que las partes no cuentan con esta disposición, la ley permite que estas puedan indicar el órgano, institución, funcionario o persona que lo posee para que pueda ser posteriormente incorporado al haber sido admitido.

2.4. La pericia

En principio no puede exigírsele al juez el conocimiento de todo el Derecho, por ello es que existen algunos jueces especializados que corroboran lo antes señalado, más aún puede pedírsele que conozca otras materias científicas o no que sean necesarias para resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre, ambos con relevancia jurídica. Por ello será necesario que su decisión se apoye en conocimientos científicos, artísticos o prácticos de quienes tienen la especialidad en el tema cuya aplicación en el caso concreto debe efectuar, en sustento de estos conocimientos que desconoce. En ese sentido se ha señalado que: “Constituye una facultad del juzgador designar los peritos necesarios cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales” (Cas. N° 1109-99, *El Peruano*, 13/10/1999, p. 3727).

Para DEVIS ECHANDÍA (1984: p. 123), la pericia “(...) es un medio de prueba procesal e histórico, pero esto no excluye que el perito sea un valioso auxiliar del juez para el correcto conocimiento de los hechos, como también lo es el testigo. No se trata de una especie de testimonio técnico, como también se ha sostenido sino de un medio de prueba diferente”. Se establece aquí una salvedad entre la función del perito y del testigo ya que en ambos la característica principal es el elemento histórico que aportan al proceso; lo que los distancia es la calidad del sujeto. Asimismo, agrega que: “Puesto que el perito no persigue producir efectos jurídicos determinados con su dictamen, sino ilustrar el criterio del juez, no es una declaración de verdad, porque puede incurrir en error y se limita a comunicarle al juez cuál es su opinión personal respecto de las cuestiones que se le han planteado. Es, pues, una simple declaración de ciencia, técnica, científica o artística”. En ese sentido la pericia viene a constituir el medio probatorio que a instancia de parte o de oficio realizan personas totalmente ajenas a la relación procesal, quienes en razón de sus conocimientos especiales sobre determinada ciencia, arte, técnica u oficio emiten una opinión calificada con referencia a alguna situación o hecho desconocido por el magistrado de la causa y que permite formar convicción de su decisión.

La naturaleza de este medio probatorio es indiferente a la condición de funcionario o no de la persona que ha de efectuarlo, la norma procesal no exige una categoría a quien ha de practicar la pericia.

La pericia es un medio probatorio que requiere, previo conocimiento de las partes, su actuación en audiencia, conforme lo señala el artículo 265 del CPC; en la que además puede ser materia de observaciones, debiendo los peritos absolver las mismas, según fluye del artículo 266 del acotado (Exp. N° 510-98, 01/06/1998).

2.5. Inspección judicial

Es aquel medio probatorio mediante el cual el magistrado en forma directa y personal, haciendo uso de sus sentidos, puede apreciar de manera formal y objetiva los hechos materia de las pretensiones propuestas por las partes con la finalidad de formarse convicción propia y resolver el conflicto de intereses o incertidumbre con relevancia jurídica. Con el anterior Código de Procedimientos Civiles la denominación de este tipo de prueba era la de inspección ocular, la cual era incorrecta toda vez que el juez no solamente apreciaba los hechos a través del sentido de la vista sino también dependiendo de las circunstancias del caso, así podía utilizar el tacto, el olfato, el oído o quizá el gusto.

Para Lino PALACIO “denomínase reconocimiento o examen judicial a la percepción sensorial directa efectuada por el juez o tribunal sobre cosas, lugares o personas con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características” (1977: pp. 473-474).

Al tener el carácter sensorial como señala el citado autor, esta prueba no se limita solamente al sentido de la vista –como se establecía con la norma procesal derogada–, por lo que dicho examen puede ser efectuado a través de los demás sentidos.

Para PEYRANO y CHIAPPINI, la inspección judicial “es la expresión sensorial por parte del juez, de ciertos fenómenos circunstanciales vinculables por el proceso: percepción en cuestión que; sabemos, puede materializarse por medio de la vista, el olfato, el oído, etc.” (PEYRANO Y CHIAPPINI, 1983: p. 193).

La inspección judicial es la materialización de la labor que realiza el magistrado en un proceso, mediante la cual de manera personal y directa puede apreciar y determinar las diversas circunstancias que son objeto de prueba, en ese aspecto verifica, reconstruye las circunstancias que dan origen a los hechos materia de las pretensiones y las plasma en el acta judicial correspondiente.

ALFARO define a esta figura señalando que: “Antes se le denominaba ‘inspección ocular’. En el procedimiento civil es un medio de prueba consistente en que el juez, constituyéndose en el lugar que interesa a los fines del litigio, conozca directamente el sitio en que ha sucedido un hecho, las circunstancias o elementos que lo rodean, la forma como se desarrolla una actividad, las condiciones materiales

en que se ejecuta un trabajo, a fin de poder apreciar mejor las cuestiones hechos (in situ 'en el mismo lugar' o en directo personalmente) sometidas a su resolución" (ALFARO, 2002: pp. 483-484).

Este medio de prueba no solamente está referido a la utilización por parte del juez del sentido de la vista, como se calificaba en la anterior legislación procesal peruana, puesto que es el examen que realiza el magistrado de la apreciación directa de los hechos alegados por las partes utilizando todos sus sentidos.

De conformidad con el artículo 272 del CPC "la inspección judicial procede cuando el juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos".

En ese sentido, el juez puede conocer de manera directa y objetiva los hechos o el bien materia de las pretensiones planteadas en el proceso, a través de ella puede descubrir el error o falsedad así como corroborar los hechos señalados por las partes y, por lo tanto, le den la posibilidad de establecer un criterio para resolver. En ese sentido esta prueba también, en su caso, podrá ser dispuesta por el juez de oficio si las circunstancias del caso lo ameritan, por ello se señala que: "Constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo ciento ochenta y nueve del código adjetivo, estableciendo dicho código Además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio solo cuando los demás medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, *a contrario sensu*, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio" (Cas. N° 2601-98-Lima, citada por HINOSTROZA, 2000: p. 198).

Respecto de su importancia, DEVIS ECHANDÍA (1984: p. 159) ha señalado que: "(...) esta prueba es inmensa, porque con ello se realiza la intermediación del juez con los elementos materiales del litigio y en general del proceso, e inclusive con los sujetos de este y con los órganos de prueba (cuando aquellos y estos concurren a la diligencia y son escuchados durante ella por el juez), y por otra parte, le facilita la formación de su convencimiento mediante la percepción directa de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión". El carácter personal de este medio probatorio es de suma importancia puesto que es el propio juez de manera directa quien conoce los hechos alegados por las partes y forma su propia convicción por la inmediatez del mismo.

Una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción.

Por esta razón, este medio probatorio constituye “observación judicial inmediata”. Es el medio probatorio por el cual el juez percibe directamente con sus sentidos, sin intermediación. Es, pues, la percepción misma del hecho a probar por el juez, mediante sus propios sentidos. En ella pueden intervenir todos los sentidos: vista, olfato, oído, tacto e incluso el gusto. La inspección judicial radica su importancia en esa apreciación sensorial personal que hace el juez sobre los hechos

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALFARO PINILLOS, Roberto (2002): *Diccionario práctico de Derecho Procesal Civil*; CABANELLAS, Guillermo (2003): *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, 26ª ed. Buenos Aires: Heliasta; CLARIA OLMEDO, Jorge y otros (1975): *La prueba en materia procesal civil*. Buenos Aires: Lerner; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Compendio de pruebas judiciales*, tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2000): *Jurisprudencia de Derecho Probatorio*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2005): *Jurisprudencia actual*, tomo 6. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*. Madrid: Civitas; PALACIO, Lino Enrique (1977): *Derecho Procesal Civil*, tomo IV. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio O. (1983): *Temas de Derecho Procesal Civil*; SAGÁSTEGUI, Pedro (s/a): “Tecnología y Derecho”. Disponible en: <http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/TECNOLOGIA_DERECHO_PUBLICO.pdf> (acceso: 06/06/2016).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las facturas presentadas por la demandante en este proceso de obligación de dar suma de dinero tienen por finalidad de acreditar la existencia de la deuda por parte de la demandada, por lo tanto, no resulta relevante en el presente proceso pronunciarse sobre la anotación que señala la “recepción no significa conformidad” (*Exp. N° 1929-2007*).

La prueba pericial es procedente cuando para apreciación de los hechos controvertidos se requiere de conocimientos especiales. El informe pericial tiene únicamente valor ilustrativo (*Exp. N° N-261-1997-Lima*).

Artículo 193

Medios probatorios atípicos

Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 192, 300.

Alexander Rioja Bermúdez

Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 del CPC, y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Lo atípico es aquello que no encaja en un tipo o modelo. En tal sentido un medio probatorio atípico sería aquel que no se encuentra dentro del listado taxativo de medios probatorios atípicos que señala la norma procesal civil. De esta forma el legislador deja abierta la posibilidad de que, ante los avances científicos y tecnológicos, pueda existir una nueva forma de acreditar un hecho y que no se encuentre dentro de lo que señala la norma pero que puede tenerse como tal bajo este manto de protección que le daría la posibilidad de ser incorporado al proceso pese a que no tiene sustento normativo pero cumple la finalidad del llamado medio probatorio.

En tal sentido, se ha precisado que por un lado, el legislador se ha adelantado al futuro, si vemos que estos medios son importantes, comprensibles y pertinentes tal como señala el dispositivo del CPC con el rotulado de “Medios Probatorios Atípicos” y se consideran como auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios que se actuarán y apreciarán por analogía con los medios probatorios típicos y con arreglo a lo que el juez dispone.

Para Pedro SAGÁSTEGUI (s/a: p. 5) se deben considerar al respecto para su mejor comprensión y cada año gracias al avance científico y tecnológico que:

- “a) Se trata de auxilio técnico o científico que no han sido ‘tipificados’ como ocurre cuando el ADN ya está tipificado por legislación expresa y tiene amplia difusión para propios y extraños. Tampoco la telemática porque con el concepto de la promulgación del vigente Código Procesal Civil.

- b) Que cuando divulgamos al nuevo Código Procesal Civil en la década de los 90 nos preguntaban por ejemplos concretos de un medio probatorio atípico y teníamos dificultad en su explicación y aplicación satisfactoria.
- c) En materia Penal los auxilios científicos y técnicos se pueden y deben aplicar, pero dentro de un marco diferente por no señalar como medios atípicos.
- d) La materia Penal no permite la aplicación de sucedáneos probatorios, como ocurre en el Derecho Civil, pues solo tiene en cuanto a presunciones una sola como es la *In dubio pro reo* o de inocencia
- e) Finalmente los avances tecnológicos y científicos serán necesarios para una enseñanza continua de todo juez, fiscal y sobre todo abogados, cuyo papel debe ser más significativo e importante como lo apreciamos desde nuestra nueva esquina en el Colegio de Abogados de Lima, en su Junta Directiva 2010.
- f) Tecnología y Principios Generales del Derecho”.

Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 del CPC, y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga.

Conforme lo señala Jorge Luis HUAMÁN SÁNCHEZ (2014), los medios de prueba atípicos como el conjunto de instrumentos *numerus apertus* de carácter científico o técnico que tienen como finalidad la verificación de una afirmación que corrobora o cuestiona un hacer, omitir o dar, respecto de uno o más puntos controvertidos de un proceso. Esa verificación se considera como el camino más perfecto, aunque secundario y muchas veces no necesario para alcanzar la finalidad descrita en el artículo 188 del CPC.

CARRIÓN LUGO refiere, partiendo del texto impreciso y ambiguo del CPC que regula a estos medios probatorios que debemos concluir que no se trata de una prueba pericial, pero pueden ser tratados como ella (CARRIÓN, 2000: p. 119). Precisa de igual forma que: “Hemos sostenido que la pericia, como medio probatorio típico, permite al juez encontrar explicaciones técnicas y científicas sobre determinados hechos controvertidos, cuya conclusión le sirve al juez como auxilio para su decisión” (CARRIÓN, 2000: p. 119).

El CPC no precisa la diferencia entre el medio probatorio, a que se refiere el artículo 193 del CPC, y la prueba pericial, con la cual tendría algunas semejanzas (CARRIÓN, 2000: p. 119).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; HUAMÁN SÁNCHEZ, Jorge Luis (2014): “El sistema probatorio atípico”. Disponible en: <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/suimorsfilia/2014/01/08/el-sistema-probatorio-at-pico/>> (acceso en: 06/06/2016); SAGÁSTEGUI, Pedro (s/a): “Tecnología y Derecho”. Disponible en: <http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/TECNOLOGIA_DERECHO_PUBLICO.pdf> (acceso: 06/06/2016).

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

A pesar de que el juez admite como medio probatorio la cinta de video, la que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento que no aporta mayores elementos. Para que la Sala pueda valorar la cinta de video ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de este, en el acta de audiencia; a fin de que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (*Exp. N° 647-1999-Lima*).

Artículo 194 Pruebas de oficio

Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el juez de primera o de segunda instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 51 inc. 2, 222, 229, 238, C.T. art. 126; C.N.A. art. 174; L.A. art. 43; L.P.T. art. 22; L.P.A.G. art. 163; L.O.P.J. art. 5.

Rolando Martel Chang

1. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014, que entró en vigencia a los 30 días hábiles de su publicación, modificó diversos artículos del CPC, entre ellos el artículo 194, que es una de las disposiciones principales que contiene el Código en materia de pruebas de oficio.

La modificatoria del artículo 194 se ha producido luego de más de 20 años de vigencia del CPC, es decir, después de haberse puesto en práctica en los procesos judiciales durante todo este periodo por los órganos jurisdiccionales de todas las instancias.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

Considerando el factor tiempo, podemos decir que el cambio normativo no ha sido pronto ni repentino, y considerando la casuística judicial relativa a las pruebas de oficio, podemos decir que el cambio ha sido necesario. En efecto, una mirada en retrospectiva sobre la praxis judicial en materia de pruebas de oficio nos permite ver una situación problemática donde destacaba la demora procesal al trabajarse esta materia sin observar derechos fundamentales como el de tutela jurisdiccional efectiva o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, ni los principios del derecho probatorio ni el derecho de defensa de los justiciables.

Siempre pensamos que esa situación problemática no podía continuar. Era necesario modificar las normas (reglas) para abrigar la esperanza de un cambio real en esta materia. Diversos estudios sobre la materia apuntaban en esa misma dirección. En esa línea de pensamiento, el suscrito elaboró su tesis doctoral denominada *La actuación de las pruebas de oficio en la segunda instancia del proceso civil*, que presentó y sustentó en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, en junio de 2014. Dicha tesis (que ha servido de base para la publicación de nuestro libro - MARTEL, 2015) contiene como recomendación una propuesta normativa respecto al artículo 194 del CPC, a fin de solucionar la situación problemática referida a las pruebas de oficio en el proceso civil, sugiriéndose que debe mejorarse la regulación legal en esta materia, estableciéndose de modo expreso en la disposición normativa una serie de aspectos relevantes para su correcto uso y aplicación por parte de jueces y abogados, con lo cual se favorece la tutela efectiva, se evita la dilación procesal, se disminuyen los costos del proceso para el Estado y los litigantes, y también disminuye la carga procesal.

Luego de la sustentación de la tesis, a partir de setiembre de 2014 el suscrito, conjuntamente con otros especialistas en materia procesal, fue invitado a participar en las sesiones de trabajo promovidas por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, a través de su equipo técnico, para el debate y aprobación de las modificaciones al CPC. En estas sesiones el suscrito tuvo la oportunidad de aportar para la discusión y debate la propuesta normativa relativa al artículo 194 del CPC, que elaboró para la tesis doctoral, cuyo texto guarda grandes coincidencias con el texto modificado del artículo 194, aprobado por la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014.

La propuesta legislativa decía así:

“Pruebas de oficio artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez de primera o de segunda instancia, debe ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá

asegurarles el derecho de contradicción de la prueba. La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo. En ningún caso se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de pruebas de oficio. Este precepto también es aplicable a los órganos jurisdiccionales que conocen del recurso de casación”.

No estamos diciendo que la realidad cambia o se modifica con la sola dación de la norma, pero no cabe duda que este cambio tiene en la reforma legal en comentario un soporte fundamental, sobre todo porque trae consigo y propone cambios en la conducta de los actores del proceso, a partir del conocimiento y análisis de la praxis judicial, esto es de la realidad.

Por tanto, si quienes hacen posible la existencia en el proceso de las pruebas de oficio, están obligados a observar nuevas reglas de juego, creemos que debe ocurrir el cambio real que alienta la norma en comentario. En todo caso, el tiempo nos dirá si ese cambio se viene produciendo y sobre todo si es efectivo, que es lo más importante. No obstante, tenemos noticias de comentarios favorables hechos por especialistas y de cierta casuística aplicada en los órganos jurisdiccionales, mas el poco tiempo de vigencia de la reforma (menos de un año) no permite por ahora emitir mayores conclusiones.

2. LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DE LAS PRUEBAS DE OFICIO ANTES DE LA LEY N° 30293

El texto originario del artículo 194 del CPC (que estuvo vigente durante más de 20 años) establecía lo siguiente:

“Artículo 194.- Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes.

Excepcionalmente, el juez puede ordenar la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial”.

Con base en este texto originario, esto es en virtud de su interpretación y aplicación, se presentaron diversas cuestiones controvertidas relevantes sobre pruebas de oficio, las mismas que se fueron identificando en sede judicial a partir de la praxis, a saber:

- i) *Pruebas de oficio: ¿facultad o deber?* La jurisprudencia se había encargado de presentar cuando menos dos tendencias: una que la estimaba facultativa o voluntaria, y la segunda que la estimaba un deber. En el primer caso se

entendía como una facultad (carácter voluntario), y por tanto la orden de actuar pruebas de oficio quedaba al arbitrio del juez. En el segundo caso, se entendía como un deber, es decir el juez debía ordenarlas para resolver con convicción, siendo ejemplo de esta última línea de trabajo las resoluciones de segunda instancia que anulaban las resoluciones apeladas de primera instancia por no haberse actuado pruebas de oficio, disponiéndose que se actúen determinados medios de prueba.

- ii) *Inimpugnabilidad de la resolución que ordena pruebas de oficio*: En esta materia se ha identificado aquella jurisprudencia que no ha permitido ningún tipo de impugnación contra las resoluciones que ordenan pruebas de oficio, a partir de una lectura literal del texto originario del artículo 194 del CPC. En efecto, para esta jurisprudencia poco importaba si la resolución citada contaba o no con motivación suficiente o si respetaba o no los principios del derecho probatorio o el derecho de defensa. Lo importante era que no se podía impugnar (vía nulidad o apelación) por prohibirlo la norma.
- iii) *A qué juez le corresponde la orden de actuar pruebas de oficio*: En la praxis se identificó una marcada tendencia a estimar que las pruebas de oficio solo debía ordenarlas el juez de primera instancia, mientras que cierta jurisprudencia (minoritaria, incluyendo a la emitida por la Corte Suprema) estimaba que podía ser ordenada incluso por los jueces de segunda instancia. La idea de que la orden solo podía ser dada por el juez de primera instancia, generó evidentemente una mayor duración de los procesos, habiéndose identificado casos donde esta tendencia trajo como consecuencia que se anule dos o tres veces la sentencia de primera instancia, lo que solo implicaba más costos y años de duración del proceso.
- iv) *Pruebas de oficio y doble instancia*: Una mayoritaria línea jurisprudencial había sostenido que la segunda instancia no debía ordenar pruebas de oficio porque debía asegurarse al justiciable su derecho al doble grado en la valoración de los medios de prueba. Otra vez, con esta idea se seguía sosteniendo que las pruebas de oficio solo debía ordenarlas el juez de primera instancia, con lo cual la duración del proceso se prolongaba más, sobre todo cuando la segunda instancia anulaba la sentencia de primera instancia por no haberse ordenado pruebas de oficio en el primer grado. En muchos casos esto se convertía en un “círculo vicioso”, pues se anulaba la sentencia de primera instancia “por este defecto” en dos o más ocasiones, lo que implicaba más costos y años de duración del proceso.
- v) *Límites a la actuación de pruebas de oficio*: También se advirtió en una praxis recurrente que la actuación de pruebas de oficio se había venido

realizando sin observar de modo adecuado los principios del derecho probatorio o los derechos de defensa de las partes. En efecto, no se advertía si con las pruebas de oficio se estaba o no reemplazando a las partes en su carga de probar, o si la prueba de oficio derivaba o no de la fuente de prueba (daba lo mismo si la fuente de prueba era o no citada por las partes), o si la prueba de oficio se relacionaba o no con el objeto del proceso (puntos controvertidos), o si respetaba o no el derecho de contradicción de las partes, o si la resolución que ordena pruebas de oficio está o no suficientemente motivada. En esa praxis nada de esto importaba para ordenar la prueba de oficio, a pesar de tratarse de temas relevantes que forman parte del ordenamiento jurídico, y que tienen que ver con principios del derecho probatorio y el derecho de defensa de las partes.

3. EL NUEVO ESCENARIO DE LAS PRUEBAS DE OFICIO DESPUÉS DE LA LEY N° 30293

En el numeral anterior se han puesto de manifiesto algunas de las cuestiones controvertidas y principales que sobre pruebas de oficio se había identificado en sede judicial sobre la base del texto originario del artículo 194, las mismas que merecían ser solucionadas en aras de un proceso justo y acorde con la tutela efectiva.

En las líneas siguientes aportaremos ideas referidas al nuevo texto del artículo 194 del CPC, derivado de la Ley N° 30293. Esta disposición contiene diversas normas que se encargan de regular los aspectos controvertidos antes señalados.

Las nuevas reglas que trae este texto legal son las siguientes:

- a) *Precisa el carácter excepcional de las pruebas de oficio:* Esto significa que se mantiene la regla general de que la carga de la prueba corresponde a las partes (tal como lo informa el principio de autoresponsabilidad probatoria consagrado en el artículo 196 del CPC), debiendo actuar el juez en materia probatoria solo de manera excepcional, y siempre que se presente el supuesto de hecho contemplado en el artículo 194, esto es cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción.
- b) *Dispone que las pruebas de oficio las ordena el juez de primera instancia y el de segunda instancia:* Este precepto dispone que una prueba de oficio sea ordenada y actuada no solo en primera instancia, sino también en segunda instancia. Ello es perfectamente posible ahora, debiendo cuidarse de no vulnerar el derecho de defensa de las partes, dictar una resolución motivada, y respetar los límites de la actuación de las pruebas de oficio.

A nuestro juicio, con la actuación de pruebas de oficio en segunda instancia no se vulnera o afecta el derecho a la pluralidad de instancias, pues es evidente que dicha actuación oficiosa ocurre solo cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes devienen insuficientes para formar convicción en el juez, es decir tiene carácter excepcional.

Esta misma excepcionalidad sucede con el ofrecimiento y posterior actuación de medios de prueba en atención a las reglas del artículo 374 del CPC, que permite ofrecer medios de prueba con el recurso de apelación. Si se ofrece en la apelación es evidente que no fueron valorados en la sentencia dictada en primera instancia, mas ello no implica que se vulnere el doble grado.

Otro supuesto de excepcionalidad que contempla el CPC está en el artículo 190 *in fine*, en virtud del cual el medio de prueba no admitido en primera instancia debe ser actuado en segunda instancia si ya se dictó sentencia en primera instancia. En este último supuesto, el medio de prueba solo será valorado en segunda instancia, y dado su carácter excepcional tampoco puede asumirse que se vulnera el doble grado en la valoración de la prueba.

En consecuencia, la regla general de la doble instancia para la valoración de la prueba se mantiene, y solo por excepción a ella no será observada, como sucede con la prueba de oficio ordenada en segunda instancia o en los casos que regula el artículo 374 o el artículo 190 parte final del CPC. Decimos entonces que la excepción confirma la regla, y por eso no cabe hablar de vulneración de este derecho a la doble instancia, que por lo demás, como todo derecho fundamental, no es absoluto, sino que admite excepciones, tal como se ha explicado.

- c) *Establece que la prueba de oficio constituye un deber*: Habíamos dicho que en sede nacional el debate era en torno a si la orden para actuar pruebas de oficio era una facultad o un deber. Nos parece que este debate termina con la actual redacción que tiene el artículo 194, al establecer que el juez *ordenará* la actuación de medios probatorios adicionales y pertinentes cuando los medios ofrecidos por las partes no sean suficientes para formar convicción. El término *ordenará* es de carácter imperativo, y si consideramos el sistema procesal publicístico al que está adscrito nuestro Código, nos parece que el juez ahora tiene el deber de ordenar pruebas de oficio cuando los medios probatorios ofrecidos y aportados por las partes no le causan convicción, claro está respetando y observando los límites previstos en la misma norma.

En esta línea de la prueba de oficio como un deber del juez, tenemos la opinión de Reynaldo BUSTAMANTE (2011: pp. 68-69), quien sostiene lo siguiente:

“En efecto, no debe pensarse que el deber de los jueces de admitir, practicar y valorar debidamente los medios probatorios deriva únicamente del derecho a probar de las partes, pues en el caso de los procesos modernos adscritos al sistema publicístico, y por lo tanto, que recogen el principio inquisitivo (en virtud del cual el juez investiga los hechos por propia iniciativa hasta el punto de poder ordenar de oficio la incorporación al proceso de los medios probatorios que crea conveniente y su posterior actuación), dicho deber deriva directamente –en nuestra opinión– de los principios y valores que fundan el ordenamiento jurídico e inspiran la Constitución y la ley. Siendo más precisos, consideramos que se trata de un poder-deber proveniente de la propia función jurisdiccional pues, pese a que la carga de probar corresponde a las partes, el juez no puede ejercer eficazmente su función si no cuenta con las facultades o potestades suficientes que le permitan investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y teniendo en cuenta que hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y conforme a derecho, tal facultad o poder se convierte en un deber del juez para su realización”.

- d) *Preceptúa que la prueba de oficio debe respetar el principio de pertinencia de los medios de prueba:* Como se sabe, las partes no solo deben alegar los hechos, sino que además deben probarlos, tal como lo establece el principio probatorio de autoresponsabilidad consagrado en el artículo 196 del CPC. Pero en el proceso no deben probarse todos los hechos, sino solo los controvertidos, tal como se señala en las reglas del artículo 190 del mismo Código, que determina lo que no debe probarse en el proceso.

Si la regla es que solo deben probarse los hechos que conforman el objeto de prueba, y que el juez debe admitir aquellos medios probatorios pertinentes para tal efecto, lógico es que la actuación de las pruebas de oficio debe respetar dicha regla y respetar el principio probatorio de pertinencia, pues en caso contrario se podría llegar al absurdo de que en uso de ese poder los jueces podrían generar actividad probatoria respecto a hechos que no deben probarse, o a hechos que no han sido alegados, o a hechos que no tienen relación con la materia controvertida del proceso, propiciando con ello dilación y dispendio de recursos del Estado y de las mismas partes, pero todo esto no debe suceder.

- e) *Determina que para ordenar pruebas de oficio, las partes debieron haber citado la fuente de prueba:* La fuente de prueba está constituida por las personas y cosas relacionadas con los hechos materia del proceso, que se encuentran en una etapa preprocesal. La fuente de prueba, una vez que se

inicia el proceso, podría ser ofrecida por las partes para probar sus afirmaciones, para cuyo propósito se recurre a los medios de prueba, que son los instrumentos para demostrar lo que se alega.

Son las partes quienes deben remitirse a la fuente de prueba para ofrecer sus medios probatorios. Si la fuente de prueba ha sido citada en el proceso por lo menos por una de las partes, sin haberla ofrecido como medio de prueba, el juez sí está autorizado a ordenar su actuación de oficio tal como ahora lo prevé el artículo 194. Fuera de esta opción, el juez debería abstenerse de ordenar pruebas de oficio, pues de acudir a la fuente de prueba que pertenece a las partes, sin que ellas la hayan citado, podría terminar haciendo por las partes lo que les correspondía como carga probatoria, esto es, podría terminar reemplazándolas, lo que afecta el principio de imparcialidad.

- f) *Prohíbe que con las pruebas de oficio el juez reemplace a las partes en su carga de probar:* La orden para actuar pruebas de oficio procede solo si el juez, con las pruebas ofrecidas por las partes, no llega a tener convicción sobre la materia controvertida; solo en tal supuesto ordenará la actuación de medios probatorios adicionales. Lo adicional supone que en el proceso las partes han cumplido con su carga de probar, es decir, que han cumplido con ofrecer los medios probatorios para acreditar sus afirmaciones, pero a pesar de ello el juez estima necesario actuar, además, otras pruebas. Asumir la posición contraria, esto es, que el juez podría usar su poder probatorio aun cuando las partes no cumplieron con su carga de probar, podría implicar que el juez termine haciendo por las partes lo que la ley les impone como una carga, con lo cual se desnaturalizaría la esencia del proceso mismo y perdería su imparcialidad.
- g) *Establece que la actuación de pruebas de oficio debe asegurar a las partes el derecho de contradicción de la prueba:* La actividad probatoria se rige por diversos principios propios del Derecho probatorio (pertinencia, utilidad, conducencia, licitud, contradicción, etc.), los que sirven de guía y pauta para su correcto desarrollo, donde lo fundamental es el respeto al debido proceso legal y al derecho de defensa de las partes. Uno de esos principios probatorios es el de contradicción de la prueba, que implica, de un lado, el derecho de las partes a conocer las pruebas del oponente, y de otro, el derecho a cuestionarlas. Ello significa que la actividad probatoria debe ser absolutamente transparente, nada puede hacerse en el proceso de manera oculta o secreta.

Cuando los jueces ordenan la actuación de pruebas de oficio también deben observar y cumplir con este principio de contradicción, no siendo

válido asumir como argumento para justificar su inobservancia, la inimpugnabilidad contenida en el artículo 194 del CPC, pues ello importaría aceptar que puede hacerse actuación oficiosa de pruebas aun vulnerando este derecho fundamental de los justiciables, mas ello es absolutamente inadmisibile.

- h) *Precisa que la resolución que ordena pruebas de oficio debe estar motivada, bajo sanción de nulidad:* Aun cuando pudiera decirse que este mandato legal es redundante, porque viene impuesto desde la Constitución en su artículo 139 inciso 5, o en virtud del artículo 50 inciso 6 del CPC, lo cierto es que su existencia se justifica plenamente porque a pesar de esos mandatos lo usual en la praxis había sido que se ordene pruebas de oficio sin motivación alguna, y sin opción de impugnación por la absurda idea de inimpugnabilidad de este tipo de decisiones; ahora no solo está prohibido ordenar pruebas de oficio sin emitir una resolución motivada, sino que se permite a la parte agraviada la posibilidad de impugnar, con lo cual deben corregirse los defectos anotados.
- i) *Establece que la resolución que ordena pruebas de oficio es inimpugnable, siempre que respete los límites fijados en la norma:* La absurda idea y praxis de la inimpugnabilidad de la resolución que ordena pruebas de oficio, se había constituido en un modo “autorizado” para afectar el derecho de defensa o los principios del Derecho probatorio o los límites a ese poder probatorio de los jueces. De allí que se ponían en práctica sin ningún tipo de parámetro. Ahora la inimpugnabilidad no es tal, pues la norma actual precisa que la resolución que ordena pruebas de oficio debe respetar los límites fijados en la norma, que no son otros que el derecho de defensa, la motivación, los límites a su actuación y los principios del Derecho probatorio. Ahora sí podrá ejercerse por los justiciables un debido control sobre el correcto uso de las pruebas de oficio por los jueces, con lo cual puede decirse que este poder ya no está exento de control intra proceso.
- j) *Prohíbe anular sentencias por no haberse actuado pruebas de oficio en primera instancia:* El texto vigente del artículo 194 prescribe que las pruebas de oficio las ordena el juez de primera y de segunda instancia; esto significa que todo juez de segunda instancia tiene suficientes poderes probatorios para ordenar la actuación de pruebas de oficio, y es por ello que ahora ya no cabe anular la sentencia para que sea el juez de primera instancia quien haga esa tarea. El juez de segunda instancia debe dictar las medidas necesarias para actuar la prueba que considere pertinente, y decidir sobre el fondo de la controversia, con lo cual se evita la dilación, disminuyen los costos del proceso y se atiende a los fines concreto

y abstracto del proceso. También Eduardo COUTURE (1958: pp. 359-360) nos habla que los jueces de la apelación pueden ordenar las pruebas para mejor proveer:

“El principio de que la prueba debe producirse plenamente en primera instancia, es absoluta. (...). En la segunda instancia solo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales la imposibilidad de incorporación al juicio en la primera instancia era insuperable; la enumeración es taxativa y la reapertura del periodo probatorio configura la excepción rigurosa. (...), la segunda instancia no es renovación, sino revisión de la primera. Cabe aclarar que dicha solución rige en lo que se refiere a las partes y a su posibilidad de enmendar los errores de la instancia inferior. Pero no supone, en manera alguna, reducir los poderes del juez. *El juez de la apelación podrá ordenar pruebas para mejor proveer, utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes o por el juez de primera instancia, etc.* En estos dos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de Derecho, nada se modifica y rigen los principios generales” (cursivas nuestras).

4. OPINIONES DOCTRINARIAS SOBRE LA REFORMA LEGAL DEL ARTÍCULO 194

Con relación a la modificación referida a las pruebas de oficio en sede nacional se ha podido ubicar las siguientes opiniones:

Enrique PALACIOS PAREJA sostiene lo siguiente:

“Otra modificación importante es la referida a la prueba de oficio. Se ve con mucha frecuencia que los jueces en grado de apelación o incluso la Suprema, en casación anulan sentencias inferiores, pues consideran que los jueces de instancia inferior debieron haber ordenado de oficio la actuación de medios probatorios. El artículo 194 en su reciente modificación está disponiendo expresamente que no se pueden haber anulado sentencias por no haberse actuado medios probatorios de oficio. Me parece que tiene sentido, porque si la sentencia del juez está debidamente motivada con la prueba actuada en el proceso, aportada por las partes, no hay razón para anular la sentencia. Él está convencido y su decisión motivada por los medios probatorios actuados; por lo tanto, si el Superior considera que debe ordenar de oficio un medio probatorio adicional, que lo haga. Eso establece el artículo 194 del Código Procesal, medida sana en mi opinión”.

Por su parte, el profesor Nelson RAMÍREZ JIMÉNEZ (2015) sostiene lo siguiente:

“Es importante la modificación del artículo 194 del CPC, pues precisa la incorporación de pruebas por iniciativa del juez. En primer lugar, solo podrá hacerlo cuando la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso, con lo cual se impide que actúe pruebas ajenas a las alegaciones. Se exige, además,

una motivación debida para justificar esta iniciativa del juez. Lo más importante que estimo es la prohibición de declarar nulidades con el argumento de no haberse actuado una prueba de oficio, práctica común de los órganos revisores, especialmente a nivel de la Corte Suprema. ¡Muy bien!”.

HURTADO REYES afirma que (2015: p. 275):

“Los poderes probatorios del juez dieron un vuelco importante en la legislación procesal civil peruana con la modificación con el artículo 194, con ella se perfiló un uso condicionado de la prueba de oficio (excepcionalidad, asegurar la contradicción, entre otros elementos ya analizados), quedando de lado la posibilidad de un uso indiscriminado y arbitrario de este mecanismo por parte del juez, impidiendo se comporte como abogado de las partes al asumir la carga probatoria de estas”.

El profesor Luis ALFARO VALVERDE (2015: p. 269) señala lo siguiente:

“Luego de analizar los aspectos más resaltantes de la versión reformada del artículo 194 del CPC, es posible colegir que estos no constituyen meras enmiendas formales o superficiales, como ha sucedido con otras enmiendas legales, sino que se trata de verdaderos cambios cualitativos o sustanciales, tanto en la estructura como en la función de los poderes probatorios del juez. Inclusive me atrevería a sostener una redefinición, esto es, desde el sentido más básico de la palabra: volver a definir estableciendo nuevas categorías, especialmente si se tiene en cuenta los criterios de aplicación, como el principio de audiencia sobre la prueba, la restricción del juez únicamente sobre las fuentes de prueba y la consideración al criterio de pertinencia vinculado a los puntos controvertidos (...).

Se debe reconocer que la reforma ha mejorado en gran medida la estructura y función de los poderes probatorios del juez; empero no ha solucionado todos los problemas, quedan todavía algunas cuestiones pendientes por resolver, por ejemplo: ¿en qué momento del *iter* procesal es el más idóneo para utilizarse?, ¿qué medios de prueba pueden disponerse?, ¿cuántas veces pueden utilizarse en el proceso?, ¿pueden las partes sugerir el uso de esta potestad? Esperamos que luego de la reforma los jueces desplieguen una nueva tendencia jurisprudencial, sensible a los derechos fundamentales procesales y a la función del proceso, que no solo apliquen adecuadamente dicha iniciativa probatoria, sino que proporcionen soluciones a estos y otros problemas que se presentan en la práctica jurisdiccional (...).

Por su parte, el profesor PRIORI manifiesta:

“La ley apuesta por un proceso que respete de mejor modo todos los derechos fundamentales del proceso. Trata de acercar la justicia sobre el fondo, eliminando los formalismos. La gran mayoría de las modificaciones tiene ese fin: se elimina un requisito formal de la acumulación (como la de la misma vía procedimental) pues se apuesta por la solución integral del problema, antes que el respeto a formas procesales; se exige la motivación de la decisión del juez

de aportar prueba, y si el juez no lo hace se le permite a la parte cuestionar esa decisión (se elimina con ello la sensación de arbitrariedad que le queda al ciudadano cuando el juez incorpora una prueba sin decir por qué); se permite el ofrecimiento de medios de prueba sobre hechos nuevos en todos los procesos (pues la realidad no se detiene en los sumarísimos, en los que el legislador había prohibido la prueba sobre hecho nuevo); se permite la prueba sobre hechos nuevos en apelación de todos los procesos; se permite la modificación de la demanda, a pesar que la pretensión modificada no sea exactamente la misma que aparece en el acta de conciliación. Se apuesta por un proceso que dé tutela efectiva y no por uno sumiso a las formalidades” (cursivas nuestras).

5. PRINCIPALES CONCLUSIONES

- La reforma del artículo 194 del CPC ha tenido como fuente de inspiración a la realidad misma, esto es a la praxis judicial, que es donde se ha identificado la situación problemática sobre esta materia.
- El nuevo texto del artículo 194 contiene un conjunto de normas que apuntan a la solución de determinadas cuestiones controvertidas que en materia de pruebas de oficio se había identificado en sede judicial, con lo que podemos decir que la nueva regulación propicia que viejos problemas que agobiaron a los actores del proceso queden superados, para cuyo fin es fundamental el compromiso de dichos actores.
- Las nuevas reglas (en este trabajo se apuntan diez reglas) sobre pruebas de oficio van de la mano con el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, y con la disminución de los costos del proceso y de la carga procesal del Poder Judicial.
- Sin perjuicio de lo señalado, es claro que solo el tiempo dirá si la solución ha sido correcta, o es necesario hacer reajustes, sobre todo respecto a cuestiones no abordadas en la reforma u otras que van a aparecer con motivo de ella. Es tarea de los estudiosos y comprometidos con el buen proceso, identificar estas materias y aportar a su solución.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALFARO VALVERDE, Luis (2015): “Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las ‘pruebas de oficio’”. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, N° 23. Lima: Gaceta Jurídica; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2011): “El Derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Materiales de Derecho Procesal Civil*, Décimo Cuarto PROFA, AMAG, Lima; COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma; HURTADO REYES, Martín Alejandro (2015): “La prueba de oficio a partir de la modificación del artículo 194 del Código Procesal Civil”. En: *Gaceta Civil & Procesal*

Civil, N° 25; MARTEL CHANG, Rolando A. (2015): *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Lima: Pacífico; PALACIOS PAREJA, Enrique (2015): “Entrevista a Enrique Palacios acerca de las modificaciones al Código Procesal Civil”. En: *Ius 360*. Disponible en: <<http://www.ius360.com/publico/procesal/entrevista-enrique-palacios-acerca-de-las-modificaciones-al-codigo-procesal-civil/>>; RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson (2015): “Cambios en reglas para la acumulación darán celeridad”. En: *Peruweek*. Disponible en: <<http://www.peruweek.com/cambios-en-reglas-para-la-acumulacion-daran-celeridad/>>; PRIORI POSADA, Giovanni (2015): “La reciente reforma del proceso civil peruano ¿realmente tendremos procesos más rápidos?”. En: *Ius 360*. Disponible en: <<http://www.ius360.com/publico/procesal/la-reciente-reforma-del-proceso-civil-peruano-realmente-tendremos-procesos-mas-rapidos/>>.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es necesario examinar la conducta y personalidad de la progenitora a través de una evaluación psicológica cuando se denuncia una conducta impropia de la madre, que debe analizarse determinadamente para determinar a quién debe corresponder la tenencia y custodia del menor, más aún, si el juez como director del proceso en el supuesto de la existencia de pruebas insuficientes puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales, pues debe primar el interés superior del niño (*Cas. N° 1031-2009-Lima*).

En el tema sobre ofrecimiento y admisión de medios probatorios el Juzgador puede considerar también los fines concreto y abstracto del proceso contemplados en el artículo 111 del Título Preliminar del Código Procesal Civil; en cuya virtud, a fin de resolver el conflicto de intereses el juez puede hacer uso de la facultad de oficio, prevista en el artículo 194 del CPC y así ordenar mediante decisión motivada e inimpugnable la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes, lo que consiste, entre otros, en admitir expresamente los que considere relevantes para resolver el conflicto; decisión que debe efectuarse a través de resolución debidamente motivada e inimpugnable; por consiguiente, debe revisarse si la pericia de parte valorada por los Juzgadores ha cumplido con los requisitos de ley o si, en su defecto, su admisión y actuación ha obedecido a disposición de oficio del juez previa resolución motivada (*Cas. N° 664-2006-Lima*).

Como director del proceso, es deber del juez enumerar los puntos controvertidos teniendo en consideración lo expuesto por las partes, y en especial los que serán materia de prueba. Además, es obligación del a quo agotar los medios probatorios necesarios que le produzcan certeza sobre los hechos materia de discusión, desentrañando la verdad de los hechos, prefiriendo la realidad sobre la apariencia, pues está obligado a fundamentar razonable y congruentemente sus decisiones, contando para ello además con la facultad de ordenar de oficio la actuación de medios probatorios que sean necesarios para producirle certeza y convicción (*Cas. N° 578-2003-Chincha*).

Es deber del juez enumerar los puntos controvertidos teniendo en consideración lo expuesto por las partes, y en especial los que serán materia de prueba. Asimismo, es obligación del A-quo agotar los medios probatorios necesarios que le produzcan certeza sobre los hechos materia de discusión, desentrañando la verdad de los hechos, prefiriendo la realidad sobre la apariencia, pues está obligado a fundamentar razonable y congruentemente sus decisiones, contando para ello además con la facultad de ordenar de oficio la actuación de medios probatorios que sean necesarios para producirle certeza y convicción (*Cas. N° 805-2003-Chincha*).

Artículo 195 | **Intérprete**

El juez designará intérprete para actuar los medios probatorios cuando la parte o el testigo no entiendan o no se expresen en castellano. La retribución del intérprete será de cargo de quien lo ofreció, sin perjuicio de lo que se resuelva oportunamente en cuanto a costas.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 19, C.R.C. arts. VI, 130 inc. 7, 194; C.P. arts. 371, 409; L.O.P.J. art. 15.

Alexander Rioja Bermúdez

El intérprete es la persona que posee conocimientos de otro idioma y se encuentra en la aptitud para realizar la traducción exacta, fidedigna y responsable del documento que se le pone en sus manos.

Respecto de los documentos en idioma distinto del castellano, será necesario que se acompañe su traducción oficial correspondiente o de perito teniendo en cuenta la lista confeccionada por el Consejo Ejecutivo del Distrito Judicial respectivo, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Ello permite garantizar el derecho de defensa de las partes a fin de que se pueda conocer el contenido exacto de un documento que no esté en idioma oficial, además de la idoneidad de la persona que realiza la correspondiente traducción.

El artículo 241 del CPC establece que los documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito comprendido en el artículo 268, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Esta norma otorga la posibilidad a las partes que no limiten sus medios probatorios solamente a aquellos que se encuentran en idioma castellano, máxime cuando existe una pluralidad de culturas en nuestra sociedad y cuando la Carta Política no reconoce solamente al castellano como único idioma oficial, caso contrario habría un grave atentado al debido proceso, al limitarse el derecho a probar, lo que puede hacerse siempre y cuando acompañe su traducción correspondiente.

En el supuesto de que la traducción fuera impugnada, el impugnante debe indicar expresamente en qué consiste el presunto defecto de traducción. Y en su caso deberá acreditar su impugnación con medio probatorio idóneo en el que se acreditó lo afirmado por este, no bastará con su sola afirmación, más aún si esta es realizada por un profesional idóneo. Si el juez llega a la convicción que la impugnación

tiene asidero, debe designar otro traductor, cuyos honorarios los pagará el impugnante. Si la observación resultara maliciosa, se le impondrá una multa, la norma procesal no ha fijado ni el mínimo ni el máximo de la misma.

Al respecto encontramos en sede judicial el siguiente pronunciamiento: “En los conocimientos de embarque, a pesar de encontrarse el formato en idioma extranjero, en algunos ítems se han consignado además palabras equivalentes del idioma español, ello no exime a la accionante de la obligación de la traducción oficial, tal como señala el artículo 241 y 268 del Código Procesal Civil (Exp. N° 346-01, 4ª Sala Civil de Lima, 19/09/01, citado por LEDESMA, 2005: p. 466).



BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2005): *Jurisprudencia actual*, tomo 6. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 196

Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 193, 1969; C.P.C. arts. 197, 279, 440, 501; L.P.T. art. 23.

Raffo Velásquez Meléndez

1. ACERCAMIENTO LINGÜÍSTICO-CONCEPTUAL

Se suele definir a la carga como el “imperativo de conducta en beneficio propio”. Sin embargo, una definición más adecuada a este caso sería: la situación jurídica subjetiva pasiva cuya realización depende de su titular para la *posible* obtención de un determinado beneficio, sin que medie ningún tipo de comportamiento correlativo por la parte pasiva y sin coerción por el ordenamiento jurídico.

La parte enfatizada de la definición se debe a que en materia probatoria la carga incita a cumplir cierta conducta, para así aumentar la probabilidad de lograr un beneficio propio, es decir, para elevar las opciones de obtener un pronunciamiento favorable. Pero el ejecutar la carga no asegura que se alcance aquel beneficio.

Esto podría ser una crítica indirecta al artículo 196 del CPC pues usa la sumilla “carga de la prueba” para regular algo que no se ajusta del todo a la noción de “carga” que en la doctrina, se caracteriza por establecer la realización de cierta conducta a fin de alcanzar un beneficio o interés propio, de modo que si no se realiza la conducta, se sufrirán consecuencias negativas. En ese orden, Vitor DE PAULA RAMOS (2015: pp. 370-371) sostiene que en materia probatoria no calza el concepto de “carga”, pues ofrecer pruebas da más opciones de ganar el caso, pero no asegura que se alcance ese beneficio. Incluso un rebelde que no contestó la demanda, ni ofreció pruebas, puede ganar si su contraparte no superó el estándar de prueba establecido, si el demandante no logró probar. Por lo tanto, ofrecer pruebas o no, no aparece como efecto un beneficio, tal como ocurre con la idea clásica de las “cargas”. La llamada “carga de la prueba” será por tanto una medida que incentiva o desincentiva el actuar probatorio de las partes y no “cargas” propiamente dichas.

Pero esta aclaración es solo conceptual y no normativa, por lo que es insuficiente para replantear la interpretación o el entendimiento del artículo 196 del CPC, por lo que seguiremos hablando de “carga de la prueba” como aquella medida

normativa que prevé una conducta, cuya realización eleva la posibilidad de alcanzar un fallo favorable, sin asegurarlo.

2. SENTIDO DE LA CARGA DE LA PRUEBA: EVITAR FALLOS *NON LIQUET*

En materia probatoria, la carga de la prueba está pensada para aplicarse al final del proceso, si y solo si, al sentenciar el juez se encuentra en un estado de incertidumbre sobre los hechos del caso. Y es que a pesar de esa incertidumbre el juez tiene el deber de sentenciar, por lo que su dilema es resuelto por las cargas de la prueba que indican cuál de las partes padecerá las consecuencias de la insuficiencia probatoria.

Esta extensa pero bella cita de CALAMANDREI (1961: p. 116) lo explica de mejor manera:

“El juez aun cuando los resultados de las pruebas no hayan sido tan exhaustivos y decisivos para eliminar de su conciencia toda duda, no puede salir del compromiso con un *non liquet*, y debe siempre emitir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre los hechos controvertidos. Después de haber agotado todas las investigaciones e intentado todas las hipótesis en torno a uno de aquellos enigmas del pasado, que por falta de fuentes seguras están acaso destinados a permanecer sin solución, el historiador cauto y concienzudo podrá llegar a la conclusión de que el problema es insoluble, y confesar honestamente que él no ha conseguido formarse al respecto una opinión segura; y este estado de duda no solo disminuirá sino que hará apreciar más su seriedad de estudioso. Pero el juez no podría, sin faltar a su deber, permanecer en suspenso entre el sí y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decidirse. El juez, en aquellos casos en que el historiador permanecería en la incertidumbre, debe a toda costa llegar a una certeza oficial; y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos (...) en el proceso penal, el principio *in dubio pro reo*, en virtud del cual el juez está obligado a proclamar oficialmente inocencia a aquel respecto de quien, como historiador, se limitaría a decir, que entre su inocencia y su culpabilidad, no podía decidirse a tomar partido”.

De lo señalado se deduce claramente que el fundamento de la carga de la prueba es evitar pronunciamientos *non liquet*, lograr un pronunciamiento que resuelva la controversia y elimine la incertidumbre.

3. DIMENSIONES OBJETIVA Y SUBJETIVA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Solo si el juez no tiene claro si un hecho ha sido probado, deberá aplicar el artículo 196 del CPC. Esto es, identificará cuál de las partes afirmó el hecho y no lo acreditó, para resolver en contra de esa parte, o, resaltará qué parte invocó hechos nuevos para contradecir otros y, si esos nuevos eventos no fueron acreditados, resolverá en contra de quien los postuló.

Por eso es que, *stricto sensu*, la carga de la prueba es una regla que se aplica al momento en que juez va a decidir, es principalmente una regla de juicio y no una regla que estatuye quién debe probar. No se aplica, y ni siquiera se piensa en ella, cuando el juez no afronta un estado de incertidumbre sobre los hechos controvertidos. En ese sentido, BARBOSA MOREIRA (1998: p. 75) señala:

“El órgano jurisdiccional solo tiene que preocuparse, en rigor, en el aspecto objetivo de la carga de la prueba, no en su aspecto subjetivo. Ahora, semejante preocupación, como se comprende con facilidad, no ha de asaltar el espíritu del juez durante la instrucción de la causa, sino solo cuando, después de cerrada la recolección de las pruebas, haya llegado el instante de valorarlas para decidir”.

Lo que pasa es que la consecuencia práctica de esa regulación es que en el transcurso del proceso las partes “sentirán” la necesidad de probar sus hipótesis para no padecer el yugo de las cargas probatorias por incertidumbre. Esto bien puede justificar un estudio aparte, pues desde el análisis psicológico del derecho podría afirmarse que el sistema procesal apela a la aversión al riesgo de las partes para incentivarles a ofrecer el mayor material probatorio posible, pues no estarán dispuestas a asumir el riesgo de perder el caso por incertidumbre o insuficiencia probatoria de los hechos que invocaron para defender sus posiciones.

De cualquier manera, el deber de sentenciar del juez incluso en situaciones de incertidumbre “influye” o genera “incentivos” en las partes para que ofrezcan medios de prueba de sus hipótesis. Se genera una suerte de efecto reflejo en las partes, quienes deducen a favor de quién se va a inclinar el juez si tiene dudas sobre determinado hecho, o quién asume el riesgo de no haber suministrado el material suficiente que demuestre sus afirmaciones sobre un hecho. En ese sentido, EISNER (1991: p. 463) señala que:

“Aunque se trate de una ‘regla de juicio’ es evidente que interesa y conviene a la parte, desde el comienzo del proceso y aun antes de promoverlo, conocer cuáles son esas normas sobre distribución del peso de la prueba; ya que en consecuencia con ellas ordenará su esfuerzo, examinará sus probabilidades y hasta decidirá si asume o no el peligro de litigar”.

De ahí que ROSENBERG (2002: p. 27) sostenga que el problema de la carga de la prueba comprende dos aspectos: uno subjetivo, relacionado con los litigantes, donde se debe identificar cuál de ellos tendrá que soportar el riesgo de la afirmación no demostrada; y, el otro objetivo, dirigido al juez, sobre qué hacer cuando, a pesar de sus esfuerzos, tenga dudas sobre algunos de los hechos controvertidos. A nivel de doctrina, jurisprudencia y normativa suele destacarse más el efecto reflejo de la carga de la prueba (aspecto subjetivo) antes que el instituto en su verdadera dimensión (aspecto objetivo).

Dentro de ese marco, se puede apreciar que curiosamente el artículo 196 del CPC estatuye qué parte tiene la carga de probar tal o cual hecho, resaltando el aspecto subjetivo del instituto y no su aspecto objeto que es el más trascendente y del cual se deriva, como efecto reflejo, el aspecto subjetivo.

4. CARGA DE LA PRUEBA COMO PARTE DEL ESTÁNDAR DE PRUEBA CIVIL

Un adecuado entendimiento de la carga de la prueba exige comprender también el estándar de prueba que delimita sus alcances. En el ámbito penal, el legislador fija un estándar (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal) que exige una suficiencia probatoria que vaya “más allá de toda duda razonable”. Mientras que en materia civil no hay ningún estándar de prueba fijado. Solo el artículo 197 del CPC prevé tímidamente que los jueces valoran las pruebas según los criterios de la sana crítica o de libre valoración de las pruebas, es decir, que son autónomos para valorar (decidir el peso y pertinencia) el instrumental probatorio. Aunque no es una libertad absoluta, sino que responde a cierta racionalidad, pues sería inadmisibles, por ejemplo, “dejar que el juzgador eligiera la versión de los hechos que esté menos apoyada en los medios de prueba” (TARUFFO, 2008: p. 138). Por eso se hace necesario que exista un umbral de suficiencia, que fije la línea entre lo probado y lo no probado. Tal umbral es lo que se conoce como estándar de prueba.

Nuestra hipótesis es que en materia civil debe regir el estándar de la “preponderancia de la prueba” como regla general, esto es, la parte que tiene la carga de probar debe acreditar que el hecho alegado ocurrió con una probabilidad mayor al 50%. Solo si supera ese estándar, se tendrá por acreditadas sus aseveraciones, satisface la carga de probar. De no superar el estándar, se tendrá por no acreditada su hipótesis y de alcanzar solo el 50% generando incertidumbre al juez, este aplicará la carga y tendrá por no acreditadas sus afirmaciones.

Tomemos el caso *Betty Smith v. Rapid Transit* de 1945 que analiza Frederick SCHAUER (2003: pp. 80-82). La Sra. Smith manejaba a la 1:00 a.m. su auto cuando

colisionó con otro que se fugó. Los testigos y la Sra. Smith tenían certeza de que se trataba de un bus azul, la actora probó que el 80 % de los buses azules eran de Rapid Transit, que sus buses eran los únicos autorizados para prestar el servicio de transporte por esa vía y que tenían salidas programadas cada 30 minutos entre las 12:10 a.m. y las 2:30 a.m. Sin embargo, la Corte Suprema de Massachusetts desestimó la demanda señalando que la licencia exclusiva de Rapid Transit “no impedía que otros buses privados o contratados hicieran uso de esa calle, por lo que el autobús en cuestión pudo ser de una empresa distinta al demandado” y que si bien las probabilidades matemáticas favorecían la hipótesis de la actora, no era suficiente para generar certeza sobre la misma.

Esta sentencia fue criticada pues es errado aplicar el típico estándar penal, “prueba más allá de toda duda razonable”, para resolver una causa civil. Tal valoración quiebra la simetría procesal que debe existir entre las partes, pues se perjudicó a una de las partes imponiéndole un estándar elevado de prueba (la Sra. Smith debía probar “más allá de toda duda razonable”) y se benefició al otro con un estándar benevolente (Rapid Transit debía probar solo una duda razonable). Una solución justa en los casos civiles es que la distribución del grado o estándar de la prueba sean distribuidos por igual entre las partes, lo que podría lograrse si cada parte debería probar como mínimo el 50 % de probabilidades de la ocurrencia del hecho que alega. Y es que, por lo general, en materia civil no existen razones para beneficiar a una parte y perjudicar a otra.

Tal estándar, sin embargo, no puede ser perfectamente simétrico, pues daría lugar a empates (ambas partes podrían acreditar un evento con un 50 % de probabilidades), pero tampoco debe alejarse mucho de aquel ideal para no quebrar el tratamiento paritario entre las partes (sobre la preponderancia de la prueba como un método que genera una distribución más equitativa de riesgos de error: PARDO, 2013: p. 566). Surge así el estándar de preponderancia de la prueba, donde se considera probada una hipótesis si se acredita un hecho con más del 50 % de probabilidades, es decir, cuando se demuestra “que la hipótesis es más probable que su negación”. Naturalmente, eso significará una ligera asimetría que colocará a una de las partes en mejor posición que la otra. Para definir quién no debe estar mejor colocado en el proceso y, por ende, padecer la carga de la prueba, el legislador o el juez recurrirá a criterios valorativos o de política jurisdiccional, que son las que definirán sobre qué parte se coloca el riesgo de no superar el estándar de prueba.

Además, el estándar de preponderancia garantiza un mayor acercamiento a la verdad de los hechos, haciendo más racional la valoración probatoria. Señala ACCANTINO (2011: p. 488) que a diferencia de la prueba más allá de toda duda razonable (donde el estándar está diseñado para favorecer el error de liberar a un culpable sobre el error de condenar a un inocente), la preponderancia de la prueba

civil no está diseñada para reducir o evitar cierto tipo de errores en la valoración, sino para dar similares oportunidades a las partes de acreditar sus afirmaciones. Esto permite que ese estándar de preponderancia no renuncie, se ponga en tensión, ni entorpezca la finalidad de las pruebas: búsqueda de la verdad.

5. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA CIVIL

5.1. La regla general: cargas de la prueba fijas

La carga de la prueba puede ser distribuida entre las partes de dos maneras: fija y dinámica. En la distribución fija, la ley expresamente otorga la carga de la prueba a la parte activa o pasiva. El artículo 196 del CPC distribuye la carga de la prueba de forma fija, puesto que se establece de modo general que la parte que alegue un hecho, sea demandante o demandado, deberá probarlo.

El mismo supuesto de distribución fija se da cuando una parte alega un hecho aunque es la otra quien tiene la carga de probarlo. A veces esto suele interpretarse como una “inversión de la carga de la prueba”, sin embargo, no es más que una distribución fija de la carga, pues la contraparte y el juez se limitan a detectar que el encargado de probar cierto evento era el otro sujeto del proceso y no quien advirtió su falta de prueba. Por ejemplo, si un sujeto demanda el pago de una indemnización y el demandado se defiende sosteniendo que no existe relación de causalidad entre el daño invocado y la conducta del imputado, la carga de probar esa relación de causalidad no es del demandado (a pesar de que fue él quien advirtió el evento), sino del demandante quien, aunque no lo haya señalado expresamente, debía acreditar que concurren todos los presupuestos legales de la responsabilidad civil.

El mantener reglas fijas en la distribución de la carga de la prueba asegura que las partes puedan predecir las consecuencias de sus conductas, favoreciendo así a un proceso más justo. Desde luego pueden darse supuestos de lagunas axiológicas donde la aplicación estricta de tales reglas puede parecer injusta por no considerar ciertas situaciones especiales (ver ALCHOURRON y BULYGIN, 2006: p. 158), lo que justificaría nuevas interpretaciones, sin embargo, deben analizarse bien esos supuestos excepcionales antes de cambiar las reglas probatorias que favorecen el trato simétrico entre las partes. Ya CARNELUTTI advertía que la regla de la carga de la prueba necesita a veces ciertas matizaciones para no dar lugar a injusticias, pues en “la búsqueda de las pruebas y la narración de los hechos, el peligro está en la unilateralidad del interés de la parte, por lo que esta no solo se ve estimulada a buscar únicamente las pruebas que le son favorables, sino hasta a ocultar las pruebas contrarias”.

Es cierto que el dejar de aplicar las reglas fijas de carga de la prueba para satisfacer algún principio constitucional no implica apartarse del Derecho, sino aplicar un principio relevante del sistema que no fue tomado en cuenta en la regla (ver RUIZ MANERO 2005: pp. 123-126), sin embargo, insistimos en que tal proceder requiere extremo cuidado interpretativo, pues como denuncia SATTI (1971: p. 581) “(...) la Constitución produce en muchos juristas el efecto que los libros de caballería producían en Don Quijote”. Es peligroso usar como excusa a la Constitución para ponerse creativos en la ruptura de las reglas fijas de distribución de la carga de la prueba que, como resaltamos, procuran un trato equitativo entre las partes.

5.2. La teoría de las cargas probatorias dinámicas

5.2.1. Acercamiento a la teoría

En nuestra legislación procesal no existe ninguna habilitación al juez para asignar la titularidad de la carga de la prueba en cada caso concreto, pero, por vía jurisprudencial nuestro Tribunal Constitucional ha introducido la llamada teoría de la carga dinámica de la prueba, por lo que es necesario hacer una breve reflexión sobre la misma.

Allí sí puede hablarse de casos de inversión de la carga de prueba, pues es el juez quien, en virtud de las circunstancias del caso, justifica una nueva redistribución de la carga de la prueba. Precisamente, en algunos casos el Tribunal Constitucional consideró que las reglas fijas de la carga de la prueba son injustas y deben ser redistribuidas cuando *el material probatorio que sirve a una de las partes está en poder o a disposición de su contraparte*. De este supuesto precisamente se valen los autores argentinos y sus seguidores peruanos, para postular la llamada teoría de la carga de la prueba dinámica.

Esa teoría fue presentada por Jorge W. PEYRANO (1996: p. 1027) en las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal de 1992 celebradas en Junín-Argentina. Según esta teoría cuando el juez está en incertidumbre sobre la aceptación o no de determinados hechos debe colocar la carga en cabeza de la parte que se encontraba en mejores condiciones para producir u ofrecer la prueba y no lo hizo. Esa propuesta supone desplazar la carga de probar que tenía una parte hacia la otra, allí donde el juez advierta que –por aplicación de la regla general– podrían generarse situaciones de injusticia. PEYRANO (1997: p. 419), citando a la doctrina argentina generada, resalta que:

“El desplazamiento de la *onus probandi* será aceptable, solo si, respecto de tales hechos [controvertidos], el demandado se encontrara, a su vez en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor cuando al demandado, la inversión de la

carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los (...) principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio”.

Por ejemplo: i) A Ticio le beneficiaría la prueba del hecho “Y”, pero no está en condiciones de aportar medios probatorios sobre aquel; ii) Cayo, su contraparte, sí está en condiciones de producir el material probatorio del hecho “Y”, ya porque está a su disponibilidad o le es más fácil acceder al mismo; iii) a pesar de ello, Cayo decide no aportar tales medios de prueba; iv) en consecuencia, la decisión, sustentada en regla general de carga de la prueba, termina siendo materialmente injusta.

¿Qué implica estar en mejores condiciones para producir el medio de prueba? Responde BARBEIRO (2004: p. 101):

“Que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria revista una posición privilegiada o destaca en relación al material probatorio en lugar de su contraparte. Es decir que, en virtud del papel que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio, o por ser el único que dispone de la prueba, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad”.

¿Cómo se identifica la disponibilidad o facilidad de una de las partes con respecto a los medios de prueba relevantes para la causa? Responde nuevamente BARBEIRO (2005: p. 244): “Tal condición (de inferioridad o superioridad probatoria) puede surgir de la prueba o de la ‘actividad’ que las partes han desarrollado en tal sentido”. Por ejemplo, ¿quién podría tener un mejor acceso a la historia clínica de un paciente? ¿Este o el hospital? Por lo general, si no siempre, es este último y, a pesar de ello, el hospital demandado no ofrece tal documento al proceso, su actitud renuente nos daría *indicios* de que la historia clínica de un paciente podría acreditar hechos que perjudican al demandado.

Para superar las desigualdades generadas por la indisponibilidad de la prueba de una parte y la disponibilidad que tiene la otra que no ofrece tales pruebas, se crea la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas. De modo que si el estándar y la carga de la prueba aspiran a la simetría entre las partes, sería contrario a esa misma lógica que en los supuestos descritos se niegue la posibilidad de invertir las cargas para restablecer una situación de igualdad.

5.2.2. Aspectos en contra de la teoría de la carga de la prueba

La principal objeción contra las cargas probatorias dinámicas tiene que ver con el debido proceso. DIDIER, SARNO y OLIVEIRA (2010: p. 87) señalan que:

“Reservar la inversión de la carga de la prueba al momento de la sentencia, representa una ruptura con el sistema del debido proceso legal, ofendiendo a la garantía del contradictorio. No se puede sancionar a la parte que no probó la veracidad o falsedad de determinada alegación sin que se le haya conferido la oportunidad de hacerlo (recuérdese que la carga de la prueba subjetiva acaba por condicionar la actuación procesal de la parte)”.

Por su parte, ALVARO DE OLIVEIRA (2002:19) precisa que:

“Es inadmisibles que sean los litigantes sorprendidos por visiones que se apoyen en un punto fundamental, sobre una visión jurídica que no se tenía percibida [en un cambio de reglas]. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de aquella dirección o derecho subjetivo que corre peligro (...). En la misma orientación, la libertad concedida al juzgador (...) no dispensa la previa comunicación a las partes sobre los nuevos rumbos que serán imprimidos al litigio en homenaje al principio del contradictorio”.

Cabe preguntarse, entonces, ¿es posible superar las injusticias contra el demandante que pretende salvar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sin que ello suponga nuevas situaciones de injusticia contra el demandado? ¿Es posible vestir a un santo sin desvestir al otro? Creemos que sí.

5.2.3. Nuestra propuesta interpretativa

Hace mucho CARNELUTTI (1952:98) sostenía que:

“Ante el riesgo que las partes escondan u omitan ofrecer medios de prueba relevantes para la resolución de la causa, la ley procesal debe imponer sobre la parte la carga de mostrar todos los medios de prueba de que dispone, de modo que si retiene u oculta algunos de ellos, podrá el juez construir una presunción resolviendo como si la prueba le fuera contraria”.

Ese deber primigenio de que las partes ofrezcan todas las pruebas a su disposición habilitado al juez a construir una presunción cada vez que una de las partes se muestre renuente a ofrecer todos los medios de prueba de que dispone. No existiría el riesgo de la vulneración del derecho al debido proceso, pues desde un inicio las partes tendrían conocimiento sobre las reglas en virtud de las cuales el juez podría resolver ante la incertidumbre sobre los hechos del proceso.

OTEIZA (2009: p. 204) comparte esta idea de manejar la disponibilidad de la prueba por presunciones judiciales antes que por carga dinámica de la prueba. Señala:

“Frente a una situación de desventaja de una de las partes con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquellos que están en su dominio llevar

al convencimiento del [juez] (...) es posible atribuirle a esta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre (...) *Por caminos distintos llevo a similares respuesta que las planteadas por Peyrano*".

Pero como en toda presunción, la validez del razonamiento dependerá de la certeza del indicio del que se parte, en este caso: que efectivamente una parte tenga disponibilidad o facilidad para acceder al medio de prueba y no lo haya ofrecido. Por tanto, si al igual que en las cargas probatorias dinámicas, el juez tiene dudas sobre la disponibilidad de una de las partes sobre el medio de prueba, no podrá construir su presunción y, por lo tanto, no podrá superar tampoco sus dudas sobre determinados hechos. En ese caso, solo cabe aplicar las reglas fijas de la carga de la prueba.

Para evitar que recién al momento de sentenciar el juez altere las reglas procesales, opinamos que ante el mismo tipo de desigualdad de las partes (indisponibilidad de la prueba) es preferible acudir a una construcción de presunciones (CARNELUTTI) en lugar de una inversión de las cargas probatorias (PEYRANO).

Más aún cuando desde un punto de vista normativo puede justificarse la propuesta de Carnelutti en una interpretación sistemática de los artículos IV, 188, 282 y 282 del CPC, conforme a los cuales podemos sostener que el sistema jurídico prevé que el juez puede construir presunciones desfavorables a una de las partes si muestran falta de cooperación en la acreditación de todos los hechos controvertidos u obstruyan las actividades tendientes a ello. Situación que, obviamente, se daría si los medios de prueba existentes, la conducta de las partes sumada a máximas de experiencia, nos indican que una de las partes tenía "disposición" o "facilidad" para acceder a ciertos medios de prueba relevantes, pero no los ofrece al proceso.

5.2.4. Posibilidad de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba

No obstante, la sinceridad académica exige resaltar que el Tribunal Constitucional ha brindado argumentos a favor de la teoría de la carga de la prueba dinámica y ningún argumento a favor de una construcción de presunciones sobre los hechos. Entonces, si los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (tercer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional), existen razones para creer que en la actualidad existe una habilitación pretoriana para que los jueces apliquen la teoría de la carga probatoria dinámica siempre que concurran los presupuestos necesarios.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional aplicó la teoría de la carga de la prueba dinámica al caso de una persona que trasladó sus aportes de la ONP a la AFP,

quien luego quería regresar a la ONP alegando que la AFP no le brindó información suficiente sobre las consecuencias de tal cambio, lo que le habría inducido a error. Como el demandante no podía acreditar la información que había presentado la AFP, el Tribunal utilizó cargas probatorias dinámicas para invertir la carga e imponer como regla general que en estos casos la AFP tiene la carga de acreditar la información dada a sus afiliados, pues está en mejores posibilidades de producir esa prueba respectiva (STC Exp. N° 1776-2004-AA, f.j. 50.C).

También puede ser pertinente señalar que el Tribunal Constitucional ha señalado que colocar al demandante en una situación en donde tenga que acreditar la realización de un hecho a través de instrumentales que no están a su disposición, sino del demandado, generaría un problema de prueba diabólica, pues el impedimento o imposibilidad de una persona de ofrecer un medio de prueba por causa de la otra parte o del juez, puede significar la afectación de su derecho a la igualdad de armas (SSTC Exps. N°s 4281-2007-AA, f.j. 4 y 4558-2008-AA, f.j. 9).

Y el caso más conocido es el de la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), que solicitó al Indecopi que sancione a la empresa Hatuchay E.I.R.L. por la comunicación pública de obras musicales de dominio privado sin la autorización de sus titulares. La empresa denunciada señaló como argumento de defensa que Apdayc no había acreditado que detente el título para representar a los autores cuya música se difundía. Ante ello, Apdayc sostuvo que el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor (Decreto Legislativo N° 822) lo presume como titular para defender los derechos de los autores y compositores musicales, motivo por el cual correspondía a la empresa la carga de demostrar lo contrario. Al no ser posible destruir tal presunción, el Indecopi sancionó a Hatuchay E.I.R.L., motivo por el cual esta empresa formuló una demanda de amparo cuestionando tal decisión.

Llegada la causa al TC se estableció lo siguiente:

“En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada [Hatuchay] debe probar que la parte denunciante [Apdayc] carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación (...). Tal exigencia

constituye un típico caso de 'prueba diabólica', dado que significa exigir al denunciado una prueba difícil e, incluso, de imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención" (STC Exp. N° 6135-2006-AA, f.j. 6).

En resumen, de acuerdo al TC, cuando se presenten casos donde es difícil acreditar ciertos hechos debido a que los medios de prueba están a disposición o al más fácil acceso de la contraparte, el juez podría invertir la carga de la prueba para resolver la controversia (recurriendo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas) u ordenar que así lo haga la entidad que aplicó sin miramientos la regla de carga de la prueba lesionando el derecho a la igualdad de armas.

Aunque hemos hecho expresas nuestras objeciones a las propuestas de la inversión de carga de la prueba, no podemos desconocer que la posición oficial del Tribunal Constitucional nos dice que ello es factible en los procesos de amparo y, por aplicación del artículo VI del Código Procesal Constitucional, a todos los procesos civiles, al menos cuando no se pueden acreditar ciertos hechos porque la parte que tiene a su disposición el material probatorio pertinente no lo ofrece a la causa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCANTINO, Daniela (2011): "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". En: *Revista de Derecho*, N° 37. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (2002): "A garantia do contraditório". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, vol. V. Lima; BARBEIRO, Sergio José (2004): "Cargas probatorias dinámicas: qué debe probar el que no puede probar". En: *Cargas probatorias*. Jorge Peyrano (director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; BARBEIRO, Sergio José (2005): "La conducta procesal de las partes como pauta atributiva de la carga probatoria". En: *Valoración judicial de la conducta procesal*. Jorge Peyrano (director). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; BARBOSA MOREIRA, José Carlos (1988): "As presunções e a prova". En: *Temas de Direito Processual Civil*, 1ª série. São Paulo: Saraiva; CALAMANDREI, Piero (1961): "La génesis lógica de la sentencia civil". En: *Estudios sobre el proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina; CARNELUTTI, Francesco (1952): *Estudios de Derecho Procesal*, vol. II, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; EISNER, Isidoro (1991): *Planteos procesales. Ensayos y notas sobre el proceso civil*. Buenos Aires: La Ley; OTEIZA, Eduardo (2009): "La carga de la prueba". En: *La prueba en el proceso judicial*. Eduardo Oteiza (coordinador). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; PARDO, Michael S. (2013): "The Nature and Purpose of Evidence Theory". En: *Vanderbilt Law Review*, N° 66; PAULA RAMOS, Vitor de (2015): "Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC Brasileño", trad. Renzo Cavani. En: *Prueba y proceso judicial*. Renzo Cavani, Vitor de Paula Ramos (coords.). Lima: Instituto Pacífico; PEYRANO, Jorge W. (1996): "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: *Revista jurídica Argentina La Ley*, tomo 1996-B. Buenos Aires; PEYRANO, Jorge W. (1997): "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica".

En: *Revista de Derecho Procesal*, N° 3, vol. II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; ROSENBERG, Leo (2002): *Carga de la prueba*, 2ª ed., trad. Ernesto Krotoschin. Montevideo: Editorial IB de F; RUIZ MANERO, Juan (2005): "Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas". En: *Lagunas en el Derecho*. Fernando Atria y otros. Madrid: Marcial Pons; SATTÀ, Salvatore (1971): "Limiti di estensione dell'art. 24 della Costituzione (a proposito della sentenza N° 55 del 1971)". En: *Giurisprudenza Costituzionale*, N° 16; SCHAUER, Frederick (2003): *Profiles, probabilities, and stereotypes*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press; TARUFFO, Michele (2008): *La prueba*, trad. Jordi Ferrer y Laura Manríquez. Madrid: Marcial Pons.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El demandado no ha demostrado fehacientemente con medio probatorio que los servicios del actor han sido deficientes y que existen faltantes de prendas de vestir al momento de la entrega, o documentación alguna que pueda acreditar la disconformidad del demandado respecto a los servicios realizados por la empresa demandante siendo su derecho a hacerlo conforme al artículo 196 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 725-2008*).

La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuren su pretensión, o a quienes los contradicen alegando hechos nuevos, salvo disposición legal diferente, siendo la finalidad de los medios probatorios, acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez, respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones (*Exp. N° 0509-2008*).

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones; así mismo, salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (*Exp. N° 1932-2007*).

Si bien la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos, el ejecutante es el indicado para probar que no pudo cobrar el seguro de desgravamen pactado, y no el ejecutado que alega la inexigibilidad de la obligación (*Cas. N° 2338-2006-Lima*).

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado; en el caso de autos y del texto del fallo superior no aparece en ninguna de sus partes que el colegiado haya expresado que es la acreedora quien debe probar el pago de la deudora; en consecuencia la aplicación e interpretación dada por la Sala Superior sobre el artículo 1229 es la correcta con relación al proceso y a la prueba actuada (*Cas. N° 37-2005-La Libertad*).

Artículo 197 | **Valoración de la prueba**

Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

CONCORDANCIAS:

C. de P.P. art. 283; C. de C. art. 667; C.D.I.P. art. 401; L.O.P.J. art. 12.

César Higa Silva

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 139, numeral 5, de la Constitución Política del Perú establece que es un “principio y derecho [en rigor, un deber] de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” (igualmente, el artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”). Esta norma establece que toda persona tiene el derecho a exigirle al juez que fundamente o justifique (por los términos fundamentación y justificación se entenderá lo mismo) su decisión y, por tanto, los jueces deben explicitar el razonamiento que los llevó a resolver tal como lo hicieron (para efectos del presente trabajo, los términos motivación, fundamentación y justificación son utilizados como sinónimos).

En la actualidad, nadie discutiría que los jueces deben justificar su decisión porque ello garantiza el derecho a un debido proceso de las personas y el control de la justicia de las decisiones judiciales. Nadie negaría tampoco que el deber de justificación del juez consiste en que la motivación sea lógica y verdadera. Por lógica se entiende que la conclusión se infiere de las premisas que aparecen en la argumentación; y por verdadera que las premisas tienen correspondencia con la realidad, lo cual se acreditaría con los medios probatorios ofrecidos en el caso. Así, cuando el juez afirma que “un evento ocurrió o no ocurrió” (en adelante, el símbolo “H” significará que el evento ocurrió) es porque el juez ha realizado, al menos, lo siguiente:

- a) Ha analizado y evaluado cada uno de los medios probatorios ofrecidos y actuados en el proceso para acreditar los hechos (por el término hecho

se hace referencia a las proposiciones fácticas) que permitirán inferir que “H”; y,

- b) Ha analizado que las reglas generales fácticas le permitan al juez justificar que “H” es la mejor explicación que se tiene sobre los hechos probados. En caso contrario, resolverá que no “H” (por la negación de “H” (“¬H”)) se entenderá lo siguiente: “no existe evidencia suficiente en el expediente que permita justificar que ‘H’”). Estas reglas generales deben ser enunciados generales que versen sobre cómo funciona el mundo y, por tanto, le deben permitir al juez explicar si “H” explica los hechos probados.

Como bien puede observarse, la labor justificativa del juez de que “H” es una actividad, principalmente, epistemológica, lo cual expresa lo dicho varios siglos atrás por BENTHAM respecto de que “el campo de la evidencia (en nuestro sistema sería el campo del Derecho Probatorio o, con mayor rigor, el Derecho de la Evidencia) no es otro que el campo del conocimiento” (BENTHAM, 2002; PARDO, 2005: p. 325). Incluso se podría afirmar, como señala Michael PARDO, que todo el juicio debe ser, fundamentalmente, un evento epistemológico (PARDO, 2005: p. 321), porque es una actividad destinada a conocer qué ocurrió en un momento y lugar determinado. Ciertamente, lo anterior implicará que los jueces tengan criterios acerca de cómo se conoce “H”; cuáles son los límites del conocimiento de “H”; con qué grados de confianza se puede afirmar que se conoce “H”; entre otros aspectos relevantes para analizar los argumentos de las partes.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico ha impuesto el deber de justificar una decisión, mas no existen normas que establezcan *cómo* se debe realizar ese proceso de justificación de la decisión, tanto a nivel de la secuencia que se debe seguir en este proceso como de los criterios que se deben tener en cuenta en el análisis y evaluación de la evidencia. En otras palabras, no se ha establecido una metodología de análisis de la evidencia de un caso. Se podría argumentar que ello no es necesario por lo siguiente:

- i) Los jueces están entrenados para trabajar con las dificultades y complejidades propias que tiene el material probatorio de un caso. Entre los aspectos que pueden dificultar el análisis del material probatorio se puede encontrar su abundancia; ambigüedad; disonancia y complejidad (al respecto, ver el trabajo de SCHUM, 1994: p. 1 y ss.; y también ver a TECUCI; BOICU; SCHUM; MARCU, 2010);
- ii) los jueces tienen la competencia epistemológica suficiente para analizar y evaluar la evidencia de un caso; y,
- iii) los jueces están entrenados para superar las limitaciones cognitivas que tiene cualquier ser humano al analizar, evaluar y decidir cuál de los argumentos de las partes es el correcto.

Como veremos más adelante, las asunciones arriba mencionadas son falsas si es que se asume que los jueces se encuentran, por el hecho de su cargo o de su formación como abogados, preparados para realizar cada una de las tareas antes señaladas. Para que los jueces analicen y evalúen correctamente la evidencia de un caso es necesario que cuenten con lo siguiente:

- i) Un método que les permita clasificar y sintetizar el material probatorio (dentro del material probatorio se encuentran incluidos los medios probatorios y la evidencia resultante de su análisis) de un caso, que les permita lidiar con la abundancia (o, en otros casos, insuficiencia), ambigüedad, disonancia y complejidad. De esa manera, el juez podrá realizar un mejor análisis, comprensión y evaluación del material probatorio (al respecto, ver el trabajo de SCHUM, 1994: p. 1 y ss.; y también ver a TECUCI; BOICU; SCHUM; MARCU, 2010);
- ii) criterios que les permitan analizar y evaluar cuándo el contenido de un determinado medio probatorio se puede tener por cierto.
- iii) criterios que le indiquen qué se puede inferir de los hechos probados y con qué grado de solidez;
- iv) herramientas que permitan visualizar, comparar y evaluar las distintas hipótesis que se encuentran en controversia en un caso, que le faciliten su labor de análisis y evaluación de los argumentos de las partes.

Si es que no existe lo anterior, la labor justificativa del juez o será muy difícil o, simplemente, será imposible. Ciertamente, no negamos que algunos jueces tengan el talento innato para desarrollar una metodología propia o la capacidad de analizar la evidencia de un caso sin que les sea necesario desarrollar un método de trabajo; pero ello serán la excepción y una política pública no se diseña a partir de la excepción, sino de la generalidad de casos.

En el presente artículo nos centraremos en el análisis de los puntos ii) y iii) que se encuentran vinculados a la valoración de los medios probatorios, a efectos de determinar si los hechos controvertidos se encuentran o no probados.

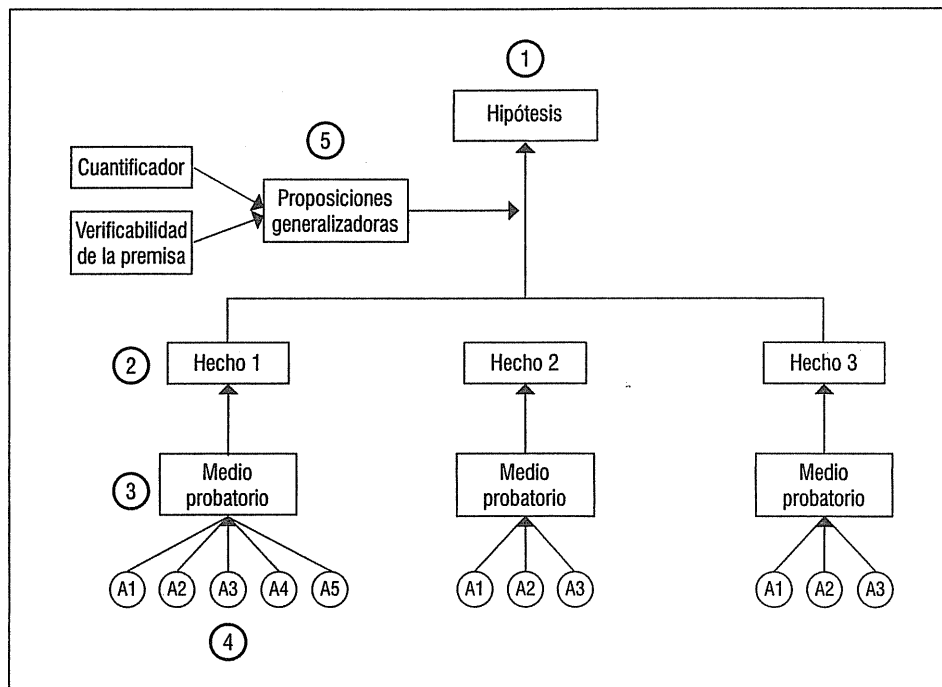
2. HACIA UNA METODOLOGÍA DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS HECHOS DE UN CASO

El desarrollo de esquemas de análisis es una actividad clave para justificar, adecuadamente, una sentencia (esta sección se basa en su marco general, en mucho, en las ideas contenidas en los libros de ANDERSON, 2005: capítulos 4, 5 y 6; SCHUM, 2001 y WALTON, 2002). Por ello, a continuación se presentará un

esquema de razonamiento que puede servir a los jueces para analizar los hechos de un caso. Este esquema está dirigido a identificar cada uno de los pasos que se deben seguir para analizar y evaluar si existen suficientes elementos de juicio para justificar que "H".

Gráfico N° 1

Esquema de razonamiento para analizar la hipótesis de un caso



A continuación, explico brevemente en qué consiste cada paso:

- i) En primer lugar, identificar cuál es la hipótesis a probar en el caso. La precisión y claridad de la formulación de la hipótesis fáctica resulta clave en el proceso de análisis del caso. Si no se sabe bien qué se quiere probar, no hay análisis que se pueda realizar.

El enunciado de la hipótesis siempre debe describir un hecho. No debe tener palabra alguna con contenido valorativo. Ello, toda vez que solo serán probadas proposiciones que se correspondan con la realidad, mientras que términos valorativos no reflejan un hecho de la realidad, sino nuestra apreciación sobre ellos.

Esa hipótesis debe, a su vez, reunir cada uno de los elementos que requiere la norma jurídica cuya aplicación se invoca. Esto último, a su vez, puede servir para subdividir a la hipótesis en los subelementos a investigar. Veamos el siguiente ejemplo:

X, intencionalmente, disparó a Y, lo cual le provocó la muerte.

Subelementos:

- 1) La identificación de la víctima y la acción que recayó en ella: Y recibió un disparo.
- 2) La identificación del autor que realizó esa acción: X realizó el disparo.
- 3) El elemento subjetivo: X actuó con intención.

La identificación de la hipótesis y su subdivisión en sus principales elementos guiará toda la tarea de justificación de si “H” o “¬H”.

- ii) En segundo lugar, identificar cuáles son los hechos que justificarían que “H”. En efecto, se debe identificar cada uno de los hechos probatorios (en adelante, “h”) que tendrían relevancia para justificar que “H” o “¬H”. En caso no brinden ningún tipo de información, entonces todos los “h” alegados deben ser declarados irrelevantes y no analizados. Ello, a su vez, también servirá para excluir a los medios probatorios (en adelante, MP) que se han ofrecido para probar un “h” irrelevante.

De acuerdo a WALTON un argumento es *materialmente relevante* en el contexto de un debate si ese argumento ofrece razones suficientemente fuertes para cambiar el balance del resultado de la discusión (WALTON, 2004: p. 6). En el mismo sentido, SCHUM señala que la evidencia es relevante si esta tiene alguna fuerza en permitirnos cambiar nuestra creencia sobre una hipótesis particular (SCHUM, 2001: p. 69).

Siendo así, la pregunta para saber si un “h” es relevante o no es la siguiente: “¿por qué este “h” permite justificar que “H” o “¬H”? La respuesta a esta pregunta debe dar lugar a una regla que nos indique que cuando ocurre este tipo de “h”, entonces es probable que “H” o “¬H”.

- iii) En tercer lugar, identificar con qué MP se garantizará que un “h” ocurrió, dado que todo “h” para ser evidencia debe encontrarse acreditado. En esta etapa, solo se debe identificar el MP para probar un “h”.

Veamos los siguientes ejemplos:

- a) El testimonio de X quiere probar lo siguiente: “Y estuvo en la Calle C a las 7:00 p.m. del día 15 de enero de 2013 conversando con Z” (este sería el hecho a probar con el testimonio).

- b) la pericia de X quiere probar que “el medicamento X origina que las extremidades de un bebe no se desarrollen en su totalidad” (este sería el hecho a probar con la pericia).
- iv) En cuarto lugar, analizar los atributos de cada MP que garantizarían que cada “h” se encuentre probado.

En esta etapa, *se deben analizar y evaluar cada uno de los atributos de los medios probatorios que garanticen lo siguiente:* (i) si MP puede probar “h”; y, (ii) cuán creíble es el MP para tener por cierto a “h”. En caso la credibilidad del MP sea baja, (iii) se puede formular la siguiente pregunta: ¿hay otro MP que corrobore el contenido de ese MP?

Por cuestiones de espacio no podemos entrar a discutir cuáles son aquellos atributos que compondrían a cada MP, pero en el anexo del presente artículo se mostrarán algunos criterios para analizar la prueba testimonial y pericial (el detalle del análisis de la prueba testimonial, pericial y física se encuentra en los siguientes artículos, HIGA: 2009, 2010a, 2010b y 2010c).

La idea central de este punto se encuentra en lo siguiente: *cada medio probatorio se analiza de manera individual.* La solidez para acreditar un hecho depende de los atributos propios del medio probatorio y no de otros.

- v) Finalmente, una vez que se tienen probados los hechos, explicitar cuáles son las proposiciones o reglas generales (en adelante, la RG) que garantizarían que de los hechos probados (los “h”) se puede inferir la hipótesis a probar (“H”). Esto me permitirá saber qué tan confiables son esas premisas respecto del razonamiento que estoy realizando sobre los hechos.

Para ello, se pueden formular las siguientes preguntas:

- a) ¿en qué consiste el enunciado que justificará que de los “h” se pueda inferir que “H”? La idea es enunciar la regla, a efectos de evaluar luego su sustento y solidez.
- b) ¿cuál es el sustento (científico, experiencia, la ley, etc.) que permitirá sostener que si ocurren los “h1, h2, h3, (...)”, entonces “H” es muy probable que haya ocurrido?
- c) ¿cuál es el grado de generalidad de la RG?, ¿tiene excepciones? ¿cuáles?

Este sería un pequeño esbozo de una metodología que podría orientar a los jueces en la labor de justificación de su decisión sobre la cuestión fáctica.

3. PALABRAS FINALES

A modo de conclusión, este artículo tuvo como objetivo mostrar que no es suficiente establecer la obligación de justificar una sentencia para que el juez realice esa labor adecuadamente. Desde mi punto de vista es necesario establecer esquemas de análisis y evaluación que le indiquen al juez cómo realizar esa labor.

En la elaboración de esos esquemas se debe indicar cuál es la estructura de razonamiento que se debe seguir para tener por probado una hipótesis. Asimismo, se debe indicar qué criterios son relevantes en cada una de las partes del esquema de razonamiento. Entre los criterios a tener en cuenta se encuentran los siguientes:

- i) *Principio de relevancia de los hechos*: este principio nos indica que solo pueden ser ofrecidos como razones aquellos que solo sirvan para tener por probado “H” o, por el contrario, para rechazar esa hipótesis. Si una razón no tiene vinculación alguna con la hipótesis, entonces esa razón debe ser rechazada por irrelevante.
- ii) *Principio de confiabilidad de los medios probatorios*: por este principio entenderemos lo siguiente:
 - a) Existe evidencia respecto de que los MP sí pueden darnos información confiable sobre los hechos. Esto está referido a la prueba sobre la prueba. Para admitir un MP, quien lo ofrece debe estar en posibilidad de acreditar que ese MP sí puede ofrecer información confiable sobre el “h” que quiere probar.
 - b) Una vez verificado que ese MP puede dar información confiable sobre el “h”, se debe analizar qué tan confiable es la información que se puede obtener mediante el MP. Para ello, se tendrá que analizar si existe factor que afecte la calidad de la información, tales como sesgos, prejuicios, margen de error, entre otros aspectos.
- iii) *Principio de solidez de la regla de enlace de los “h” con la “H”*: esto se refiere a qué tan sólida es la regla de inferencia que permite sostener que si ocurren los “h”, entonces se puede aceptar la ocurrencia de “H”. La fuerza de la regla de enlace puede provenir, entre otros, del conocimiento científico; experiencia; o la introspección. Para analizar la solidez se debe realizar lo siguiente:
 - a) Explicitar la regla de enlace;
 - b) Indicar de dónde proviene la fuerza del enlace;
 - c) Permitir la crítica de la regla de enlace.

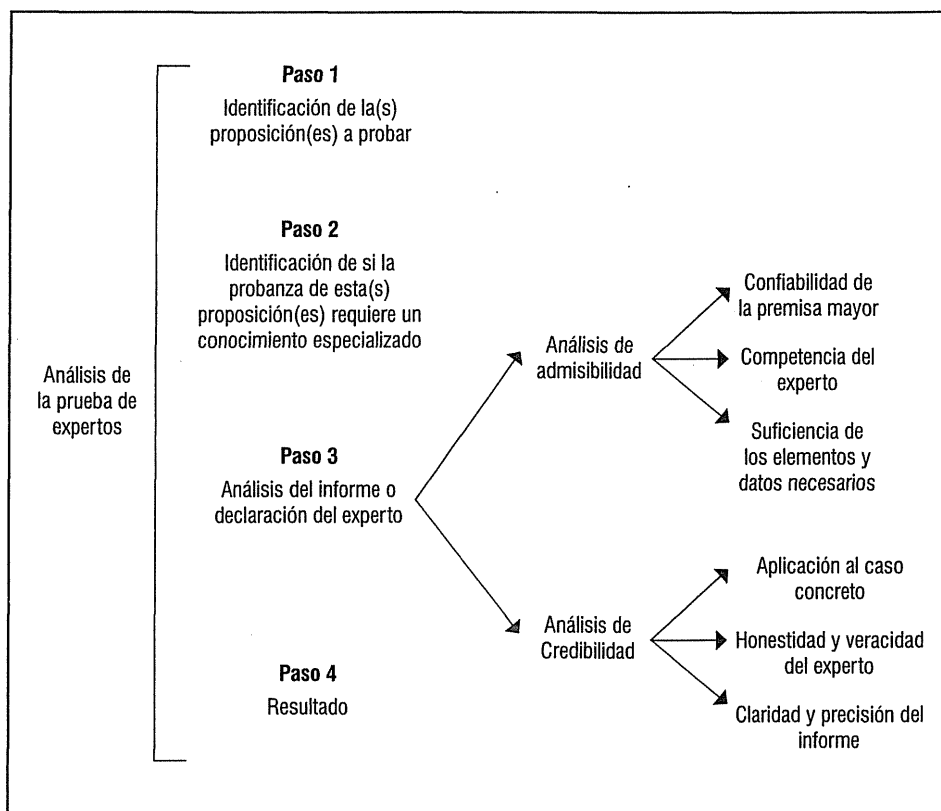
iv) *Estándares de decisión*: esto se refiere a reglas que permitan decidir qué decisión se debe tomar cuando existen dos o más hipótesis posibles que justifiquen los hechos probados del caso. Así, por ejemplo, en el Derecho Penal se tiene el principio de presunción de inocencia que dispone que si la acusación no se encuentra probada más allá de toda duda razonable, entonces se absuelve al acusado. Es importante establecer reglas de ese tipo porque en muchos casos no será posible llegar a tener una sola hipótesis que explique todos los hechos probados de un caso y, por tanto, será necesario que hipótesis se tendrá por aceptada.

Espero que este artículo haya contribuido en algo al objetivo de facilitarle al juez la valoración de los medios probatorios y el análisis de los hechos de un caso. Esta es una labor sumamente compleja, trabajosa y tediosa, razón por la cual es necesario que tenga esquemas de razonamiento que le ayuden en la tarea de decidir qué ocurrió en un caso.

Cuadro N° 1
Algunos aspectos para analizar la prueba testimonial

Paso 1 Admisibilidad del testigo						
	Elementos	Sí	No	No se tiene información	La información no es concluyente	Resultado
Testigo competente	El testigo observó directamente los hechos que declara					
	El testigo comprende los hechos sobre los cuales está declarando					
↓						
Paso 2 Evaluación del valor probatorio del Testimonio						
	Elementos	Sí	No	No se tiene información	La información no es concluyente	Resultado
Credibilidad del Testigo	Honestidad					
	Objetividad					
	Capacidad sensorial					
	Memoria					

Gráfico N° 2
Algunos aspectos para analizar la prueba pericial



BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANDERSON, Terence *et al* (2005): *Analysis of evidence*. New York: Cambridge University; BENTHAM, Jeremy (2002): "An introductory view of the rationale of judicial evidence". En: *Works VI*, John Bowring ed., (5) (1843). Disponible en: <http://files.libert.yfund.org/files/1923/Bentham_0872-06_EBk_v6.0.pdf>, acceso (25/07/2013); HIGA, César (2009): "Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios". En: *Revista Electrónica: Justicia y Derecho*. Revista editada por jueces peruanos, año 2, N° 3. Disponible en: <<http://www.justiciayderecho.org/revista3/articulos/04Hacia%20un%20analisis%20logico%20epistemico%20de%20la%20prueba%20testimonial%20Cesar%20Higa.pdf>>; HIGA, César (2010a): "Hacia un análisis lógico-epistémico de la prueba testimonial. Una propuesta para superar los criterios subjetivos y de conciencia de los medios probatorios". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 13, Lima: Communitas; HIGA, César (2010b): "La prueba de expertos. Análisis de la racionalidad de este medio probatorio en el Derecho". En:

Cuaderno de trabajo, N° 15. Disponible en: <<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/CUADERNO%2015%20HIGA.pdf>>; HIGA, César (2010c): “¿Una imagen vale más que mil palabras? o ¿papelito manda? Hacia un análisis lógico-epistémico de la evidencia física en la probanza de un hecho”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 15. Lima: Communitas. Disponible en: <<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/images/documentos/DocumentoCesarHiga.pdf>>; PARDO, Michael (2005): “The field of evidence and the field of knowledge”. En: *Law and Philosophy*, vol. 24; SCHUM, David (1994): *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Illinois: Northwestern University Press; SCHUM, David (2001): *The evidential foundations of probabilistic reasoning*. Illinois: Northwestern University Press; TECUCI, G., BOICU, M., SCHUM, D. y MARCU, D. (2010): “Coping with the complexity of intelligence analysis: Cognitive assistants for evidence-based reasoning”. En: *Research report 7*, Learning Agents Center, August 2009, updated October 2009, March 2010; WALTON, Douglas (2002): *Legal argumentation and evidence*. The Pennsylvania State University; WALTON, Douglas (2004): *Relevance in argumentation*. New Jersey-London: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La desestimación de una tacha, trae como única consecuencia que el medio probatorio cuestionado pueda ser valorado por el juzgador en virtud de que es válido y, por ello, eficaz como tal dentro del proceso; empero, en modo alguno convierte automáticamente a este de medio probatorio a prueba, puesto que dicho resultado solo puede ser producto de la valoración del juzgador utilizando su apreciación razonada (*Cas. N° 5031-2008-Lima*).

Los ejecutados cumplieron con ofrecer una serie de medios probatorios en su escrito de apelación de sentencia, habiendo el Colegiado Superior admitido algunos de ellos. No obstante, del examen de la sentencia de vista ahora impugnada, se advierte que el *ad quem* omitió pronunciarse respecto a estos medios probatorios, razón por la cual se hace evidente la transgresión del deber de valorar adecuadamente los medios probatorios actuados, contenido en el artículo ciento noventa y siete del Código Procesal Civil (*Cas. N° 1504-2007-Lima*).

Artículo 198 | **Eficacia de la prueba en otro proceso**

Las pruebas obtenidas válidamente en un proceso tienen eficacia en otro. Para ello, deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del juez.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 139, 352.

Luciano López Flores

El dispositivo legal en mención está referido a lo que en doctrina se conoce como *prueba trasladada*. Es decir, aquella que en palabras de DEVIS ECHANDÍA se “practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante el desglose del original, si la ley lo permite” (1984: p. 205).

La redacción del texto analizado pone énfasis en que la prueba trasladada es aquella “obtenida válidamente” en un proceso de tal modo que surta eficacia en otro. Pero ¿cómo se “obtiene válidamente” una prueba en un proceso? Tal requerimiento del legislador tiene sentido si se mira de conformidad con la exigencia de que las partes solo pueden hacer uso de medios probatorios obtenidos de modo *lícito*. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en la reciente STC Exp. N° 01601-2013-PHC/TC (caso Giuseppe Balletta Bustamante), fundamentos 20 a 23 cuyo contenido transcribo:

“20. En la sentencia recaída en el Expediente N° 00655-2010-PHC/TC, este Tribunal Constitucional dejó sentado que la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido mediante la vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

21. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. A este respecto, en la STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir que no ‘pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico’, pues se trata de ‘supuestos de prueba prohibida’. En sentido similar, en la RTC

Exp. N° 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que ‘el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, tales como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho’.

22. La Constitución Política del Perú prevé supuestos de pruebas expresamente prohibidas. Así, en el inciso 10) del artículo 2 establece que no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado; y en el literal h del inciso 24) del artículo 2 reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas mediante la violencia moral, psíquica o física, la tortura y los tratos humillantes o denigrantes.
23. Debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional también ha puntualizado que en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal (Expediente N° 00655-2010-PHC/TC)”.

De acuerdo con esta sentencia constitucional, queda claro que el primer requisito indispensable de la prueba trasladada radica en que esta no sea prohibida en la medida en que haya sido obtenida de modo ilícito. Eso por un lado. Pero, por otro, la ley señala que estas pruebas “deberán constar en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo y haber sido actuadas con conocimiento de la parte contra quien se invocan. Puede prescindirse de este último requisito por decisión motivada del juez”. ¿Qué quiere decir esto?

Pues bien, considero que aunque la ley no sea explícita, es evidente que la prueba trasladada solo puede ser ofrecida por alguna de las partes del proceso que, a su vez, también haya intervenido en el proceso de origen respecto del cual se obtuvo dicha prueba. De allí que la norma exija que esta hubiese “sido actuada con conocimiento de la parte contra quien se invoca”. Así, quien ofrece la prueba trasladada debe haber contado con legitimación para participar en el proceso de origen de tal modo que al conocer de la actuación de la prueba que pretende trasladar al nuevo proceso, solicita la copia certificada de aquella, puesto que la privacidad propia de los procesos civiles impiden que un extraño al proceso (del cual no ha sido parte ni tercero) pueda obtener dicho documento. De esta forma se explica, también, el requisito de licitud en la obtención del medio de prueba trasladado.

Por otro lado, nótese que la disposición legal señala que la prueba del proceso de origen haya sido “actuada”. ¿Quiere decir que no es admisible como prueba trasladada aquella ofrecida pero no admitida ni actuada en el proceso de origen? Hago la pregunta puesto que el denominado *derecho a la prueba* comporta una

serie de fases que constituyen el contenido constitucionalmente protegido de este derecho. A decir del Tribunal Constitucional en el fundamento 15 de la importantísima STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC (caso Magaly Medina), estas fases o elementos son: i) el derecho a *ofrecer* la prueba; ii) el derecho a que esta sea *admitida y actuada*; iii) el aseguramiento de la *producción o conservación de la prueba* a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios; y, iv) que la prueba sea *valorada* de manera adecuada y con la motivación debida.

En mi concepto, cuando la ley señala que la prueba trasladada debe haber sido “actuada” en el proceso de origen “contra la parte contra quien se invoca”, la hipótesis fáctica está referida a que la prueba no solo haya sido ofrecida en la etapa procesal correspondiente (postulatoria), sino que haya sido admitida y actuada en la etapa probatoria respectiva. La exigencia de este requisito tendría sentido desde que el ofrecimiento de la prueba supone que la parte contra quien se ofrece tiene derecho a contradecirla y lograr éxito en la fase de saneamiento probatorio. El texto del artículo 174 del moderno Código General del Proceso colombiano arroja luces a esta postura que vengo sosteniendo. Transcribo:

“Artículo 174. *Prueba trasladada y prueba extraprocésal.*

Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduzcan o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocésales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocésales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan”.

Nótese que la disposición legal citada del Código General del Proceso colombiano señala que si la prueba no fue actuada en el proceso de origen, “deberá surtirse la contradicción en el proceso al que estén destinadas”. Esto significa que en dicho ordenamiento la prueba trasladada no actuada es admisible, siempre y cuando se permita el contradictorio en el proceso al cual estén destinadas. La regla es lógica y tiene anclaje en el derecho constitucional de defensa, puesto que la parte contra quien se ofrece la prueba trasladada debiera tener a su disposición el derecho de contradecirla.

Lo dicho en el párrafo anterior es plenamente aplicable para la norma en comento, puesto que el texto analizado concluye señalando: “Puede prescindirse de este último requisito [la actuación] por decisión motivada del juez”. Esto significa, primero, que la regla general en materia de prueba trasladada consiste en que solo se ofrece aquella que hubiese sido *actuada* en el proceso de origen. Y, segundo, que la regla *excepcional* radica en que es posible ofrecer prueba trasladada

que solo hubiere sido *ofrecida* pero no actuada en el proceso de origen, siempre y cuando el juez motive su decisión. ¿Cuáles podrían ser las causas de admitir dicha prueba? Pues no cabe duda de que su argumentación deberá girar en torno al eje de buscar la acreditación de los hechos alegados por las partes. Sin embargo, si optara por esta excepción, deberá abrir el contradictorio respectivo por el respeto irrestricto del derecho constitucional a la defensa, si el tipo de prueba así lo amerita.

Hasta aquí la exégesis del texto en comento. Sin embargo, quisiera abordar otros aspectos relacionados a la prueba trasladada que si bien no fluyen del texto legal, vale la pena analizar.

En primer lugar, aunque la ley no lo señale, es lógico que la prueba trasladada debe ser ofrecida en los actos postulatorios (demanda, contestación). Con posterioridad a dicha etapa, ¿podría incorporarse? Bajo la figura de la prueba extemporánea, considero que no sería procedente puesto que esta se encuentra referida a acreditar hechos nuevos. La prueba trasladada no responde a dicha característica. Solo podría incorporarse como prueba de oficio y ello supondría que el juez conozca de la existencia de la prueba ofrecida y/o actuada por alguna de las partes. Dependerá de las circunstancias del caso concreto.

En segundo lugar, apréciase que el comentado artículo 198 del CPC debe concordarse con lo dispuesto por el artículo 240 del mismo Código. Así, la prueba trasladada puede consistir en un conjunto de actuados o todos los que figuran en un proceso judicial en trámite o fenecido.

Igualmente, debe concordarse con lo dispuesto por el artículo 221 del CPC que señala:

“Declaración asimilada.-

Artículo 221.- Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de estas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa”.

Nótese que de la lectura de lo dispuesto por los citados artículos 198, 221 y 240 del CPC, la prueba trasladada puede consistir en todo medio de prueba que pudiese haber sido ofrecido o actuado en el proceso de origen, aun cuando este hubiere sido declarado nulo y siempre que la razón del vicio no afecte la prueba. Y siguiendo la formalidad del artículo 198 del CPC, deberá ofrecerse copia certificada u ofrecer todo el expediente como prueba, mediante la acreditación del mismo mediante documento, si este se encontrare fenecido.

Y en tercer lugar, me pregunto si la sentencia con la autoridad de cosa juzgada en la cual participó la parte contra la cual se ofrece la prueba, podría servir como medio de prueba trasladado. Dicho documento y su contenido no se encuentran

dentro de las prohibiciones del artículo 190 del CPC y, por el contrario, sería un documento idóneo como medio de prueba, a decir del artículo 191 del mismo Código. Pareciera, por tanto, que el ofrecimiento de una sentencia como prueba trasladada no tendría ningún inconveniente. Sin embargo, me parece útil el razonamiento del Tribunal Constitucional efectuado en los fundamentos 29 y 30 de la STC Exp. N° 0012-2008-AI/TC. Transcribo:

“5.3.4 Reglas para el tratamiento de la denominada ‘prueba trasladada’ prevista en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales

29. El precitado artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 también modificó el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo que la sentencia dictada en otro proceso podrá constituir prueba en uno distinto de aquel en el que se dictó, cuando se acredite en dicha resolución, sea la existencia o naturaleza de una organización delictiva o una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos. Como consecuencia de ello la sentencia constituye prueba respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización en cualquier otro proceso penal, la misma que debe ser valorada conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

30. Este Tribunal considera que dicho precepto podría ser salvado si se precisan algunos criterios para evitar defectos o vicios en su aplicación:

a. En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena.

b. Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación a los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no solo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.

c. El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los derechos de contradicción y de defensa.

d. Además, en relación a la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que ‘Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia’; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actuados en el proceso”.

Pese a que el análisis del fallo constitucional citado está relacionado al proceso penal, concretamente lo que dispone el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, la reflexión es pertinente cuando en el proceso civil se ofrece prueba trasladada consistente en una sentencia con la autoridad de cosa juzgada en la que se determinen hechos vinculados a la parte contra quien se ofrece dicha prueba. En esos casos, pareciera que se trata de una prueba infalible, sin embargo,

cabe tomar en cuenta –traspolando las reglas establecidas por el TC en la sentencia citada– lo siguiente:

- a) La sentencia de un proceso judicial de cualquier materia puede ser utilizada en cualquier proceso civil, pero no la convierte en prueba plena;
- b) Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación a las partes o terceros legitimados partícipes en dicho proceso;
- c) La sentencia incorporada como prueba trasladada debe ser incorporada al proceso, cumpliendo con los derechos de contradicción y defensa;
- d) Su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de la valoración conjunta de los medios de prueba, conforme lo señala el artículo 197 del CPC.

En consecuencia, queda claro que la sentencia ejecutoriada que se ofrece como prueba trasladada no tiene carácter pleno.



BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984): *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las instancias de mérito no pueden soslayar que la denuncia penal incoada fue contra el precitado en su condición de gerente general de dicha empresa, así como la demanda civil que nos ocupa fue interpuesta contra la empresa Agroindustrial Tumpis SA como codemandada. Por tanto, el juez de primera instancia debe expedir nueva sentencia, teniendo en cuenta lo antes mencionado y que en el proceso penal acotado, ya se ordenó el pago de la reparación civil, considerando la infracción adjetiva invocada y sus alcances, las pruebas incorporadas en el proceso penal citado sí resultan vinculantes para el presente proceso. La eficacia de la prueba producida en otro expediente judicial se mide en atención a sí este ha sido tramitado entre las mismas partes o entre un tercero y una de ellas. En consecuencia, las pruebas provenientes de un proceso penal o de otra jurisdicción también pueden ser trasladadas al proceso civil” (*Cas. N° 4171-2010-Tumbes*).

(...) La eficacia de las pruebas obtenidas válidamente en un proceso a que se refiere el artículo ciento noventiocho del Código Adjetivo no está condicionado (sic) a que las mismas hayan sido actuadas por las partes en el proceso primigenio, como erróneamente alega el recurrente, sino que para su actuación resulta imprescindible que se ponga en conocimiento de la parte contra quien se invocan (...) (*Cas. N° 2839-99-Arequipa*).

Artículo 199 | **Ineficacia de la prueba**

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 10 párr. 3; C.P.C. arts. 50 inc. 5, 197; C.P. arts. 161, 162, 164; L.O.P.J. art. 184 inc. 12.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

En materia procesal el elemento fundamental para entender toda la construcción doctrinaria es el instituto del acto jurídico procesal. Este concepto, si bien está bastante avanzado en la actualidad, hunde sus raíces teóricas en la doctrina del acto o negocio jurídico sustantivo (ALSINA, 1956: p. 608 y ss.; CHIOVENDA, 1925: p. 230; CARNELUTTI, 1950: p. 424 y ss.). Y si bien, hoy en día ya se perciben más nítidamente las diferencias entre el acto jurídico procesal y el acto jurídico sustantivo, no es menos cierto que también existe entre ellos notorias similitudes, o mejor dicho, atisbos de influencia de este en aquel.

Así, en materia sustancial se labora con los vicios de la voluntad que no son sino aquellas situaciones en las cuales la voluntad manifestada por el sujeto no siguió un proceso coherente en su formación antes de darla a conocer.

Al respecto se sabe que la voluntad, en términos muy generales, puede ser concebida como estructurada por dos subvoluntades: la voluntad interna y la voluntad externa. Por la voluntad interna debemos entender todos los componentes que permiten al agente reflexionar sobre su actitud, pero siempre en el campo intelectual interno; mientras tanto la voluntad externa implicaría manifestar o dar a conocer al mundo exterior el resultado de esas elucubraciones.

Ahora bien, entre la voluntad interna y la externa tiene que haber congruencia, y en caso de no haberla estaríamos ante una falsa manifestación de voluntad (MAZEAUD y otros, 1960: p. 340). Por consiguiente, el elemento negocial de la voluntad debe estar acompañado del requisito consistente en que entre la voluntad interna y la voluntad externa haya una coherencia plena, de modo tal que no quede lugar a duda de que lo que se manifestó es exactamente lo que se quiso declarar.

Cuando hablamos de los vicios de la voluntad, nos topamos con que la voluntad negocial se encuentra trastocada por lo que no será una voluntad plena. Tales vicios, en sede sustantiva son el error, el dolo, la violencia y la intimidación. Estos vicios

en el ámbito material son causales de anulabilidad del acto jurídico, por cuanto, lo que los caracteriza es que el sujeto ha declarado lo que deseaba y pensaba, solo que dicha voluntad real ha estado sometida a un proceso anormal de formación.

Ahora, como bien se puede ver, la norma procesal bajo estudio contempla hasta tres de ellos, obviando al error y agregando a la simulación y al soborno, y estableciendo que estas situaciones desembocarán en la ineficacia de la prueba.

De inicio compartimos la idea de que la prueba obtenida bajo estas circunstancias debe descartarse por ineficaz, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de una garantía constitucional o bien sea consecuencia inmediata de dicha violación, pues no pueden aceptarse como pruebas las evidencias obtenidas mediante violaciones de domicilio, interferencias clandestinas de comunicaciones telefónicas, interceptación y violación de correspondencia, torturas, etc., porque se transformaría a la justicia en receptora y cohonestadora de resultados ilegales (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: pp. 740-741).

Para empezar esta revisión, advertimos que procuramos evitar alguna denominación que englobe a todos estos supuestos, porque las denominaciones al respecto son variopintas y hasta confusas, entre las cuales se puede encontrar: prueba ilícita, irregular, indebida, ilegal, defectuosa, prohibida, espuria, viciada, etc., aunque no es menos cierto que hay varios intentos por distinguirlas (GINER ALEGRÍA, 2008).

2. ¿PRUEBAS O MEDIOS DE PRUEBAS?

El artículo bajo comentario nos habla de pruebas y no de medios de prueba (o, si se prefiere, fuentes de prueba), aunque esta distinción nos puede llevar a resultados disímiles.

En efecto, en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende a las razones o motivos que sirven para llevar al juez a la certeza sobre los hechos, mientras que por medios de prueba debemos concebir los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.), utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos (es decir, para obtener la prueba). Por tanto, puede existir un medio de prueba que no contenga prueba de nada, porque de él no se obtiene ningún motivo de certeza (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 29).

Así las cosas, el artículo bajo comentario parece referirse más técnicamente a los medios de prueba antes que a las pruebas en sí. Y la salida doctrinal consistiría en que como también en un sentido general se entiende por prueba judicial tanto los medios como las razones o los motivos contenidos en ellos y el resultado de estos (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 29) no habría mayor óbice para aceptar preliminarmente que la redacción del artículo alude a los medios de prueba.

3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO

En la llamada teoría general de la prueba existen algunos principios que rigen todo el fenómeno probatorio. De todos ellos, los implicados en el presente estudio son los principios de lealtad y probidad, de formalidad y legitimidad de la prueba, de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana, y de inmaculación de la prueba.

El primer principio, basado en la buena fe de las partes procesales, se conoce como de *lealtad y probidad de la prueba* o también es llamado de veracidad de la prueba. Según este, la prueba tiende a una función, la cual consiste en suministrar al juez los medios para fallar conforme a justicia, por lo cual un medio de prueba no debe usarse para deformar la realidad o para tratar de inducir al juez a un error a través del engaño, sino que se deben proporcionar los medios de prueba con probidad y veracidad, sea que provenga de la iniciativa de las partes, o de la actividad inquisitiva del juez (DEVIS ECHANDÍA, 1976: pp. 120-121).

Entonces, si la prueba tiende a la reconstrucción de los hechos tal como ocurrieron en la realidad, según este principio las partes deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, *subordinando el interés individual a una sentencia justa*. Pero en la realidad la actividad probatoria de las partes se encamina a su propio interés, por lo que, propiamente, no se les puede exigir que subordinen su interés individual a la justicia, pero por lo menos se les puede exigir que la persecución de ese interés egoísta no excluya el deber que tienen de obrar con probidad y lealtad con su actividad probatoria, pues una cosa es defender sus derechos lealmente, y otra muy diferente hacerlo con mala fe y deslealtad (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 121). Según lo dicho, no violentaría a este principio el hecho de que una de las partes no aporte una prueba que sabe se utilizará en su contra, siendo, en todo caso, tal accionar responsabilidad exclusiva de la contraparte o, en su defecto, del juez.

En fin, conectado a nuestro análisis tenemos que la probidad procesal, que se impone por lógica y hasta por sentido común, exige como requisito intrínseco de la prueba que ella esté libre de dolo y violencia, pues toda lucha tiene sus reglas mínimas para no caer en un combate primitivo (FLORIÁN *apud* DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 121).

El segundo principio conectado al tema bajo análisis es el *principio de formalidad y legitimidad de la prueba*. Se sabe que el ofrecimiento de los medios de prueba requiere de algunas formalidades, las cuales permiten que las pruebas gocen de publicidad, que se conozcan oportunamente, que no se lleven subrepticamente y que se aseguren las garantías de probidad y veracidad. Así, desde un

primer aspecto, este principio exige que la prueba sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos por ley; y desde un segundo aspecto se exige la utilización de medios moralmente lícitos para conseguir los medios de prueba, o sea, que la obtención de la prueba deba hacerse a través de modos legítimos excluyendo las *fuentes impuras de prueba*. De esta manera se concluye que la moralidad y la licitud tienen la procedencia de la prueba (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 125).

Dicho de mejor modo, por este mismo principio se entiende que la prueba está revestida de requisitos extrínsecos e intrínsecos. Mientras los primeros se refieren a las circunstancias de tiempo, modo y lugar; los segundos nos hablan de la ausencia de vicios, como el dolo, el error o la violencia en el medio probatorio; e, incluso se refieren a situaciones que lindan con la inmoralidad, donde antes que procurar la búsqueda del convencimiento del juez sobre los hechos que interesan al proceso, se pretende lesionar el patrimonio moral o económico de la parte contraria, como ocurriría, verbigracia, con la exhibición de escritos sobre escabrosos secretos familiares que en nada coadyuvan a la resolución de la litis (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 126).

Un siguiente principio es el de la *naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y del respeto a la persona humana*. Este principio exige el respeto a la libertad subjetiva de las pruebas y el rechazo de todo lo que afecte las condiciones espontáneas y genuinas del espíritu, inclusive la sugestión; como ocurre, por ejemplo, cuando se traspasan los límites de la licitud, mediante fraude, violencia o engaño que induzcan al error, pero puntualmente por parte del funcionario receptor de la prueba (DEVIS ECHANDÍA 1976: p. 134).

Por último, tenemos el *principio de inmaculación de la prueba*, según el cual, por obvias razones de economía procesal, debe procurarse que los medios allegados al proceso estén libres de vicios intrínsecos y extrínsecos que los hagan ineficaces o nulos. Se trata, en realidad, de comprender en este a los principios ya revisados de formalidad y legitimidad de la prueba, de su espontaneidad o naturalidad y licitud, pero también a los principios de oportunidad y preclusión, y de contradicción y publicidad. En suma, por este principio, se entiende que, para que la prueba sea de utilidad, es indispensable que esté libre de estos vicios, pues afectan su inmaculación (DEVIS ECHANDÍA, 1976: pp. 137 y 366).

4. REVISIÓN DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN LA NORMA

A continuación, pasamos a revisar las cinco circunstancias señaladas en el supuesto hipotético de la norma como son la simulación, el dolo, la intimidación, la violencia y el soborno, aclarando que la intimidación y la violencia las hemos trabajado en un solo apartado, por tratar ambas de variantes de violencia general.

4.1. Los medios de prueba obtenidos con simulación

Para el caso de un acto jurídico sustantivo la simulación consiste en realizar un negocio de común acuerdo entre las partes contratantes, buscando, a través del acuerdo simulatorio, engañar a terceros. Esta simulación es absoluta cuando existe un solo acto jurídico denominado simulado, y es relativa cuando detrás del acto simulado permanece oculto uno verdadero, denominado disimulado. Y tanto en la simulación absoluta como en la relativa el acto jurídico simulado es inválido, por lo que no puede producir efectos entre las partes; siendo que en la simulación relativa las partes pueden permanecer ligadas por los efectos del negocio disimulado, siempre que se hubieran cumplido los requisitos de sustancia y forma del acto disimulado (SCOGNAMIGLIO, 2001: p. 156).

Partiendo de lo mostrado, gran cantidad de doctrinarios ubican a la simulación como un supuesto de discrepancia entre la voluntad externa y la voluntad interna. Sin embargo, si recordamos que el acto jurídico se efectúa con el fin de engañar a terceros, a través del acuerdo simulatorio, entonces, estamos ante un caso que envuelve a la causa del negocio, antes que a la voluntad. Y ello, por cuanto las partes simuladoras quieren internamente un resultado que externamente logran conseguir, como es el de celebrar un acto aparente para engañar a terceros. Entonces, queda claro que los encubridores pretenden interiormente alcanzar ese engaño, de allí que simulen el acto. Ergo, no hay discordancia entre lo querido y lo manifestado (BRUGI, 1946: p. 132; ENNECCERUS, 1950: p. 388; DÍEZ-PICAZO, 2002: p. 218).

Llevando lo dicho al plano procesal, queda claro que un medio de prueba que soporte un acto simulado encajará en el supuesto de hecho de la norma bajo examen. Y decimos ello por cuanto este acuerdo simulatorio puede constar en un documento de cualquier tipo como puede ser, entre otros, una grabación, un video o un escrito, como un acta, un texto contractual, una transacción, una declaración jurada, o hasta un proceso judicial mismo. Piénsese por ejemplo en una causa judicial o un contrato donde figura una deuda simulada o un reconocimiento de obligación falso para perjudicar a un acreedor, como sucedería en un caso de alimentos.

Conforme se puede apreciar es factible que esta simulación pueda darse entre una de las partes y algunos de los testigos o peritos, de tal forma que la declaración o el informe pericial, respectivamente, adolecerían de inexactitud por ser resultado de una simulación.

Ahora bien, hemos tratado a la simulación procesal como un supuesto en el cual existe un concierto de cuando menos dos voluntades para engañar a terceros, y esto es así, porque la simulación en sede negocial exige esta participación plural en la componenda.

Sin embargo, es totalmente factible la simulación unilateral, y ello en materia sustantiva nos refiere el caso de la causa torpe. En efecto, en el supuesto de la causa torpe, a diferencia de la simulación, donde se requiere el concurso de dos voluntades dirigidas a un mismo fin aparente que engañe a terceros, basta la causa putativa o falsa de alguna de las partes para sancionar la nulidad. Por ello sería factible hablar de causa torpe en los actos unilaterales.

Trasladando este razonar al plano procesal tenemos que es totalmente viable la elaboración de medios probatorios simulados unilateralmente para perjudicar a la contraparte. Así, un documento escrito puede ser totalmente simulado. Y lo mismo sucedería con, por ejemplo, el informe de un perito de parte. Aquí la diferencia con el caso narrado líneas atrás consiste en que, si bien hay un acuerdo simulatorio entre el perito y la parte, ambos forman un solo bloque posicional en la relación jurídico-procesal, mientras que en el caso anterior el perito es un ajeno a las partes. Y para el caso del testigo, una cosa es simular con un testigo que yo mismo ofrezco y otra conseguir una declaración simulada con un testigo ofrecido por la contraparte o incorporado por el juzgador.

Por último, también es factible que un especialista o secretario judicial simulen una situación para perjudicar a una de las partes y favorecer a otra. Por ejemplo, un secretario puede extender un acta de asistencia de una de las partes a una audiencia, perjudicando a la otra, cuando la realidad es diferente. O puede extender un acta de inasistencia de ambas con el fin de archivar el proceso, cuando una de ellas estuvo realmente presente. En la misma senda, un notificador puede alegar haber diligenciado correctamente la notificación, sin ser ello real, solo con el afán de perjudicar a una de las partes, por ejemplo, en el cómputo de los plazos (TANTALEÁN ODAR, 2011).

Como es evidente, la inclusión de la simulación como supuesto normativo obedece a que estos medios de prueba manipulados a través de la simulación indiscutiblemente podrían inclinar el resultado de un proceso o alguna actuación procesal a favor de uno de los litigantes, al perjudicar el libre desarrollo de la actuación probatoria y la decisión judicial.

4.2. Los medios de prueba obtenidos con dolo

En materia negocial, el dolo, como vicio de la voluntad, consiste en la falsa representación de la realidad originada intencionalmente por un tercero, quien provoca un error en la víctima. Es decir, se trata del engaño en que se hace caer a un sujeto y por ello se lo concibe como el error provocado por otro sujeto, con conocimiento de la parte que obtuvo beneficio de él.

En este caso existe una voluntad aparentemente declarada de modo correcto, pero en realidad ella es anormal o viciosamente formada, puesto que la voluntad –tanto interna como la declarada– se ha formado de modo correcto, pero sobre una realidad aparente originada por el engaño generado por un externo.

Ya en la esfera procesal, el dolo nos refiere el supuesto a través del cual el medio probatorio se obtiene engañando al sujeto declarante, cuya manifestación de voluntad puede estar contenida en cualquier soporte que sirva de medio probatorio. Así, por ejemplo, se puede engañar a un sujeto, y este hacer una declaración en un documento escrito, en una grabación magnetofónica, en un video, etc. Piénsese, entonces, en la multiplicidad de supuestos que pueden acontecer bajo este rubro: un documento que contiene una donación de un anciano a favor de su hijo vía engaño que se utiliza como medio de prueba, un testamento generado con base en ardides, un documento donde se reconoce un hijo también vía engaño, un reconocimiento de deuda, un contrato cualquiera, etc.

También creemos que es posible una declaración inexacta al interior de una audiencia, como sucedería por ejemplo con un testigo embaucado. Y aunque un poco menos probable, es posible también engañar a un perito de modo tal que emita un informe tergiversado resultante del engaño al que se ha visto sometido. Por ello se ha dicho que los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió no pueden contradecir, variar, ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo, en cuyo caso el instrumento público no valdrá (ALSINA, 1958: p. 563). Así, por ejemplo, un funcionario público puede emitir una resolución sancionadora o reconocedora de algún derecho, firmada a través de engaños.

Ahora bien, si salimos de la esfera de influencia de la doctrina negocial, es posible encajar bajo el supuesto de la prueba obtenida con dolo a toda situación en donde ha mediado intencionalidad del obtentor de la prueba en conseguirla sin la debida aprobación o consentimiento del implicado.

Ciertamente, por ello se concibe que la acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto abarca toda aserción de lo que es falso o simulación de lo verdadero, bajo cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para este fin (ALSINA, 1958: p. 381).

Así las cosas, bajo esta causal podrían introducirse todos los casos de pruebas ilícitamente obtenidas, de modo tal que concordamos en la no aceptación –en aras de alcanzar la verdad– de la admisión del empleo, por ejemplo, de una grabación subrepticia de una conversación telefónica aun entre las mismas partes, en razón de que la correspondencia telefónica al igual que la epistolar es constitucionalmente inviolable, ello por cuanto las grabaciones realizadas sin la aprobación de

aquel cuya voz se registra se reputan como nulas y contrarias a la dignidad humana (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 740).

4.3. Los medios de prueba obtenidos con violencia e intimidación

La violencia puede ser dividida en dos supuestos: violencia física y violencia psicológica. A la primera se la conoce simplemente como violencia, mientras que a la segunda se la suele denominar intimidación.

En ambos casos de violencia no estamos propiamente ante un simple supuesto de vicio de la voluntad, sino que nos enfrentamos realmente ante un hipotético de incongruente voluntad, pues el sujeto no tiene voluntad alguna de declarar, pero se ve constreñido a ello por un evento externo, ajeno a él (psicológico o físico) que lo supedita a llevar a cabo la declaración contenida en el medio de prueba.

Dentro del campo negocial, en el caso de la violencia física o también conocida como violencia absoluta, el sujeto es forzado físicamente a celebrar un determinado acto jurídico. Para el caso que nos ocupa, entendemos que se ha conseguido un medio de prueba con base en violencia, de modo tal que se obtiene una manifestación de voluntad recopilada en cualquier soporte que sirve como medio de prueba al interior de un proceso judicial.

Entiéndase, entonces, que el medio de prueba obtenido ha implicado la recurrencia a la violencia contra un sujeto. Así, no podríamos hablar de casos de violencia en objetos, sean animados o inanimados, porque tales entes no pueden expresar voluntad alguna y por ello no podrían ingresar a ser tratados como medios de prueba.

En consecuencia, si hablamos de violencia contra un sujeto, los ejemplos podrán abarcar todos los medios de prueba en los que directa o indirectamente participe un ser humano susceptible de ser violentado. Así tendríamos, verbigracia una declaración sobre un hecho arrancada sobre la base de violencia la cual puede constar en un casete, videocasete, disco, soporte magnetofónico, etc. Igualmente tendríamos a un documento escrito rubricado, pero por haber sido violentado. Algo similar podría acontecer con un informe pericial en donde el perito ha informado de modo incorrecto porque ha sido forzado para ello.

Por su parte, en la violencia psicológica, conocida como intimidación o violencia moral, el vicio de la voluntad es el temor que despierta en la víctima la amenaza injusta de sufrir un mal. Así, al igual que para la violencia física, se pueden emitir documentos de toda clase con una declaración inexacta porque de por medio hay una amenaza contra el sujeto declarante. Entonces, es posible un informe pericial

incorrecto por estar amenazado, o un escrito o grabación que contiene una declaración inexacta por estar intimidado el declarante.

Pero, a diferencia de la violencia física, es factible que una declaración de un testigo y hasta la misma declaración de parte pueda estar manipulada por una amenaza. En ese derrotero, piénsese, por ejemplo, en un excepcional caso en donde la declaración de un menor es valorada para la decisión final, la cual está seriamente manipulada por el progenitor o algún externo vía chantaje. Por ello es que se ha afirmado acertadamente que los testigos de un instrumento y el oficial público que lo extendió, no pueden contradecir, variar, ni alterar su contenido, a menos que aleguen que testificaron el acto por violencia en su contra, en cuyo caso el instrumento perderá validez (ALSINA, 1958: p. 563). Además, cabe la posibilidad de que la confesión se haya prestado bajo el temor de una venganza (ALSINA, 1958: p. 382).

Obviamente esta amenaza debe ser real y suficiente para condicionar a la víctima, lo cual debe ser evaluado cuidadosamente por el magistrado. Así, el tema de la intimidación es fácil de entender cuando conectamos al declarante con un sujeto que tiene poder sobre él, como sucedería, por ejemplo, con un trabajador y su jefe, o en el caso de un reo con las autoridades penitenciarias, o un menor con su tutor, o un incapaz con su curador, etc.

Para terminar este acápite, cabe recordar que, en virtud del inciso h del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, carecen de valor las declaraciones extraídas por violencia moral, psíquica o física, generando responsabilidad en quien la emplee.

4.4. Los medios de prueba obtenidos con soborno

Como se conoce, el soborno o cohecho implica la entrega de una dádiva, como dinero o regalos, concedida a alguien de modo ilícito para conseguir una inclinación que no debiera tener, siempre y cuando este sujeto tenga la posibilidad de influir en el resultado final.

Puntualmente, el soborno en un medio de prueba exige la entrega o promesa de un beneficio para la obtención de un instrumento probatorio, cualquiera que fuese, a efectos de poder ser utilizado en un proceso judicial.

Líneas atrás reseñamos el principio de naturalidad o espontaneidad de la prueba. Por este principio se incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, traducciones o copias, que hayan sido falsificados o alterados, sea en virtud de dinero o de beneficios de otro orden (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 135).

La prueba obtenida con soborno nos refiere el supuesto más común, el cual consiste en la obtención de un medio de prueba tergiversado vía una dádiva o promesa, como puede ocurrir, por ejemplo, con una declaración jurada, un documento contractual, un informe pericial, una declaración testimonial, y hasta una declaración de parte, como ocurriría, verbigracia, cuando quien va a deponer es un representante de una persona jurídica que bien podría perjudicarla con su manifestación.

5. ¿Y LOS MEDIOS DE PRUEBA OBTENIDOS CON ERROR?

El error, como vicio de la voluntad, consiste en una falsa representación de la realidad, que determina al sujeto a declarar una voluntad que no habría declarado de conocer la verdadera situación real. En este caso el desliz es del propio agente, de manera que se diría que él mismo se engañó, por lo que más que atacar a la voluntad parece referirse a la causa, de modo que nos enfrentamos a una causa viciada por error (DE CASTRO Y BRAVO, 1991: p. 500).

En el artículo *sub examine* no se ha consignado el error como una causal de ineficacia probatoria, y tal omisión parece obedecer a que en el negocio jurídico material el error implica que alguien hizo una declaración percibiendo mal la realidad, de modo tal que el proceso formativo de la voluntad es equivocado porque la percepción de la realidad es errada. Entonces, se podría entender que no es factible el error en sede judicial por cuanto toda actuación procesal se la tiene por cierta y adecuada, desde que se involucra a uno de los poderes estatales –como es el judicial– en su realización. Así, por ejemplo, es inverosímil creer que alguien presentaría una demanda por error.

Pero si revisamos bien, el artículo que nos convoca no habla de cualquier acto procesal sino de la obtención de los medios de prueba, por tanto, hay que averiguar, primero, si es posible obtener una prueba con error, y segundo, si es posible la utilización de dicha prueba obtenida con error, en caso de existir.

Si por el error alguien percibe incorrectamente la realidad y en virtud de tal situación emite una declaración inadecuada, precisamente por no estar ajustada a la realidad, no vemos inconveniente en que se pueda obtener una prueba basada en el error. Por ejemplo, se puede conseguir una declaración de cualquier sujeto que comprendió mal la realidad, y luego utilizar dicha manifestación como un medio de prueba.

Así, verbigracia, en nuestra serranía al contrato de anticresis se le denomina hipoteca, es decir, nuestros campesinos llaman hipoteca al contrato por el cual una parte transfiere temporalmente un inmueble a cambio de dinero, y luego de un tiempo se retorna el dinero y el bien a sus respectivos titulares. Imaginemos, entonces, que alguien está necesitando acreditar que el inmueble anticresado está

hipotecado, y utiliza para ello la declaración expresa del campesino que reafirma que su bien está hipotecado (porque está convencido de ello), cuando en realidad solo está anticresado.

Bajo la misma senda, es totalmente posible el error en una pericia contable o en un inventario elaborado y presentado como prueba (SADA CONTRERAS, 2000: p. 246). Además, el error se puede cristalizar en una declaración de parte o en materia de confesión, lo cual supone la existencia de dos elementos: uno objetivo, que consiste en la no existencia del hecho confesado o de la calidad que se le atribuye; y otro subjetivo, consistente en la falsa opinión que el confesante tenía respecto del hecho mismo (ALSINA, 1958: p. 381).

6. ¿EL JUEZ PODRÍA INCURRIR EN ESTOS SUPUESTOS?

Hemos trabajado todo el análisis de las causales del artículo bajo los supuestos de que son las partes quienes practican o son víctimas de estas conductas perjudiciales. No obstante, es necesario preguntarnos si es que el juzgador podría también incurrir en algunas de estas actitudes de manera tal que desnaturalicen el medio de prueba.

Veamos, en el caso de la *simulación* creemos que es factible que el juzgador participe de la obtención del medio de prueba, por ejemplo, concertando con una de las partes sobre la veracidad de un medio de prueba. El caso se complica si es que, a la vez, participa un perito. Piénsese, entonces, en un caso donde el perito, una de las partes y el juez se ponen de acuerdo respecto de la presentación de un informe pericial simulado. Aquí la peritación es absolutamente irreal.

En el caso del *dolo*, aunque un poco más complicado, creemos que también sería viable cuando el juez participa del engaño, por ejemplo, respecto de un testigo o, incluso, de la misma parte. Alguna vez nos tocó ver un proceso de alimentos, en el cual la mujer podía obtener una pensión relativamente alta; pero un día fue *llamada* por el juez y en reunión privada con la contraparte (sin la participación del abogado) se la engañó de manera que si firmaba una transacción se le dijo que ella no perdía el monto inicialmente pedido. El resultado, como es evidente, perjudicó a la señora, pues en la transacción renunciaba a la litis, recibiendo el monto allí plasmado. Y como la transacción fue ofrecida al interior del proceso, se la valoró de manera que se archivó la causa. En este caso se puede apreciar que el juzgador participó de modo doloso en la elaboración del documento transaccional. En este rubro el profesor CHIOVENDA (1925: p. 400) nos da la razón cuando enseña que puede ocurrir que una sentencia sea intrínsecamente justa pero exteriormente no, debido, entre otros motivos, no solo a una actividad dolosa realizada por una parte en daño de la otra, sino también del dolo del propio juez.

En el tema de la *violencia* nos ha tocado ver casos en donde el juez, valiéndose de su investidura, obligaba a las partes a firmar actas (de acuerdos o de inspecciones) en las cuales figuraban actuaciones que no se habían realizado, bajo amenaza de multas u otras sanciones, configurándose en este caso un supuesto de violencia psicológica o intimidación, pues el hipotético de violencia física generada por un juzgador es poco creíble, a menos que se valga de terceros. Esta postura la ratifica el profesor DEVIS ECHANDÍA (1976: p. 366), para quien la violencia del juez para obtener la confesión o testimonio, hace que la prueba sea ilícita e inexistente o nula.

Por último, en el tema del *soborno*, y según lo anotado líneas antes, es absolutamente factible que un juez pueda participar en él, pues si bien el soborno se puede haber materializado con otro sujeto, como un perito o un testigo, no es menos cierto que el juzgador podría haber participado en la generación de la prueba. Por ejemplo, un justiciable por error olvidó proponer un medio de prueba determinado, verbigracia una inspección. Y como ya precluyó la fase postulatoria, soborna al juez para que este —vía una discutible prueba de oficio— ordene la realización de la inspección que finalmente influirá en el resultado. Como se puede ver, en este caso es el juez quien participa de la inconducta justamente para la generación de una prueba que, por la preclusión procesal, no debió incluirse.

7. LA INEFICACIA PROBATORIA COMO CONSECUENCIA

En la norma contenida en el artículo bajo estudio se imputa que bajo cualquiera de estos supuestos en la obtención del medio de prueba (simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno) se tiene como consecuencia jurídica la ineficacia probatoria del medio propuesto. Ello quiere decir que el medio probatorio propuesto debe desecharse sin más por parte del juzgador, y, por ende, no valorarlo para la emisión de la resolución correspondiente. Y decimos esto porque si bien, por regla general, los medios de prueba se dirigen a sustentar la fundabilidad o infundabilidad de la demanda, es totalmente viable hablar de medios de prueba para otras actuaciones como sucede, por ejemplo, con una excepción o una cuestión probatoria.

Para comprender mejor la ineficacia probatoria, CARNELUTTI (1950: p. 528) nos enseña que cuando el acto jurídico procesal está provisto de todos sus componentes, es perfecto. A esta perfección del acto, en la que se expresa la presencia de todos sus componentes, se opone su imperfección, la cual es, recíprocamente, la ausencia de alguno de sus requisitos por la presencia de algún vicio. De la perfección del acto deriva su eficacia, y como contrapartida, de la imperfección del acto se deriva su ineficacia. Así tenemos que la perfección es un concepto estático mientras que la eficacia es concepto dinámico; la primera se refiere al ser del

acto, y la segunda a su operar. El acto es eficaz o ineficaz según que produzca o no produzca efectos jurídicos.

Como sea, en cualquier caso que se haya obtenido el medio de prueba bajo estos supuestos, no surtirá los efectos o no cumplirá los objetivos para los que fue ofrecido al interior del proceso judicial, que es justamente lo que significa ineficacia.

Como bien se ha dicho, el sustento para que el legislador haya establecido esta sanción consiste en que conceder valor a estas pruebas obtenidas ilegítimamente y apoyar en ellas una resolución judicial, además de contradecir la garantía del debido proceso, compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias (LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 741).

En fin, dentro de esta lista de supuestos de ineficacia a que se refiere el artículo 199 podrían agregarse las pruebas prohibidas legalmente, como ocurre, por ejemplo, con la declaración de testigos absolutamente incapaces o de consanguíneos, según los preceptos del artículo 299, incisos 1 y 3 del Código Procesal Civil, respectivamente.

La última interrogante en este acápite –por cierto, nada despreciable– nos refiere el modo y tiempo de probanza de estas conductas sancionadas. Para ello dejamos por sentado que el principal legitimado para el cuestionamiento será el perjudicado con el medio de prueba, sin cerrar la puerta a que el propio juzgador, si es que se pudiese afectar gravemente la resolución a emitir, pueda declarar de oficio la expulsión del medio de prueba o, simplemente, no tenerlo en cuenta al momento de resolver.

En cuanto al modo la discusión consiste en saber si es necesario contar con alguna sentencia judicial que declare expresamente la simulación, el dolo, la intimidación, la violencia, o el soborno. Y de ser afirmativa esta respuesta, hay que averiguar si se debe tratar de una sentencia final o basta con una provisional. El sustento para esta postura es la seguridad jurídica, pues con una sentencia alterna podemos estar seguros definitivamente de que el medio de prueba fue alterado por una de estas situaciones y, por ende, no debería valorarse. Obviamente el inconveniente tiene que ver con aspectos temporales que lindan con el principio de economía procesal.

Por el otro lado, y siempre dentro del modo de probanza, se puede aseverar que no se requiere de una sentencia ni provisional ni firme, sino que bastaría con algunos elementos probatorios suficientes como para entender que el medio de prueba cuestionado fue obtenido ilícitamente. Aquí el sustento primordial es la celeridad procesal, pero como crítica tenemos la inseguridad que ello podría traer, peor aún

cuando fuese el mismo juez quien participó de estas ardidés, situación en la cual deberá ser el superior quien evalúe y determine la ineficacia del medio de prueba.

Parece ser que la solución adecuada a este dilema es la discusión del medio probatorio al interior del mismo proceso donde se pretende utilizarlo, pues esperar al resultado de un proceso judicial alterno implicaría una peligrosa paralización en la solución de la causa. Aquí el asunto de la seguridad jurídica se supera con un mínimo de cánones que permitan la contradicción entre las partes y la libre valoración del juzgador. Y, como ya se anotó, en caso de que el mismo juez hubiese sido partícipe de alguna de estas inconductas, corresponderá al superior jerárquico la evaluación y determinación de la ineficacia del medio de prueba.

En lo concerniente al tiempo de probanza de la situación dañina, la duda surge si ella debe hacerse al momento de la presentación del medio de prueba, hasta antes de la admisión del medio de prueba, hasta antes de su actuación, hasta antes de ser valorada, o en cualquier momento.

Por el espíritu del artículo entendemos que la probanza de la inconducta podría ser en cualquier estadio procesal, pues, por ejemplo, uno no podría darse cuenta de que la declaración testimonial está manipulada sino hasta escuchar al testigo; o luego de emitida la sentencia recién podrían aparecer indicios del soborno a un perito o al juez para la recurrencia a un medio de prueba que fue determinante en el caso.

Para tal efecto, entonces, se puede recurrir, según la fase procesal, a todos los mecanismos franqueados por la ley como serían, por ejemplo, las cuestiones probatorias, al momento de la fijación de los puntos controvertidos, en el saneamiento probatorio, a través de una nulidad, o cualquier medio impugnatorio; ello hablando siempre dentro del mismo proceso, es decir, sin necesidad de recurrir a otras vías extraprocesales, como serían una queja administrativa o el inicio de un proceso constitucional o de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, o de nulidad del documento ofrecido como prueba, etc.

En efecto, estos vicios pueden afectar los actos de las partes, del juez y de los testigos, peritos e intérpretes, pero son vicios que no siempre pueden ser apreciados por el juez en el momento de admitir o decretar la prueba (excepto cuando la violencia se ejerce sobre él para ese acto), razón por la cual deben alegarse para su nulidad (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 365). También es permisible contraponer los testigos a los escritos cuando se trata de probar el error, el dolo o la violencia en sus otorgantes (ALSINA, 1958: p. 397). El dolo en los testigos o peritos puede alegarse en incidente de la falsedad o como objeciones al dictamen. Incluso el juez debería proceder de oficio cuando tuviese conocimiento procesal de estas vicisitudes (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 366).

En resumen, que el medio probatorio no goce de eficacia quiere decir que no sea tomado en cuenta al momento de emitir la resolución respectiva. Por tanto, el mecanismo utilizado y el momento interesan solamente en la medida en que sean idóneos para atacar la eficacia, es decir, para que el medio de prueba no sea tomado en consideración en la resolución.

8. ¿Y LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON SIMULACIÓN, DOLO, INTIMIDACIÓN, VIOLENCIA O SOBORNO?

Como vimos al inicio, el artículo bajo comentario nos habla de pruebas y no de medios de prueba. Y como en sentido estricto por pruebas judiciales se entiende las razones o motivos que sirven para llevar al juez a la certeza sobre los hechos (DEVIS ECHANDÍA, 1976: p. 29), la última interrogante consiste en saber si las situaciones descritas se podrían presentar al momento del raciocinio judicial, es decir, en el instante en que el juzgador determina los motivos que sustentarán su fallo.

Así las cosas, consideramos que es totalmente factible que una prueba, o sea, una motivación judicial que inclina la resolución en un sentido, pueda ser obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. Pensemos en el caso de que un juez establece como motivo determinante de su causa una razón, la cual es resultado de un previo soborno.

Alguna vez nos tocó evaluar un caso de interdicto, en donde, pese a existir un documento escrito en el cual el poseedor despojado entregaba pacíficamente el bien, la judicatura *dio más peso motivacional* al entorno probatorio, infravalorando este documento. Aquí, era evidente que se manifestó una de las situaciones previstas, aunque no tenemos certeza de que se trataba de error, violencia o soborno.

Ni qué decir de un supuesto de violencia, en donde se fuerza al juzgador a razonar de tal o cual manera o a establecer determinadas razones para soportar su fallo.

Para concluir, aunque el artículo en espíritu parece referirse únicamente a la ineficacia de los medios de prueba, las últimas situaciones descritas podrían ventilarse con base en el mismo artículo porque literalmente se habla de *prueba* antes que de *medio probatorio*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, vol. I, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; ALSINA, Hugo (1958): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Juicio ordinario*, vol. III, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar; BRUGI, Biagio (1946): *Instituciones de Derecho Civil con aplicación especial a todo el Derecho Privado*, trad. Jaime Simo Bofarull. México D. F.:

Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana; CARNELUTTI, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil*. 5ª ed. italiana, trad. Santiago Sentis Melendo, vol. I. Buenos Aires: EJE; CHIOVENDA, José (1925): *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. José Casáis y Santaló, vol. II. Madrid: Reus; DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1991): *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1976): *Teoría general de la prueba judicial*, ed. Víctor P. de Zavalía, vol. I. Buenos Aires: Zavalía; Díez-PICAZO, Luis (2002): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría general del contrato*, 5ª ed., vol. I, Madrid: Civitas; ENNECERUS, Ludwing; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín (1950): *Tratado de Derecho Civil. Parte general II*, 2ª ed., al cuidado de José Puig Brutau, trad. Blas Pérez González y José Alquer, vol. I, Barcelona: Casa Editorial Bosch; GINER ALEGRÍA, César Augusto (2008): "Prueba prohibida y prueba ilícita". En: *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia), N° 26; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I, Lima: Gaceta Jurídica; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD León y MAZEAUD Jean (1960): *Lecciones de Derecho Civil. Derechos reales principales: El Derecho de Propiedad y sus desmembraciones*, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, vol. IV. Buenos Aires: EJE; SADA CONTRERAS, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; SCOGNAMIGLIO, Renato (2001): "El negocio jurídico: Aspectos generales". En: *Teoría general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales*, ed. trad. Leysser L. León. Lima: ARA; TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario (2011): "El dilema de las notificaciones bajo puerta". En: *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*, de Jesús Córdova Schaefer. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ABELENDA, César Augusto (1980): *Derecho Civil. Parte general*, vol. 2. Buenos Aires: Astrea; ALBALADEJO, Manuel (1996). *Derecho Civil I. Introducción y parte general. La relación, las cosas y los hechos jurídicos*. 14ª ed., vol. II. Barcelona: Bosch; BARASSI, Lodovico (1955): *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Ramón García de Haro de Goytisolo, vol. I. Barcelona: Bosch; BARBERO, Doménico (1967): *Sistema del Derecho Privado. Introducción. Parte preliminar. Parte general*, trad. Santiago Sentis Melendo, vol. I. Buenos Aires: EJE; BETTI, Emilio (2000): *Teoría general del negocio jurídico*, trad. A. Martín Pérez. Granada: Comares; BORDA, Guillermo A. (1991): *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 10ª ed., vol. II. Buenos Aires: Perrot; CAMUS, E. F. (1945): *Código Civil explicado. Libro Cuarto. De las obligaciones y contratos*, vol. III. La Habana: Cultural La Habana; CAMUSSO, Jorge P. (1983): *Nulidades procesales*. Buenos Aires: Ediar; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio (1955): *Código Civil. Disposiciones legales complementarias, concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema, con notas*. Lima: Librería Mejía Baca - Editor; CHIOVENDA, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. it., trad. José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; CORNEJO, Ángel Gustavo (1937): *Derecho Civil. Primer curso. Personas*. Lima: Versión taquigráfica corregida y autorizada por el catedrático del curso - UNMSM; COUTURE, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; COVIELLO, Nicolás (1949): *Doctrina general del Derecho Civil*, 4ª ed. it., trad. Felipe de J. Tena. México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana; DE CUPIS, Adriano (1960): *Teoría y práctica del Derecho Civil*, trad. Juan Martínez Valencia. Barcelona: Bosch; DE DIEGO, F. Clemente (1930):

Instituciones de Derecho Civil español, vol. II. Madrid: Imprenta de Juan Pueyo; DE RUGGIERO, Roberto (1915): *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro, vol. I. Madrid: Reus; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Aguilar; DORAL, José Antonio y DEL ARCO, Miguel Ángel (1982): *El negocio jurídico*. Madrid: Trivium; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008): *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica; FERRI, Giovanni Battista (2002): *El negocio jurídico*, trad. Leysser L. León. Lima: ARA; FLUME, Werner (1998): *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil*. 4ª ed., trad. José María Miquel González y Esther Gómez Calle, vol. II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado; GALGANO, Francesco (1992): *El negocio jurídico*, trad. Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albertosa. Valencia: Tirant lo Blanch; GARCÍA AMIGO, Manuel (1979): *Instituciones de Derecho Civil. Parte general*, vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas; GARIBOTTO, Juan Carlos (1991): *Teoría general del acto jurídico*. Buenos Aires: Depalma; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo (1994): *El negocio jurídico*, 2ª ed. Lima: Grijley; MESSINEO, Francesco (1986): *Doctrina general del contrato*, vol. I, trad. R. O. Fontanarrosa, Santiago Sentis Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: EJEA; PASQUAU LIAÑO, Miguel (1997): *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Madrid: Civitas; PLANIOL, Marcelo y RIPERT Jorge (1946): *Tratado práctico de Derecho Civil francés. Las obligaciones. Primera parte*, trad. Mario Díaz Cruz, Eduardo Le Riverend Brusone y Pablo Esmein, vol. VI. La Habana: Cultural; SALVAT, Raymundo (1954): *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general*, 10ª ed., vol. II. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina; TABOADA CORDOVA, Lizardo (2002): *Nulidad del acto jurídico*. Lima: Grijley; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2001): *Acto jurídico*. Lima: Editorial Idemsa; VON TUHR, Andreas (1947): *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán. Los hechos jurídicos*, vol. II, tomo I, trad. Tito Rava. Buenos Aires: Depalma; ZANNONI, Eduardo A. (2000): *Eficacia y nulidad de los actos jurídicos*, 2ª reimp. Buenos Aires: Astrea.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La vulneración de un derecho fundamental en la aportación del material probatorio al proceso o en la práctica de la prueba impide la valoración de la prueba resultante y en otros supuestos, en que no resulta infringido ningún derecho fundamental, sino en los que se vulneran exclusivamente normas de rango ordinario, deberá ponderarse la trascendencia de la infracción procesal, atendiendo a los intereses en conflicto, finalmente afirma que la solución al problema habrá de ser adoptada a la vista de los intereses en conflicto según las circunstancias del caso concreto, en cumplimiento del principio de proporcionalidad (*Exp. N° 342-2001-Lima*).

La sala no puede emitir válidamente sentencia si de autos obra que la recurrida se basa en prueba que se ha obtenido a través de la comisión de delito (*Cas. N° 602-96-Lima*).

Artículo 200 | Improbanza de la pretensión

Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 196; L.O.P.J. arts. 276, 277.

Reynaldo Mario Tantaleán Odar

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los modos de explicar el desarrollo del proceso civil alude a tres filtros (cfr. TICONA POSTIGO, 1998), uno de admisibilidad, otro de procedibilidad y el último de fundabilidad. En el primero, o sea en el de admisibilidad, se evalúan los aspectos mínimos y preliminares de los actos procesales susceptibles de subsanación, de modo que permitan ingresar a su estudio o evaluación. En el segundo filtro, el de procedencia o procedibilidad, se examina todo lo concerniente a la correcta conformación de la relación jurídico-procesal, de modo que se facilite con ello un pronunciamiento final sobre el fondo. Por último, en el juicio de fundabilidad, propiamente el juzgador emite su decisión final dando la razón o no al justiciable.

El tema que nos convoca es de suma utilidad, sobre todo, en este último filtro, pues con la exigencia de probar se le brinda al magistrado la solución para que dicte sentencia de fondo y no se vea obligado a pronunciar un *non liquet* que representa el fracaso del proceso, ocasionado por la insuficiencia de la prueba (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 13).

Al respecto, hay que resaltar que si bien estos filtros actúan de modo consecutivo, como fases interrelacionadas, ello es así en un plano ideal. O sea, el modelo que trae consigo el CPC aspira a ello, a que solamente se llegue a la sentencia cuando el juzgador ya ha revisado correctamente los dos anteriores filtros y se dedique de lleno exclusivamente a sentenciar sobre el fondo de la controversia. En efecto, en el artículo 322, inciso 1 se prescribe que concluye el proceso con declaración sobre el fondo cuando el juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda. Sin embargo, en la realidad no siempre es así, pues es totalmente factible que habiendo superado (aparentemente) el filtro de procedibilidad, estando

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

en la fase decisoria, el juez tenga que declarar improcedente el pedido de un litigante o emitir un fallo inhibitorio.

Ahora bien, se dice, y así lo recoge nuestro CPC, que la admisibilidad refiere un filtro de orden formal a los escritos judiciales; es decir, que se declarará inadmisibile la demanda que no cumpla con un requisito de forma. Como contraparte también se suele afirmar que la procedencia alude más bien a un tema de fondo, de manera tal que si una demanda no cumple con los requisitos de fondo será rechazada por ser improcedente. Desde luego, el artículo 128 del CPC textualmente prescribe que el juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente, y declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

No obstante, esto no es del todo correcto porque cuando hablamos de fondo de la litis –como ya se anotó– estamos en el filtro de la fundabilidad, por tanto, no se puede decir que la procedencia filtra aspectos que tengan que ver con el fondo de la causa, más bien, recién superado el tamiz de la procedibilidad es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la litis, o sea de fundabilidad.

Así las cosas, el término improcedente no es muy cierto que esté ligado a la falta de un requisito de fondo. Se considera que este concepto está en relación con su posibilidad o no, de subsanación, lo cual quiere decir que si el acto es improcedente no es posible subsanarlo. En ese mismo sentido, si el acto es inadmisibile, tampoco esto se referiré exclusivamente a un requisito de forma, sino que se halla en relación directa con la posibilidad de su subsanación. Por ello si un acto es inadmisibile, es perfectamente subsanable. Por consiguiente, la inadmisibilidad se diferencia de la improcedencia en que en la primera hablamos de aspectos susceptibles de subsanación, en tanto que en la segunda, no es posible propiamente hablar de subsanación. Esto explica por qué, por ejemplo, en el artículo 551 se expresa que ante un supuesto de inadmisibilidad se concederá un plazo a fin de que el demandado subsane la omisión advertida. En cambio, al tratarse de un supuesto de improcedencia, el juez, de plano, ordenará la devolución de los anexos, evidentemente sin pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Ahora bien, los supuestos de inadmisibilidad de la demanda están plasmados en el artículo 426 del CPC, y son solamente cuatro: no tener los requisitos legales; no acompañar los anexos exigidos por ley; la imprecisión o incompletitud del petitorio; y la indebida acumulación de pretensiones. Entre tanto, los supuestos de improcedencia de la demanda están plasmados en el artículo 427, y refiere los siguientes casos: que el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar, que el demandante carezca manifiestamente de interés para obrar, se advierta la caducidad del derecho, no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio, o el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.

En este punto haremos hincapié en que la Ley N° 30293 suprimió –de modo discutible (cfr. ROCCO, 2005: p. 29; DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 104 y ss.)– de entre los supuestos de improcedencia a la carencia de competencia y a la indebida acumulación de pretensiones, ubicando esta última como nueva causal de inadmisibilidad.

2. EL TENOR ORIGINAL DEL ARTÍCULO 200 Y SU NUEVA REDACCIÓN

El artículo 200 del CPC bajo estudio ha sido modificado, y originalmente prescribía:

“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”.

El 28 de diciembre del año 2014, mediante el artículo 2 de la Ley N° 30293 se dispuso una nueva redacción, la cual entró en vigencia a los treinta días hábiles de su publicación, siendo su tenor el siguiente:

“Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvencción, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”.

Como se puede ver, aunque en el fondo se regula lo mismo, aparentemente se perciben algunas pequeñas diferencias, las cuales pasamos a comentar, haciendo hincapié en que en la propia ley modificatoria en su artículo 1 se señala que su objetivo es brindar herramientas para la celeridad de los procesos civiles, y a la vez, modernizar algunos requisitos y formalidades; situación que parece no materializarse al menos en el presente caso.

En este punto precisaremos que el contenido del artículo bajo examen refiere a lo que se conoce en doctrina procesal como la carga de la prueba, e indirectamente al objeto de prueba, sin perjuicio de lo prescrito en el artículo 196 del CPC. Así, la carga de la prueba responde a la pregunta quién debe probar, mientras que el objeto de prueba responde a la interrogante qué se debe probar.

Sobre la carga de la prueba se ha dicho que expresa o implícitamente en todo proceso existe el problema de determinar a quién corresponde soportar las consecuencias de la falta de prueba de la existencia o inexistencia de los hechos investigados o discutidos. (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 13). Esta carga de probar se entiende como un deber jurídico por el cual no basta con informar adecuadamente el juzgador de lo acontecido sino de facilitarle también los medios de prueba que acrediten lo comunicado (CARNELUTTI, 1950: p. 344), y su regulación persigue reparar entre las partes la carga probatoria según el principio de normalidad y mayor facilidad de la prueba (CHIOVENDA, 1922: p. 147).

2.1. Los sujetos procesales y la acreditación de sus hechos

La nueva redacción habla solamente de la' que ha presentado una demanda o reconvencción, es decir, únicamente se refiere al demandante y por extensión al reconviniendo, que no es sino otro demandante quien ejerce su derecho al contestar la demanda (cfr. art. 445). Pero se olvida en el texto que dentro de los *- ' (comprendemos no solo al demandante, sino también al demandado, y a los terceros (piénsese por ejemplo en un litisconsorte facultativo o en una intervención principal o excluyente).

Y si se pudiese abarcar dentro del vocablo' a los demandantes, demandados y terceros 3% < # 2000: p. 41), al menos eventualmente # 1958: p. 34), en puridad estos últimos no presentan ni demanda ni reconvencción alguna, pero es totalmente factible que prueben sus afirmaciones fácticas con medios probatorios, máxime cuando su derecho a defender es incompatible con la posición de demandante y demandado, como sucede por ejemplo, en las tercerías o en la evicción. Por ello es que con acierto se ha dicho que es labor de la ley distribuir por anticipado la fatiga probatoria entre los diversos sujetos procesales # 1958: p. 242).

Entiéndase, entonces, que si bien en estricto el pronunciamiento final será con respecto a la demanda (o reconvencción) declarándola fundada o infundada, porque es el demandante quien activa el aparato judicial, ello no quiere decir que el demandado no pueda recurrir a argumentos de defensa sustentados en medios probatorios para acreditar su posición -que consiste en comprobar la falsedad de las proposiciones postuladas por el demandante # 1958: p. 216)-; y ni qué decir de un tercero o litisconsorte.

En tal sentido, la redacción primigenia, al ser más amplia, era un poco más acertada, aunque en el fondo se quiere decir exactamente lo mismo.

Por último, no se pierda de vista que el artículo 200 está ubicado en la Sección Tercera referida a la actividad procesal en general, y la voz' no es la más idónea-técnicamente hablando- cuando nos enfrentamos a un proceso no contencioso # % 1950: p. 49; # 1958: p. 48), donde también el solicitante está obligado a probar los hechos que alega (cfr. arts. 751, 754 y 761, inc. 3).

2.2. El objeto de prueba en el supuesto de hecho hipotético de la norma

De otro lado tenemos que la nueva redacción habla de que es la parte quien debe acreditar con medios probatorios lo que afirma 3 (' \$ & \$) & ' 0 (1*) & \$ * &) \$& \$% \$ # \$4 mientras que en el texto original se refería a la situación negativa de la probanza

de los hechos que sustentan la pretensión (*si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión*). La interrogante que surge es ¿qué diferencia sustancial hay entre ambas redacciones, en lo referente al supuesto de hecho normativo?

En realidad no hay mayor cambio, pues es evidente que es la parte quien debe probar lo alegado fácticamente, y ello se hace regularmente a través de medios probatorios. Es más la redacción original era mejor porque la acreditación de los hechos se puede hacer a través de mecanismos distintos a los medios de prueba *stricto sensu*, como ocurre por ejemplo, con los sucedáneos de prueba (art. 275), los subrogados de prueba como las presunciones (arts. 278 y 279, cfr. art. 190, inc. 3) o las ficciones (art. 283), o con la conducta procesal (art. 282); precisando, además, que hay hechos que no necesitan ser probados como los notorios, imposibles, evidentes, normales o regulares, no controvertidos o admitidos (cfr. art. 190, inc. 1), o los negados indefinidamente (*vide Devis Echandía*, 1966: p. 30; cfr. *Chio vinda*, 1922: p. 202) pero que podrían servir para apuntalar una pretensión.

Así, partiendo de que el magistrado conoce el derecho bajo el principio de *iura novit curia* (cfr. art. VII) corresponde a los justiciables probar los hechos, pues es sobre ellos que el juzgador no tiene conocimiento. En suma, los medios probatorios deben referirse a los hechos, tal y como se consagra al inicio del artículo 190.

En ese derrotero, el derecho no tiene que ser probado -salvo cuando se trata de derecho extranjero (art. 190, inc. 4)- lo cual se sustenta en que el derecho se presume *iuris et de iure* conocido por todos desde su publicación, por lo que pensar de modo distinto no sería razonable (*Couture*, 1958: p. 220). Por ello es que se explica que en el caso de tratarse de una controversia de puro derecho, es decir, donde no se discute ni tiene que probarse hecho alguno, nuestra codificación, en su artículo 473, inciso 1, ha previsto la figura del juzgamiento anticipado (punto muy aparte merece el gran problema que genera la derogación tácita en donde se puede alegar que la supuesta norma derogada sigue vigente. Y lo mismo se predicaría de la costumbre como fuente de Derecho (cfr. *Couture*, 1958: p. 221).

Pareciera, entonces, que la redacción primigenia era algo más apropiada porque permitía la prueba de los hechos bajo cualquier mecanismo, mientras que la actual redacción parece fijar la exigencia de la probanza exclusivamente con medios probatorios.

En fin, se olvida en la segunda redacción que los medios de prueba una vez admitidos, dejan de *pertenecer* a la esfera dispositiva de las partes, y son *adquiridos* por el proceso mismo, ello según el conocido principio de adquisición o comunidad de la prueba (*vide Valmaña Gabanes*, 2012: p. 7). Por tanto, cualquier sujeto procesal puede probar sus afirmaciones con cualquier medio probatorio incorporado al proceso, y no solo por los ofrecidos por él mismo. O sea,

si un hecho está probado, al tribunal no debe importarle quién realizó la prueba (MONTERO AROCA apud LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 743). Piénsese un momento en los medios de prueba incorporados de oficio por el juzgador que favorecen en resultado al demandante o reconviniendo (cfr. art. 194), medios de prueba que, por cierto, son excepcionales desde que el proceso civil está dominado por el principio en virtud del cual, porque operan dos partes en contraste entre sí, es recomendable privar al juez de la iniciativa en orden a la búsqueda de las pruebas, en la cual debe pensar en su interés cada una de las partes (CARNELUTTI, 1950: p. 344).

2.3. La incorporación parcial de la reconvención

Un tercer cambio aparentemente sustancial es que en el artículo primigenio se hablaba solamente de demanda, mientras que ahora se ha agregado la reconvención.

Nuevamente el cambio parece innecesario porque la reconvención no es sino es una demanda planteada por el demandado original, por tanto queda sujeta a toda la regulación de la demanda, tal y como se ha plasmado en el artículo 445 del Código adjetivo. El texto original era suficiente para comprender que la reconvención también es susceptible de pronunciamiento de fundabilidad, es decir, de ser declarada fundada o infundada.

Pero lo curioso de la situación es que por querer subsanar el error, nuevamente se incurrió en él. Es decir, justo el mismo artículo adolece del mismo defecto que quiso corregir, pues en el supuesto de hecho se incorpora a la reconvención, pero en la consecuencia jurídica solamente se habla de la demanda, obviando a la reconvención.

En una palabra, desde lo anotado, el texto, para guardar la coherencia buscada, debió quedar más o menos del siguiente modo:

“Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda o **reconvención** será declarada infundada” (énfasis agregado).

En consecuencia la omisión de la *reconvención* en la parte de la consecuencia hace inservible su incorporación en el supuesto de hecho normativo, por lo que –insistimos– la versión original bastaba para entender lo que se quiso transmitir desde un inicio.

2.4. La presunción relativa de verdad en la rebeldía

Se podría argüir que el cambio en la redacción en esencia surte efecto en el supuesto de la rebeldía. Ciertamente, cuando se declara rebelde al demandado por no presentarse al proceso en el tiempo prescrito, nuestro Código establece un

supuesto de presunción relativa de verdad (art. 461). Esto quiere decir que preliminarmente lo aducido por el demandante se tendrá por cierto, salvo cuatro puntuales excepciones.

Pero, ¿cuál es el efecto de que la presunción sea considerada como relativa y no como absoluta? Justamente en que si fuera absoluta, la sola afirmación del demandante bastaría para declarar fundada la demanda, empero, al ser presunción relativa, se exige que el demandante aporte los medios de prueba suficientes que acrediten su pretensión (cfr. art. 461, inc. 4).

Así las cosas, pareciera que el nuevo texto del artículo 200 sería más acertado para entender el tema de la rebeldía, pues allí se habla de que *los hechos no se tendrán por verdaderos* y la demanda será declarada infundada.

Sin embargo, una presunción procesal relativa, como la que genera la rebeldía, exige que el actor involucrado acredite mínimamente los hechos alegados, pues en caso contrario corre alto riesgo de que su pedido sea desestimado, y justamente eso es lo que se infiere de la redacción original del artículo 200.

Lo dicho es ratificado por nuestro Código Procesal que en su artículo 279 reza:

“Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, **este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso**” (énfasis agregado).

En suma, el resultado exegético va a ser siempre el mismo partiendo de la redacción original o de la modificatoria del artículo 200, incluso para el caso de la rebeldía.

3. EL OLVIDO DE LAS MODALIDADES DEÓNTICAS

Es un problema serio el asunto de la interpretación jurídica, porque se afirma que hay varios métodos o criterios para arribar al correcto sentido, y más de uno estima que es mejor un texto claro y expreso para evitar cualquier confusión.

Nos parece que ese modo de pensar no es acertado, y justamente para ello existe la doctrina y la jurisprudencia, para aclarar esas aparentes inconsistencias normativas. Y decimos esto porque jamás –si así se lo desea– se alcanzará el texto perfecto, porque siempre será posible desentrañar más de una interpretación, pues la exégesis nos ha acostumbrado a la idea de que un texto tiene varios sentidos (RICOEUR, 2003: pp. 16-20).

Por tanto, bastará con un texto bien logrado que será aquel que dice con simpleza lo que se pretende transmitir, sin aceptar los intentos de recovecos

hermenéuticos desnaturalizadores. O como lo hemos dicho en otra parte, si estamos ante una construcción relativamente entendible, no es dable ceder a interpretaciones forzadas del texto, pues es bastante probable que un interesado en ello así lo haga.

De hecho, si el vocabulario y las expresiones son claras y no ofrecen mayor duda sobre la voluntad del redactor, hay que atenerse a ello, en lugar de echarse a buscar extrañezas con el grave riesgo de sustituir una voluntad más o menos cierta y razonable por otra no conocida con exactitud que desdiga la intención original (LOHMANN LUCA DE TENA, 1996: p. 239).

Pues bien, como se sabe las modalidades deónticas son, en esencia, tres: lo mandado, lo prohibido y lo permitido, de tal modo que toda norma (y no solo las jurídicas) o exigen, o prohíben o permiten algo. Otra cosa es cómo se expresa esa modalidad deóntica, lo cual puede hacerse a través de gráficos, disposiciones escritas, orales, gestuales, etc.

Entonces la modalidad deóntica utilizada en el artículo en comentario es de lo obligatorio, de manera que el mandato sería:

Estás obligado a probar tus afirmaciones al interior de un proceso civil.

Ahora bien, el modo en que se traduce este mandato a través de una fórmula escrita puede ser diversa. Por ejemplo, utilizando el esquema hipotético, donde a un supuesto de hecho le sigue una consecuencia jurídica, la regla (cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO, 1991) sería:

Si presentas una demanda o reconvencción, entonces debes probar los hechos.

Siguiendo el esquema disyuntivo propuesto por Cossío (*vide* TORRES VÁSQUEZ, 2001: pp. 209-212) tendríamos más o menos el siguiente resultado:

Si presentas una demanda o reconvencción, entonces debes probar los hechos; o si no pruebas los hechos que sustentan tu pretensión, entonces debe declararse infundada tu demanda o reconvencción.

También podríamos hacer un eslabón de cuando menos tres normas (cfr. RUBIO CORREA, 2009: p. 91), partiendo siempre del esquema hipotético:

(1) Si presentas una demanda o reconvencción, entonces debes probar los hechos. (2) Si no pruebas los hechos que sustentan tu pretensión, entonces deben tenerse por no verdaderos los hechos afirmados. (3) Si se tienen por no verdaderos los hechos afirmados, entonces debe declararse infundada tu demanda o reconvencción.

Por último, podríamos utilizar también el esquema finalista o teleológico (BUNGE, 1999: pp. 383-409), dando como resultado el siguiente:

En un proceso civil, si quieres que tu demanda o reconvencción sea declarada fundada, entonces debes acreditar los hechos que la sustentan.

Después de todo lo mostrado, se puede entender claramente que el mandato exigido deónticamente es siempre el mismo consistente en probar los hechos que se alegan, ello por cuanto el derecho es conocido por el magistrado, pero él está lejos de saber los hechos. Así las cosas, no importa cómo se redacte el mandato si es que de su texto se desprende siempre el mismo contenido, tal y como acabamos de ver. Ergo, la modificación, no parece indispensable ni necesaria, pues se arriba el mismo resultado. Es más, por sistematicidad, la redacción original guardaba más coherencia con el artículo 196 del código instrumental referido propiamente a la carga de la prueba.

4. LA FUNDABILIDAD Y LA COMPRESIÓN DE OTRAS SITUACIONES PROCESALES

Con lo mostrado, tenemos que la redacción primigenia habla de la fundabilidad solo de demanda, mientras que en la segunda también se incorpora a la reconvencción. No obstante, se sabe que en términos generales, todo evento fáctico dado a conocer en el transcurso del proceso debe ser debidamente acreditado, pues en caso contrario el resultado siempre será la desestimación de la petición hecha por el justiciable.

Por ello es que se ha dicho que en todo proceso, por primitivo que sea, existe el problema de la carga de la prueba, es decir, de determinar a quién corresponde soportar las consecuencias de la falta de prueba de la existencia o inexistencia de los hechos investigados o discutidos; problema tan trascendental que de su solución depende el sentido y alcance de la sentencia e inclusive de *muchas decisiones previas* (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 13).

Así, por ejemplo, no solo la demanda o la reconvencción serán declaradas infundadas sino también por ejemplo las excepciones que tranquilamente se pueden conectar a eventos fácticos, como por ejemplo, cuando se discute una legitimidad o un plazo prescriptorio. En efecto, si bien en principio la carga de la prueba corresponde al demandante, también el demandado está sujeto a la carga de la excepción, es decir, de la prueba de los hechos en que funde sus excepciones (DEVIS ECHANDÍA, 1966: p. 497; CHIOVENDA, 1922: p. 242). Y el mismo razonar es ampliable para el caso de una defensa previa (art. 456).

Y si hablamos de una cuestión probatoria, también el resultado de no acreditar nuestras afirmaciones conectadas a la realidad (como una tacha basada en que un documento ha sido declarado nulo en un proceso distinto) desembocará en la desestimación del pedido (art. 301).

Entonces, de una manera u otra, siempre se tiene que acreditar mediante los medios de prueba respectivos los hechos que sustentan nuestro pedido, pues en caso contrario este será rechazado. Así, además de los casos anotados, sucede lo mismo con, por ejemplo, los pedidos de recusación (art. 310), intervención de terceros (101), extromisión (107), sucesión procesal (108), nulidades (171 y ss.), auxilio judicial (180), interrupción del proceso (317), suspensión del proceso (318), conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo (321), conclusión por conciliación (327), por transacción (335), apelación (374), y pago de costas y costos (417 y 418).

Por consiguiente, al artículo en comentario no solo hay que entenderlo desde la perspectiva de la demanda o la reconvencción sino desde cualquier actuación procesal que amerite la probanza de algún hecho alegado en la petición hecha al magistrado.

Avala nuestra postura la regulación prevista en el artículo 188 del Código Procesal donde se prescribe que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez y fundamentar sus decisiones; al igual que el artículo 196 que estipula que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

5. EL FUNDAMENTO DE LA ACREDITACIÓN DE LOS HECHOS

Ahora bien, habiendo ya discutido en demasía la inutilidad del cambio en la redacción legal, es hora de mostrar cuál sería el sustento de la exigencia al justiciable de acreditar los hechos afirmados en, insistimos, cualquier actuación procesal, aunque especialmente la demanda y la reconvencción.

5.1. La realidad: su representación y su transmisión

Existe una divergencia entre la realidad, su representación mental, y su manifestación lingüística para darla a conocer.

Toda realidad importa un estado al que cada uno intenta representarse en su mente, pero esa realidad es una cosa y la representación mental que de ella se hace, es otra: pues, aunque se aproximan, la representación mental no coincide plenamente con la propia realidad.

El investigador debe averiguar qué tan cerca está la realidad de las representaciones que sobre ella se hacen, contrastando hasta qué punto un pensamiento se acomoda con la realidad. Pero esta labor de contrastación debe realizarse preferentemente por un sujeto ajeno, externo al pensante, a fin de alcanzar objetividad.

ART. 200

En el caso de un conflicto relevante de intereses corresponderá la labor de contraste a un sujeto neutral a la controversia, pues si uno está inmiscuido en el litigio perderá imparcialidad y se inclinará hacia alguno de los polos de la litis. En efecto, cada litigante tiene formada una idea de la realidad en su mente que, innegablemente, es antagónica a la de su oponente. Por tanto, la averiguación de cuál realidad es la correcta se constituye en la labor de un sujeto imparcial que para este caso será el juzgador.

Ahora bien, nuestro pensamiento permanece en nuestro interior hasta cuando lo damos a conocer a través de diversos signos exteriores, como sucede con el lenguaje.

El filósofo Ludwig E + (1922) ha trabajado este tema a fondo mostrando que el lenguaje no siempre puede dar a conocer a cabalidad nuestro pensamiento, debido a las limitantes con las que contamos, sea en la ausencia de palabras o en nuestra falta de experiencia al intentar conectar la palabra con nuestra idea y con la realidad representada.

Al percibir la realidad, los canales a través de los cuales captamos la realidad *filtran* la información, por lo que es evidente que no logramos captar toda la realidad. Al captar la realidad *perdemos* elementos de ella. Y al intentar expresar la realidad representada mentalmente a través de cualquier signo lingüístico, por ejemplo el habla, también *se pierden* elementos en su transmisión.

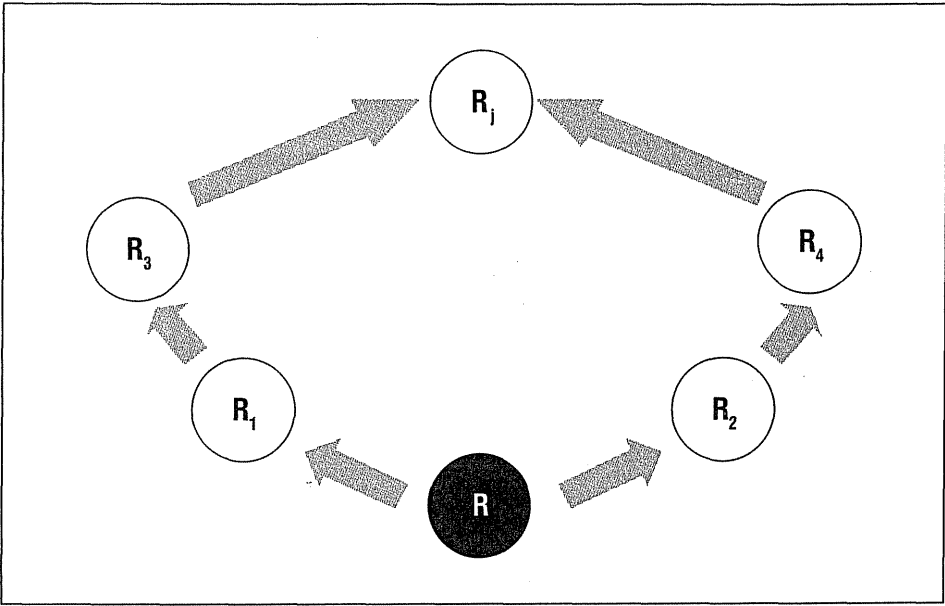
Esta situación se repite en nuestro interlocutor. Él al captar lo que se le ha manifestado también *pierde* elementos de lo dicho; y al intentar expresar la nueva realidad representada en su mente, a través de cualquier signo lingüístico, nuevamente genera que *se pierdan* otros tantos componentes de la verdadera realidad.

Entonces, de la realidad misma a su concepción en el pensamiento (o sea a la realidad representada en nuestras mentes), puede haber una disconformidad importante que altera lo verdadero. Y entre esta realidad representada en la cabeza, y la realidad manifestada lingüísticamente también habrá notoria discrepancia. De esta manera, lo dicho a través del lenguaje distará en gran medida de lo real.

Pero, además de lo dicho, si un sujeto está interesado solamente en parte de la realidad que percibe, su mente captará únicamente los elementos que le sean útiles. Y lo mismo sucede con el emisor interesado solamente en parte de la realidad que transmite por el lenguaje.

5.2. Los errores en la percepción y transmisión de la realidad en el Derecho

En zonajurídica la única forma de expresión lo constituye el lenguaje, sea escrito u oral, aunque prevalece el primero. Y si bien la palabra oral puede ir acompañada de gestos que la hacen ligeramente más entendible, ello no sucede con el lenguaje



mental es opuesta a la de su contraparte, aun partiendo de la misma realidad "R". Esta representación también es precisa y definida. Y el modo de dar a conocer tal representación mental es, básicamente, por medio de la contestación de demanda.

Ahora bien, el demandante conversa con su abogado y le cuenta *su realidad* "R1" (y no la realidad "R"). Por su parte el abogado del demandante percibe la realidad "R1" narrada por el demandante y se forma mentalmente una tercera realidad "R3" que es la que va a defender en el proceso. Esta realidad "R3" es algo más distante de la realidad correcta "R". Esta realidad "R3" se forma en la mente del abogado gracias a los dichos del demandante y a las pruebas que el demandante le proporcione y las que el propio abogado consiga. Por ello mismo queda claro que si hubiera algún elemento probatorio que no favorezca su defensa, el abogado no lo utilizará.

En este punto, entonces es digno de resaltar la postura que entiende que la función de la prueba no se orienta al descubrimiento de la verdad (como sucede en el proceso penal) ni mucho menos a colaborar con que el juez la alcance, sino exclusivamente a demostrar los hechos que sustentan la pretensión demandada (*vide* LEDESMA NARVÁEZ, 2008: p. 744). Por tanto, el abogado aportará las pruebas que le interesen para acreditar su tesis.

Y en la misma línea, el demandado al narrar lo acontecido a su defensor, logra que este se forme una nueva realidad "R4", la cual dista mucho más de la realidad veraz "R".

Nótese entonces que entre las realidades "R3" y "R4" que representan los abogados hay una distancia notable, pese a que también ambas intentan reflejar la realidad correcta "R".

Recién en este estadio entra el juez, quien tiene como elemento principal para resolver a la ley. Esa ley –como se sabe– es resultado de una idea de la realidad representada en la mente del legislador de modo apriorístico. El sustento de esa *realidad legal* es una abstracción hecha mentalmente, por tanto, la realidad es genérica e inmaterial.

Con ello, el juzgador concibe, respecto de la misma situación "R", una última realidad judicial "Rj". Véase, entonces, que el juzgador es el sujeto más distante a la realidad controversial correcta "R", empero, paradójicamente, es quien va a tener que solucionarla.

El sustento de esa realidad "Rj", que no es otra que la realidad mental concebida en la mente del juez, se halla en las pruebas aportadas al proceso. Su representación será también concreta y fija, y la manera de expresarla es a través de las resoluciones, y por excelencia, por medio de una sentencia.

En consecuencia, es menester resaltar que el artículo en evaluación parte del principio de disposición que gobierna el Derecho Procesal Civil, y como se sabe por este principio se deja librada a las partes la disponibilidad del proceso; y como corolario tenemos que también existe la disponibilidad de las pruebas, de manera que la iniciativa de las pruebas corresponde a las partes. Así, el juez, por regla general, no conoce, normalmente, otros hechos que aquellos que han sido objeto de prueba por iniciativa de los litigantes. El precepto enseña, entonces, que el juez no conoce más hechos que aquellos que surgen del expediente # 1958: pp. 185 y 188).

5.3. ¿Por qué la exigencia de probar los hechos?

Dice * % (1984: p. 107) que el progreso de la cultura humana obedece al paso gradual del plano de la fuerza bruta al plano de la fuerza jurídica en la solución de los conflictos. En el Derecho todo obedece al principio de sanción organizada de forma predeterminada, y la existencia del Poder Judicial se justifica claramente en razón de la predeterminación de la sanción jurídica * % 1984: p. 107). Los jueces están para hacer que la ley se aplique.

Pero un juez no puede ser un ente mecánico de aplicación de la ley, por ello se le exige interpretarla a fin de facilitar su aplicación. O sea, dada la ley es necesario confrontarla con la realidad al momento de su aplicación. Pero tal confrontación, si bien la puede realizar cualquier sujeto, la única que interesa, al fin y al cabo, es la que haga el juzgador del caso. Y esto es así debido a que el magistrado es el supremo intérprete y aplicador de las normas jurídicas, y el único que podrá vincularnos, por imperio estatal, a que cumplamos sus mandatos.

Ahora bien, sabemos que la mejor forma de aproximarse a los razonamientos expresados es recurriendo al sistema de creencias del emisor 5% & 0 3 c 2004: p. 159). Y como no podemos ir donde los legisladores, es necesario recurrir al juez para que resuelva la controversia a través de una sentencia. Consecuentemente, se le exige al juzgador verter sus razonamientos en cada fallo para, precisamente, intentar comprender la parte resolutive, y entender cada uno de los postulados que soportan su decisión.

Como el juzgador verterá sus raciocinios en la sentencia, será factible **aproximamos** a su sistema de creencias como emisor del juicio valorativo. Y en caso de no estar conformes con ello, se podrá impugnar tal decisión atacando las motivaciones del magistrado, que son la base de su juicio de valor.

Nuestro Tribunal Constitucional, a través de la STC Exp. N° 03891-2011-PA/TC, ha afirmado que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación.

ART. 200

Por ello, a decir de Jesús % 8> (2001: p. 270), la finalidad de la exigencia de motivación es doble, pues por un lado se persigue garantizar su eventual control jurisdiccional a través del sistema de medios impugnatorios y, por otro, permitir al ciudadano conocer las razones de la resolución. En definitiva, la causa por la que se exige la motivación de los fallos es porque se hace necesario conocer la representación mental que el juzgador tiene del caso real, así como su *modus operandi* al aplicar las normas jurídicas correspondientes.

Por consiguiente tenemos que el juzgador puede errar al comprender la realidad o -comprendiéndola correctamente- al utilizar el Derecho aplicado para solucionarla. En el primer caso, es gran responsabilidad de las partes el aporte de los medios de prueba para que el juzgador se forme en su mente la realidad correcta, que muestre lo realmente ocurrido. No se olvide que el juez no conoce más verdad que la que las partes le han comunicado, y salvo excepciones muy puntuales, lo que no está en el expediente no existe en el mundo GHJ p. 283). He allí el sustento de por qué se les exige a las partes aportar los medios de prueba que acrediten los hechos que se alegan.

Pero además, como bien se ha dicho, la prueba civil no consiste propiamente en una averiguación, pues ello daría la sensación de que el juez civil es un investigador de la verdad. Propiamente el juez civil no conoce -por regla general- otra prueba que la que le suministran los litigantes, ergo, antes que un investigador el juez actúa como un historiador reconstruyendo los hechos pasados que han convocado el proceso # 1958: pp. 217 y 282).

Recuérdese que el juzgador conoce el derecho (*jura novit curia*), pero lo que no conoce son los hechos acontecidos realmente, por tanto, los medios de prueba deben dirigirse a ello, a mostrar al magistrado que los eventos reales acontecieron tal y como se han narrado en la demanda o en el pedido correspondiente.

5.4. Los **medios de pTuebay** su repercusión en las fundamentaciones de hecho **que sustentan el fallo**

Se acaba de mostrar que la gran paradoja de un proceso judicial es que de todos los partícipes en el conflicto, el juzgador es el ente que está más lejano de lo acontecido realmente, y es él quien tiene que emitir el veredicto final, aun siendo totalmente ajeno a la controversia.

Por tanto, la mejor manera de inmiscuirlo es haciendo que se identifique con la causa. Ello explica por qué se entiende que el juzgador también es sujeto del proceso, lo cual, a su vez, revela la exigencia de que el juzgador se empape del caso antes de resolverlo.

Así las cosas, partiendo nuevamente del principio *iura novit curia*, se presume que todo magistrado conoce bien el Derecho, mas no los hechos. Por tanto, la labor de los justiciables es colaborar con él aclarando, en primer término, la ocurrencia de los hechos, antes que el derecho a aplicarse, puesto que el juzgador no conoce a ciencia cierta lo ocurrido.

Con ello nos damos cuenta de que la realidad concreta puede o no coincidir con lo dicho por las partes. Pero jamás la realidad será tan distante a como se la representa el juez. Y como el juzgador no conoce bien los hechos, para aproximarse a la realidad contará solamente con los medios de prueba ofrecidos por ambos litigantes y con los que pueda agenciarse de oficio. Esto quiere decir que *el magistrado se formará una representación de la realidad basada únicamente en los medios de prueba con que cuente.*

En tal sentido, en el inciso 5 del artículo 139 de nuestra Carta Política se exige al juzgador dar a conocer en su fallo los fundamentos de hecho que sustentan su resolución. En efecto, la parte considerativa o motivación de los fallos comprende, en primer lugar, dar a conocer los fundamentos fácticos que sustentan la resolución. Por ello, cada parte fáctica asumida como realmente acontecida debe estar acompañada del debido medio probatorio (SAN MARTÍN CASTRO, 1999: p. 552), salvo que la ley no lo exija.

Por consiguiente, la exigencia de manifestar los hechos que sustentan el fallo no es más que un reclamo de solicitarle al juzgador que dé a conocer la representación mental que se ha hecho de la realidad sobre la base de la valoración de las pruebas aportadas, y, a la vez, es un reclamo al justiciable de aportar al proceso el medio de prueba idóneo para la acreditación de tal afirmación.

Como se puede intuir, la representación idealizada por el evaluador no coincidirá plenamente con la realidad misma, pero ello, usualmente obedece a la deficiencia probatoria atribuible, en primer término, a los propios interesados y, en segundo lugar, al propio magistrado.

En fin, la acreditación de los hechos se explica también porque al juzgador, una vez entendidos los hechos, y formada la aparente realidad de lo acontecido, le corresponde subsumir estos hechos en los distintos tipos jurídicos para dictaminar la consecuencia jurídica que corresponde (COUTURE, 1958: p. 285). Esta situación dilucida por qué para cuestionar una sentencia existe un mecanismo de discusión de los yerros fácticos (error de hecho) del juzgador, con lo que no se busca sino hacerle notar que la realidad recreada en su mente es incorrecta. Si la realidad representada en la mente del juzgador no fue correcta, queda a las partes abierta la posibilidad de discutir esa representación ante el ente jerárquico superior.

§5 BIBLIOGRAFÍA CITADA

Atienza, Manuel y Ruiz Mañero, Juan (1991): "Sobre principios y reglas". En: *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10; Bunge, Mario (1999): *Las ciencias sociales en discusión: Una perspectiva filosófica*, traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Editorial Sudamericana; Carnelutti, Francesco (1950): *Instituciones del proceso civil* 5ª ed. italiana, traducido por Santiago Sentís Melendo, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; Chiovenda, José (1922): *Principios de Derecho Procesal Civil* 3ª ed. italiana, traducido por José Casáis y Santaló, vol. I. Madrid: Reus; Couture, Eduardo J. (1958): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* 3ª ed. Buenos Aires: Depalma; Devis Echeandía, Hernando (1966): *Nociones generales de Derecho Procesal Civil* Madrid: Aguilar; García Manrique, Ricardo (2004): *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, vol. 31. Bogotá: Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia - Serie de teoría jurídica y filosofía del Derecho; González Pérez, Jesús (2001): *El derecho a la tutela jurisdiccional* 3ª ed. Madrid: Editorial Civitas; Ledesma Narváez, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo (1996): *Derecho de sucesiones. Comentarios a los Títulos I, II y III del Libro Cuarto del Código Civil*, vol. XVII, tomo II. Primera parte. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; Ricoeur, Paul (2003): *El conflicto de las interpretaciones. Ensayos de hermenéutica*, traducido por Alejandrina Falcón. México D. F.: Fondo de Cultura Económica; Rocco, Alfredo (2005): *La sentencia civil*, traducido por Rafael Greco. Buenos Aires: Valleta Ediciones; Rubio Correa, Marcial (2009): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 10ª ed. aumentada. Lima: Fondo Editorial de la PUCP; Sada Contreras, Carlos Enrique (2000): *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Nuevo León: Universidad Autónoma de Nuevo León; San Martín Castro, César (1999): *Derecho Procesal Penal*, 1ª reimpresión, vol. I. Lima: Editora Jurídica Grijley; Reale, Miguel (1984): *Introducción al Derecho*, 6ª ed., traducido por Jaime Bmfau Prats. Madrid: Pirámide; Ticona Postigo, Víctor (1998): *El debido proceso y la demanda civil*, vol. I. Lima: Rodhas; Torres Vásquez, Aníbal (2001): *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*, 2ª ed. Lima: Idemsa y Themis; Valmaña Cabanes, Antonio (2012): "El principio de adquisición procesal y su proyección sobre la pmeba no practicada". En: *Revista para el Análisis del Derecho - InDret*; Wittgenstein, Ludwig (2004): *Tractatus logico-philosophicus*, 1ª reimpresión, Traducido por Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Madrid: Alianza Editorial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Alsina, Hugo (1956): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general*, 2ª ed., vol. I. Buenos Aires: Ediar; Arce Cárdenas, Yuliana Guísel y Tantaleán Odar, Reynaldo Mario (2012): "Problemática y efectos de lo que llaman debida motivación". En: *Gaceta Constitucional - Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, tomo 51. Lima: Gaceta Jurídica; Castillo Alva, José Luis, Luján Túpez, Manuel y Zavaleta Rodríguez, Róger (2004): *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Gaceta Jurídica; Asís, Rafael (2006): *El juez y la motivación en el Derecho*. España: Dykinson.

Artículo 201 Defecto de forma

3

%

CONCORDANCIAS:

G

\$

& I

Los medios de prueba son actos procesales, sin duda alguna. Y, como tales, están sujetos al cumplimiento de determinados requisitos formales para ser ofrecidos o actuados. Piénsese, por ejemplo, en el ofrecimiento de una declaración de parte que según el artículo 213 del CPC, requiere de un pliego interrogatorio acompañado a la demanda en sobre cerrado. O la exigencia de los requisitos a que alude el artículo 223 del mismo Código para el ofrecimiento de testigos.

La flexibilidad en las formas de los actos procesales responde a los denominados principios de vinculación y formalidad previstos en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil de cuyo contenido fluye de manera clara el mandato del legislador: las formalidades procesales son imperativas en la medida en que coadyuven al logro de los fines del proceso. ¿Cuáles son esos fines? Según el artículo II del mismo Título Preliminar, por un lado, está la finalidad \$ del proceso consistente en resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los “derechos sustanciales”; y, por otro, la finalidad O que consiste en “lograr la paz social en justicia”.

En el caso de la norma en comento, esta, sin duda alguna, se entronca en la lógica de los principios de vinculación y formalidad antes especificados y, además, en el principio de trascendencia de la nulidad procesal (previsto en el art. 171 del CPC) y de convalidación (art. 172, segundo párrafo). Así, el ofrecimiento y/o actuación de un medio probatorio cuya formalidad no se cumpla (o se cumpla de modo defectuoso) no afectará su validez, siempre que *) (* \$ (& &

¿Cuál es la finalidad de todo medio de prueba? El artículo 188 del Código

hechos expuestos por las partes; ii) producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos; y, iii) fundamentar las decisiones del juzgador.

Más allá de que sea el primer componente más cercano a la finalidad de los medios de prueba que los otros dos, en realidad la finalidad probatoria está circunscrita a la verdad de los hechos.

ART. 201

Apreciése que “producir certeza en el juez” y “fundamentar las decisiones del juzgador” son aspectos que no se condicen con la finalidad de los medios de prueba puesto que atañen, en buena cuenta, a la actuación del juez al momento de motivar su fallo. La finalidad del medio de prueba es el propósito que aquel acto procesal persigue. Y el propósito va más allá que respaldar las afirmaciones de las partes. La finalidad es acreditar la % & & de los hechos y proporcionar los datos factuales que le servirán al juzgador para tomar una decisión.

Y es que como bien anota Taruffo (2013: p. 85):

“En el proceso se puede establecer, según las pruebas, en qué grado, mayor o menor, según el caso, se ha acercado a la correspondencia de los enunciados descriptivos con la realidad que describen. En un contexto conceptual de este tipo es posible entender en qué consiste la función epistémica de la prueba: esta atañe al hecho de que la prueba sirve, y para esa finalidad se utiliza, como un instrumento de conocimiento en el que el juez se basa para descubrir y establecer la verdad de los enunciados factuales que son objeto de su decisión. En otros términos, la prueba provee al juez los datos cognoscitivos, la información de la cual se sirve para formular esa decisión”.

En consecuencia, el contenido de la norma en comento debe interpretarse en el sentido de que la fuerza de los datos factuales que arroja la prueba debe sobreponerse a la inobservancia de las formalidades procesales establecidas en la ley para su ofrecimiento o actuación. El mandato normativo del dispositivo legal comentado debe, entonces, entenderse como un mandato de (& & de la formalidad procesal, si el juez considera que el dato fáctico que contiene la pmeba es trascendental para la acreditación de los hechos controvertidos en el proceso. Claro está que ello requerirá de una especial motivación del juez que respalde su decisión de superar la formalidad incumplida e, incluso, contener una orden de subsanación, si fuera necesario. Por ejemplo, si se ofrecen testigos y no se indica la ocupación de los propuestos, tal como así lo exige el artículo 223 del Código Procesal Civil. Podría el juez superar tal exigencia admitiendo la pmeba testimonial si considera que el dato fáctico que el testigo aportará será importante para la dilucidación de los hechos si el caso versa sobre indemnización por accidente de tránsito. Lo propio si se ofrece pmeba trasladada de otro proceso y, sin embargo, no se acompaña el documento en copia certificada como lo exige el artículo 198 del CPC. Igualmente, la fuerza del dato fáctico podría llevar a juez a dar por superada la formalidad y admitir dicha pmeba.

Claro está que una cosa es superar la formalidad y admitir u ordenar la actuación de una pmeba cuya formalidad ha sido incumplida, y otra muy distinta es que el juez ordene la actuación de pmebas de oficio. En el primer caso, el juez supera la formalidad y ordena la admisión o actuación probatoria de medios de pmeba ofrecidos por las partes. En el segundo, el juez considera insuficientes los

medios de prueba ofrecidos por las partes y actúa conforme a lo prescrito por el artículo 194 del CPC. Hago esta distinción a fin de desvirtuar el hipotético caso en que un juez no admita a trámite un medio de prueba argumentando que incumplió una formalidad procesal, pero decida incorporarlo como “prueba de oficio” para superar el incumplimiento. Si así obrase, estaríamos frente a una desnaturalización de la prueba de oficio, puesto que esta solo opera frente a insuficiencia de pruebas ofrecidas por las partes. Y el caso del artículo 201 del CPC se refiere a pruebas ofrecidas por las partes pero de modo defectuoso.

En el caso de documentos, el artículo en comentario tiene estrecha relación con el artículo 237 del CPC que señala que puede subsistir el contenido del documento (como dato factual), aunque este sea declarado nulo.

Y en esta misma línea, finalmente resulta importante preguntarnos si al amparo de la disposición legal en comento podría admitirse un documento en el que “resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad” y que a tenor de lo dispuesto por el artículo 243 del CPC, “carece de eficacia probatoria”, pudiendo declararse así a pedido de parte como consecuencia de una tacha fundada o de oficio.

Al respecto, apréciase que el artículo 243 del CPC no está refiriéndose a una formalidad esencial de carácter procesal, sino a una de carácter material, impuesta por ley sustantiva. Y, en ese sentido, el contenido de dicho dispositivo legal no se condice ni entra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 201 materia de este comentario. El referido artículo 243 del CPC se aplica a situaciones tales como, por ejemplo, las contenidas en el artículo 1098 del Código Civil que establece que la hipoteca se constituye por escritura pública. Es evidente que la voluntad de un propietario de constituir hipoteca manifestada en una minuta que no ha sido elevada a escritura pública, impedirá que dicho contrato se considere como una garantía hipotecaria por expreso mandato del citado artículo 1098 del CC. Si el proceso versa sobre una ejecución de garantías, dicha minuta carecerá de efectos probatorios a mérito de la aplicación estricta del artículo 243 del CPC. Pero, si con la minuta el acreedor plantea una demanda de otorgamiento de escritura pública o una demanda de ineficacia de acto jurídico por fraude pauliano (argumentando que su crédito no llegó a ser garantizado por el deudor pero que se contrajo con anterioridad a los actos jurídicos cuya eficacia cuestiona), pues el artículo 243 del CPC no tendrá aplicación estricta y, por el contrario, el dato fáctico contenido en la prueba cuya formalidad esencial ha sido incumplida tendrá que rescatarse conforme así lo dispone el antes citado artículo 237 del mismo Código y que distingue el documento nulo de su contenido.

^ **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

Taruffo, Michele (2013): “Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos”. En: *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Nación*, p. 85 (disponible: <http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/cuademo_20Je.pdf>; acceso en 26 de junio de 2016).

s **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El derecho a la prueba es aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso; en consecuencia, el derecho constitucional a la prueba acompaña el interés del Estado, representado en el juzgador, para lograr certeza suficiente y sentenciar sus dudas razonables, y recorre el interés de las partes para que la actividad probatoria responda a consignas invariables: libertad de la prueba, control de las partes, producción específica y apreciación oportuna y fundamentada *1 45 !"\$8#":!81 ,

La finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de todos los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones de acuerdo a lo dispuesto por el artículo ciento ochenta y ocho del Código Procesal Civil *1 45 :@"98#"#8 ,

La pericia valorativa del inmueble fue puesta en conocimiento del Banco recurrente (...), y si bien conforme al artículo doscientos sesenticinco del Código Procesal el dictamen pericial debe ser explicado en la audiencia de prueba, el defecto de forma en la actuación de un medio probatorio no invalida este, si cumple su finalidad, tal como precisa el artículo doscientos uno del mismo Código, pues en todo caso el impugnante no observó el citado peritaje no obstante tener conocimiento de ello oportunamente *1 45 7"!8:\$82 ,

CAPÍTULO II AUDIENCIA DE PRUEBAS

Artículo 202 Dirección

La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad. Antes de iniciarla, toma a cada uno de los convocados juramento o promesa de decir la verdad.

La fórmula del juramento o promesa es: “¿Jura (o promete) decir la verdad?”.

CONCORDANCIAS:

; & 9 9 \$ (./ (' : ; ; ' : ;
<

Sara Taipe Chávez

1. INTRODUCCIÓN

Desde 1912 hasta julio de 1993 estuvo vigente en el Perú el Código denominado de Procedimientos Civiles que mantuvo la dependencia legislativa del país que nos sojuzgó durante casi tres siglos, España. Precisamente el modelo a seguir fue la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que, a decir de algunos estudiosos de la época, no mejoró la calidad ni la utilidad de su antecesora, la LEC de 1855.

Es así que luego de 81 años, el parchado (porque se realizaron muchas modificaciones como las del D. Leg. N° 127) Código de Procedimientos Civiles pasó a la historia. Si bien el 4 de marzo de 1992, mediante el Decreto Legislativo N° 768 se dispuso que entrara en vigencia el nuevo Código Procesal Civil el 1 de enero de 1993, lo cierto es que recién el 28 de julio de 1993 entró en vigencia el citado Código Procesal. Tal acontecimiento marcó el inicio de una nueva era en la concepción y práctica de la justicia que se imparte en nuestro país.

Una obra como el CPC de 1993 alumbró una concepción distinta del Derecho Procesal. Principios como los de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales tomaron protagonismo. Las audiencias y la actuación de medios probatorios se debían realizar ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se dejó establecido que el juez es quien dirige el proceso.

Tuve la suerte de ser partícipe de los cambios descritos. Recuerdo, como si fuese ayer, cuando en mi condición de juez los medios probatorios que requerían actuación (casi todos con excepción de los documentos) se realizaban ante

el llamado “secretario del juzgado” nunca ante el juez. Así, por ejemplo, si en la actuación de la prueba denominada confesión (ahora llamada declaración de parte), el abogado de una de las partes se oponía a una de las preguntas, el secretario ingresaba al despacho del juez a hacer de su conocimiento tal situación, el juez disponía que se corra traslado a la otra parte y con su absolució el secretario nuevamente ingresaba al despacho del juez a fin de que resuelva tal incidencia, para que luego el secretario regrese a continuar con la actuación de la confesión. ¿Inmediación? De ninguna manera; se producía, por el contrario, una ruptura entre la información que se incorporaba al proceso y la información que le llegaba al juez, quien en definitiva era el encargado de valorar los medios probatorios al momento de sentenciar, pruebas que habían sido actuadas ante un tercero, el secretario del juzgado.

2. EL JUEZ ¿DIRECTOR DEL PROCESO?

Como el juez es el director del proceso, los medios probatorios ofrecidos por las partes circunscriben su posibilidad de actuación a la facultad que aquel tiene de considerarlos admisibles. Ahora bien, existen medios probatorios que necesitan ser “actuados” y otros no; solo se meritúan por el juez al momento de sentenciar. A fin de actuarse los medios probatorios correspondientes, el juez cita a una audiencia que nuestro Código Procesal denomina audiencia de pruebas. La audiencia de pruebas se basa en una serie de principios tales como el de dirección, inmediación, oralidad, concentración e inquisitivo.

Tanto el artículo II del Título Preliminar como el artículo 50.1 del CPC, regulan el **principio de dirección del proceso o principio de autoridad**, cuyo interés es ubicar al juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema. Su aparición se explica, como el medio de limitar los excesos del principio dispositivo (principio que prevalecía en el Código de Procedimientos Civiles por el cual el juez tenía un rol pasivo en el proceso).

El principio de dirección, es la expresión del sistema procesal publicístico. Veamos que dice la doctrina procesal al respecto:

Para # // %% "

- a) La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes.

- b) Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de “pertenencia” del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.
- c) El mecanismo inicialmente expuesto acentúa un criterio liberal e individualístico, “en el cual todo se deja a iniciativa de las partes privadas, ya sea la determinación del objeto del proceso y del juicio, ya sea el impulso mismo procesal y probatorio”. En cambio, agrega CAPPELLETTI, “el segundo es el sistema de inspiración más publicística, en el cual el juez tiene poderes de intervenir, sin embargo, sobre el objeto deducido en juicio queda sometido a la voluntad exclusiva y monopolística de las partes”.

Por su parte, para CHIOVENDA, en el proceso moderno el juez no puede conservar una actitud pasiva; por el contrario, el Estado se halla interesado en el proceso civil en busca de justicia para todos y que los pleitos se realicen lo más rápidamente posible.

De otro lado, según MONROY GÁLVEZ:

El principio de dirección del proceso es la expresión del sistema procesal publicístico, aquel aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de este desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia.

Sobre el proceso publicístico, dice Franco CIPRIANI:

Por lo tanto, en el proceso de KLEIN, el juez no se limita a juzgar: antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. Él, a tal fin, cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que no es más, como en los ordenamientos liberales una “marioneta que puede moverse solo si las partes le tiran de los hilos”, sino el “director” el “timonel”, el representante profesional del bien común.

Estando a lo expuesto por la doctrina, así como a lo dispuesto por el artículo 202 del CPC, que dispone que la **audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez**, significa que el juez en su calidad de **director** del proceso **debe** llevar a cabo dicha audiencia en persona (no se aceptan delegaciones), bajo sanción de nulidad.

La finalidad de tal dispositivo es que el juez al encontrarse de cara a las partes, estas le acrediten la veracidad o falsedad de los hechos expresados en sus escritos de demanda o contestación, es el momento para demostrar al juez acerca de la verdad de sus afirmaciones, es la fijación formal de los hechos discutidos, es el momento de producir convicción en el juzgador sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de prueba, para ello, el juez en su calidad de director del proceso

utilizará todas la herramientas procesales que le franquea la Ley de la materia, empleándolas con sabiduría y no con tiranía. Estando a la experiencia descrita en la introducción, apuesto por un juez activo e imparcial y no por un mero espectador. El proceso no es un juego, en el cual el juez debe permanecer inactivo presenciando cómo la parte más habilidosa obtiene mejores resultados basada en una supuesta existencia de igualdad. En este proceso no se logra que triunfe quien tiene la razón, sino la que posea una mayor inteligencia o habilidad.

Al respecto SENTÍS MELENDO exponía que entre los peligros más naturales y frecuentes relacionados con los poderes de los jueces está el no ejercicio de ellos; un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de los poderes que la ley ha puesto en sus manos, sin pensar que fueron puestos para que se ejerciten.

3. AL MOMENTO DE JUZGAR ¿SUMA O RESTA LA INMEDIACIÓN?

El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción (y no mediante un intermediario, como ocurría con el Código de Procedimientos Civiles en el que la convicción del juez se formaba bajo influjos de comunicación preparada por un tercero, el secretario).

El vocablo “inmediación” expresa convencionalmente proximidad a algo, cercanía física a un objeto material que es susceptible de convertirse en un método de conocimiento e interacción con el objeto de que se trate.

Desde una perspectiva procesal, la inmediación se ubica dentro de la categoría de principios atinentes a la forma de los actos procesales o principios de procedimiento, particularmente vinculado a los **principios de oralidad y concentración**, siendo asimismo apreciable un intento generalizado entre la literatura especializada de ampliar su alcance más allá del momento procesal en que tradicionalmente se viene imponiendo su preceptiva vigencia, esto es, en la fase probatoria.

Esa tendencia se pone de manifiesto en las diversas versiones del principio de inmediación que se proponen según se tome como punto de referencia el objeto de la causa, los sujetos o los actos procesales, de modo individual o combinado. En este doble sentido, se le considera un principio atinente a las relaciones entre el juez sentenciador y el objeto del proceso, o como una imposición al juzgador de hallarse en contacto inmediato con los demás sujetos que intervienen en el proceso, o con los actos de parte; o, integrando algunas de las anteriores configuraciones, como regla que pone en conexión al órgano decisor con el objeto de la causa y los sujetos procesales, o con las partes y las pruebas; o, comprendiendo todas

esas perspectivas, como el contacto permanente del juez con todos los elementos del proceso aptos para formar su convicción, ya fueran subjetivos, ya objetivos.

En conclusión, el principio de inmediación es uno de los principios procesales que informan el sistema formal de la oralidad. Tiene como finalidad este principio de la inmediación el mantener la más íntima relación posible, el más estrecho contacto entre el juzgador de una parte y los litigantes y la totalidad de los medios probatorios de la otra, desde el comienzo del proceso hasta la sentencia final. En otras palabras los jueces deben conocer para decidir, recogen directamente, sin intermediario alguno, las impresiones personales a lo largo de todos los actos procesales cuya ordenada concatenación constituye el proceso, plasmándolas en el fallo, como consecuencia lógica de la elaboración de la sentencia.

El principio de inmediación exige que el juez que pronuncia la sentencia haya asistido a la actuación de las pruebas de donde extrae su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con el objeto de lo pedido, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales sujetos procesales, fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El juez debe conocer, de la mejor manera posible, las interioridades del conflicto que va a resolver; el principio de inmediación le permite al juez manifestar la realidad de lo ocurrido, de allí la importancia de que la audiencia de pruebas deba ser dirigida por el juez. En conclusión, la inmediación que se da a través de la prueba de audiencia suma al momento de juzgar.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): *Teoría general del proceso*, 3ª ed. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se vulnera el principio de inmediación procesal, porque el juez que expidió resolución de primera instancia no fue el juez que actuó el casete en la audiencia de pruebas, defecto que fue advertido en el recurso de apelación, sin que la Sala superior lo haya analizado al expedir la sentencia de vista (*Cas. N° 3592-02-Lima*).

Si bien la audiencia de pruebas es inaplazable, el juez se encuentra facultado a autorizar a una parte a actuar mediante representante, en caso de que un hecho grave o justificado impida su presencia, debiendo para ello solicitarse antes de la audiencia o en todo caso en el mismo acto (*Exp. N° 3917-1997*).

Artículo 203

Citación y concurrencia personal de los convocados

La fecha fijada para la audiencia es inaplazable y se realizará en el local del juzgado. A ella deberán concurrir personalmente las partes, los terceros legitimados y el representante del Ministerio Público, en su caso. Las personas jurídicas y los incapaces comparecerán a través de sus representantes legales.

Las partes y terceros legitimados pueden concurrir con sus abogados. Salvo disposición distinta de este código, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, el juez autorizará a una parte a actuar mediante representante.

Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella.

Si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 58, 89 inc. 1, 113, 214 párr. 2, 472 párr. 2.

Sara Taipe Chávez

1. INTRODUCCIÓN

Nuevamente considero pertinente traer a colación las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles en torno a la actuación de los medios probatorios ofrecidos por las partes. En principio, la hora no era exacta, existía lo que se denominaba el cuarto de hora de tolerancia, es decir, si A era citado para una confesión a las 10 horas, podía presentarse hasta las 10.15 horas, también existía la posibilidad de que la “diligencia” (no audiencia), no se lleve a cabo, se presentaban escritos acompañando certificados médicos o solicitaban se postergue la citación por “equidad” o cualquier pretexto imaginable. Las citaciones consideraban dos posibles fechas para llevarse a cabo la actuación de alguna prueba, si existían varias pruebas por actuar se señalaban fechas distintas con tal fin, lo que permitía que el proceso se prolongara *ad infinitum*.

El desarrollo del proceso por audiencias es una característica que diferencia al CPC de la norma procesal que la antecedió, tratándose de cualquier tipo de audiencia, entre ellas la audiencia de pruebas, las partes deben cumplir no solo lo dispuesto por el artículo 203, sino también con lo dispuesto por el artículo 141

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

del citado Código Procesal; así, las actuaciones judiciales se deben practicar puntualmente (quedó en desuso el cuarto de hora de tolerancia que permitía el derogado Código). La fecha señalada para la audiencia es inaplazable, es decir, si las partes muestran desinterés y no concurren a dicha audiencia, el juez dará por concluido el proceso.

Tal dispositivo legal causó revuelo, primero, porque estábamos mal acostumbrados a no llegar a la hora; segundo, porque las partes ya no podían hacer lo que quisieran con el proceso, dilatarlo hasta las calendas griegas. El tema fue objeto de debate desde que se promulgó el CPC, es así que el citado artículo 203 sufrió algunas modificaciones al considerarse que la sanción de conclusión del proceso era sumamente drástica. Luego de la última modificación del citado artículo 203, el último párrafo ha quedado como sigue: “(...) Si a la audiencia concurre una de las partes, esta se realizará solo con ella. Si no concurren ambas partes, el juez dará por concluido el proceso (...)”.

Al respecto, se debe tener en cuenta que si bien es cierto el proceso se promueve a instancia de parte, ello no le da derecho a actuar temerariamente, irresponsablemente o de mala fe. Nótese que la tutela procesal busca producir la satisfacción de quien la pretende. El proceso civil peruano, como instrumento de la jurisdicción, produce la satisfacción de los intereses del actor el que acude a fin de que se resuelva su conflicto, pero no lo autoriza a perpetuar el proceso con dilaciones innecesarias o maliciosas en perjuicio de su contraparte quien tiene derecho a que se resuelva dicho conflicto en el menor tiempo posible. Con ello no solo se tutela los intereses individuales, se logra mejorar la convivencia humana evitando la justicia por mano propia. Considero que esa es la razón de ser del artículo 203. En este dispositivo se ve reflejada la función social del proceso. Los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos, no lo son en cuanto al proceso y su desarrollo, siendo el proceso no solo un instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además una **función pública del Estado**.

En cuanto a la concurrencia personal de las partes, debo partir de una experiencia personal: cuando me desempeñaba en la judicatura tuve la oportunidad de comprobar lo valioso que resulta a los jueces la inmediación en una declaración de parte. Por ejemplo, advertí gran diferencia entre la declaración prestada por la misma parte y la prestada por un apoderado. Al respecto, debo manifestar que las respuestas dadas por un apoderado casi siempre son evasivas, casi nunca conocen la existencia de un hecho determinado. Las respuestas no son espontáneas sino artificiosas; por el contrario, las respuestas de la parte involucrada en el proceso son respuestas espontáneas, naturales, reales genuinas, y ello se explica porque solo las partes intervinientes conocen la verdad de los hechos.

Por lo expuesto, considero de gran valor procesal la asistencia personal de las partes a la audiencia de pruebas.

2. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE QUE LAS PARTES Y DEMÁS CONVOCADOS CONCURRAN PERSONALMENTE A LA AUDIENCIA DE PRUEBAS?

Oralidad, inmediación y concentración son principios que guardan muy estrecha relación. En la doctrina, suele ser frecuente entender que estamos ante un proceso oral cuando existe un predominio de la palabra hablada como medio de expresión, si bien puede atenuarse por el uso de escritos de alegaciones y de documentación.

El principio de **oralidad** presupone la existencia de un auténtico debate oral, sin desmerecer ni prescindir del sistema escrito y propugnando la prevalencia de los principios de concentración e inmediación.

La **oralidad** no puede entenderse sino partimos de la inmediación. Esta aparece en toda su plenitud sobre todo en la relación con las pruebas que merecen sean **actuadas**. La declaración de parte, las testimoniales, la inspección judicial, el debate pericial son los puntos fundamentales de la inmediación, así como el contacto directo del juez con las partes o sus abogados cuando realizan sus alegatos orales. En todos estos casos es indudable que utilizando la inmediación subjetiva o formal (así lo llama relacionándose de la manera más directa posible con los medios de prueba, es cuando nos encontramos (dentro del sistema formal de la oralidad) con el verdadero principio de la inmediación, de allí la importancia de la concurrencia personal de los convocados.

3. CONCENTRACIÓN

La **concentración**, con relación a la actividad probatoria, comporta que esta se desarrolle en una sola audiencia o, de ser imposible, en varias próximas en el tiempo al objeto de que no desaparezcan de la memoria del juez los actos orales que él ha presenciado. Este principio se materializa en diversos preceptos, y especialmente en el artículo 206 del CPC, que establece la celebración de la audiencia de pruebas en una unidad de acto. Para garantizar esta concentración de la actividad probatoria, la norma procesal prevé, por un lado, la posibilidad excepcional de realizar alguna prueba fuera del local del juzgado, sin que ello quiebre la unidad de la audiencia.

4. PUBLICIDAD

Finalmente, para asegurar que la oralidad se cumpla en la realidad, es menester garantizar el acceso de todo ciudadano a los trámites orales. **La publicidad** debe entenderse, así, no tanto como acceso a los autos que, en la medida en que hagan referencia a intereses privados, deberán reservarse solo a los afectados, sino

como garantía de la efectiva oralidad. Ello puede alcanzarse mediante el acceso directo de los ciudadanos –y evidentemente de los medios de comunicación– a las audiencias o vistas, salvo algunas excepciones como por ejemplo en algunos procesos de familia donde se protege los intereses de los menores o la protección privada de los cónyuges.

El control público de la oralidad también puede lograrse mediante la grabación de los actos orales, ya que a través de esta los jueces podrán comprobar su correcto desarrollo. En este sentido, resulta acertado plasmar las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Las actuaciones orales en vistas y comparecencias deberían registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen como sucede en el proceso arbitral.

En conclusión, cuando se cita a las partes (quienes generalmente concurren con sus abogados), a los terceros legitimados, al representante del Ministerio Público (de ser el caso), a los testigos, peritos, etc., la finalidad es que la actuación de los medios probatorios se desenvuelva ante los ojos del juez; es de suma importancia este acto, ya que la observación directa por parte del juez de todo el desenvolvimiento de los medios probatorios le ha de llevar a un convencimiento diferente que si se tratase de apreciar únicamente escritos o actas realizados por terceros. De allí la obligatoriedad, el deber, que tienen las partes de concurrir personalmente a la audiencia de pruebas (en mi experiencia uno de los actos procesales más importantes del *iter* procesal) en la que los principios anotados coadyuvarán al juez a aproximarse razonablemente a la verdad fundada en razones de hecho y de derecho, de allí la importancia de que concurren personalmente las partes y los convocados por el juez a la audiencia de pruebas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONROY GÁLVEZ, Juan (2009): *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La inasistencia de las partes debe aplicarse únicamente cuando no asistan a la audiencia de pruebas, no así cuando la inasistencia se produce en la audiencia de saneamiento procesal y conciliación, siendo así, no resulta pertinente aplicar el artículo 203 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 1319-2001-Lima*).

Conforme lo prescribe el artículo doscientos tres del citado cuerpo legal adjetivo (CPC), la fecha fijada para la audiencia de pruebas es inaplazable, siendo facultad del juez autorizar a una de las partes, solo si prueba un hecho grave o justificado que impida su presencia, a actuar mediante representante, mas no a suspender la misma (*Cas. N° 3211-1999-Puno*).

partes. De producirse algún error mecanográfico se procedía a utilizar el borrador para el acta original y cada una de las copias.

Los diez jueces civiles que empezaron a trabajar con el CPC tuvieron que desarrollar su capacidad de síntesis de tal manera que lo esencial de lo acontecido en la audiencia no se pierda en el espacio y quede plasmado en el acta, las declaraciones de parte, las testimoniales, los debates periciales, los reconocimientos, etc. Cuando la audiencia era fuera del local del juzgado porque tenía que hacerse una inspección judicial por ejemplo, el acta era redactada a mano (al igual que el Código de Procedimientos Civiles).

Lo expuesto conllevó a que inicialmente la redacción del acta fuera laboriosa, requiriera de mucho esfuerzo y de mucha concentración y muchas veces no reflejaba todo lo ocurrido en la audiencia.

Luego de algunos años se les proporcionó a los jueces una máquina computadora; con dicha herramienta se agilizó la redacción del acta. Ya no era necesario utilizar el papel carbón, el borrador manual o cambiar de hoja de papel porque no cabía una grafía más, etc. Lo esencial de tal cambio es que el procesador de textos proporcionaba diversas características de ayuda para la creación del contenido del acta, de modo tal que las transcripciones de lo acontecido en la audiencia correspondiente eran más detalladas y fidedignas a lo desarrollado en la audiencia, contribuyendo tales actas de ayuda al juez al momento de la valoración de lo ocurrido en dicha audiencia a fin de emitir una sentencia cercana a la verdad.

La exposición de motivos respecto al modificado artículo 204, se basa en que el hecho de transcribir todas las ocurrencias de la misma resta eficacia a las declaraciones, por lo que consideran que a fin de que los medios de prueba puedan ser valorados de mejor manera, es necesario otros medios de registro. Ahora es obligatorio que a los juzgados se les proporcione métodos de grabación de sonido, se ignora aún qué tipo de formato o soporte magnético se utilizará, a fin de proporcionar una copia del CD correspondiente. ¿Cuánto tiempo tomará implementar dicho sistema? No lo sabemos, lo cierto es que el modificado artículo 204 ya se encuentra vigente y mientras ocurra dicha implementación continuaremos con las actas que este prevé.

2. EL CONTROL PÚBLICO DE LA ORALIDAD

La publicidad procesal debe ir precedida de la respectiva audiencia (con las limitaciones previstas por Ley a que hemos hecho referencia en el apartado anterior).

El control público de la oralidad también se logra mediante la grabación de los actos orales, ya que a través de esta el órgano jurisdiccional revisor podrá

comprobar su correcto desarrollo (de ser el caso). En este sentido, resulta acertada la previsión del modificado artículo 204 según el cual las actuaciones orales producidas en la audiencia de pruebas se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido e imagen. Esta previsión ha tenido éxito en España, donde se graban en soportes aptos que reproducen el sonido y la imagen, como el CD o el DVD. Esperemos que en Perú tengamos el mismo éxito a fin de que el principio de oralidad despliegue su máxima eficacia y que los actos orales que se desarrollen ante el juez, de manera concentrada sean posible de ser controlados por terceras personas; esto es, con intermediación, concentración y publicidad, garantías todas ellas para la plena efectividad del principio de oralidad.

En conclusión, advertimos la intención de que desaparezca el acta transcrita; sin embargo, para que ello ocurra es necesario un presupuesto adecuado para implementar dicho sistema, sin ello dicha modificación será **letra muerta**.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA, Marianella (2016): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

A pesar de que el juez admite como medio probatorio la cinta de video, la misma que es visualizada en audiencia, pero no se transcribe en las actas su contenido ni las apreciaciones que se hubieren hecho sobre él; es nula la sentencia que se fundamenta en dicho medio probatorio bajo el argumento de que no aporta mayores elementos. Para que la sala pueda valorar la cinta de vídeo ofrecida como prueba, el juez debió transcribir la visualización de esta en el acta de audiencia; a fin de que el colegiado tenga conocimiento de lo visualizado, al sentenciar (*Exp. N° 647-1999-Lima*).

Las cintas de audio y video deben ser reconocidas por sus autores o responsables, debiendo dejar constancia el juez de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes. Actuar en contrario se equipararía a la figura de una prueba no actuada, puesto que el resultado de esta no consta en autos. Dicha actuación es imposible de convalidación, así como, tampoco puede disponer el colegiado su actuación porque se atenta contra el derecho a la defensa y el debido proceso (*Exp. N° 4243-1998-Lima*).

Artículo 205 Actuación fuera del local del juzgado

Si por enfermedad, ancianidad u otro motivo que el juez estime atendible, un interviniente está impedido de comparecer al local del juzgado, su actuación procesal puede ocurrir en su domicilio, en presencia de las partes y de sus abogados si desearan concurrir. Cuando se trate del presidente de la República, de los presidentes de las cámaras legislativas y del presidente de la Corte Suprema, la audiencia o solo la actuación procesal que les corresponda puede, a su pedido, ocurrir en sus oficinas.

CONCORDANCIAS:

;

Sara Taipe Chávez

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 205 contempla los supuestos en que la actuación de una prueba se lleva a cabo fuera del local del juzgado. Veamos:

- a) Si las personas naturales que deben concurrir a la audiencia de pruebas se encuentran materialmente impedidas por cualquier motivo de asistir a dicha audiencia; y
- b) Si quien debe concurrir a la audiencia de pruebas es jerárquicamente la más alta autoridad política de alguno de los poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

2. COMENTARIO AL ARTÍCULO 205

Este artículo es la excepción a la regla dispuesta por el artículo 203, que dispone que los convocados deben comparecer personalmente a la audiencia de pruebas al local del juzgado.

El primer supuesto a que refiere el artículo 205 se explica por sí mismo: si algún convocado se encuentra impedido físicamente de concurrir a la audiencia de pruebas, el juez y demás personas intervinientes deberán constituirse al lugar donde se encuentre el impedido a fin de actuar la prueba correspondiente.

Lo que no queda claro en este primer supuesto es: ¿por qué el juez no podría concurrir al domicilio de una de las partes del proceso (si lo puede hacer por un testigo por ejemplo)? Es cierto que si una de las partes del proceso se encuentra

ART. 205

materialmente impedida, puede hacerse representar por apoderado (art. 203). En el comentario precedente hemos visto que una declaración de parte se diluye cuando se hace a través de un apoderado, a diferencia de cuando la declaración es prestada por la misma parte. Es cierto que la movilización del personal del juzgado y de los que deben intervenir en la audiencia cuando esta es fuera del local del juzgado genera ciertos contratiempos; sin embargo, debemos evaluar el costo-beneficio que repercute en la convicción necesaria, suficiente y motivada por parte del juez a fin de emitir la sentencia respectiva.

En cuanto al segundo supuesto, se trata de un privilegio que le concede la Ley Procesal a quienes vienen ejerciendo el cargo de Presidente de la República, Presidente del Congreso o de Presidente del Poder judicial, a fin de solicitar al juez que la audiencia o determinada actuación procesal se lleve a cabo en sus oficinas correspondientes. Concedido el pedido que la audiencia se lleve a cabo fuera del local del juzgado, el juez hará de conocimiento de las partes, sus abogados y demás intervinientes en el proceso tal situación, debiendo dichas personas concurrir a las oficinas de dichas autoridades políticas con el fin de llevarse a cabo la audiencia correspondiente.

Considero que el privilegio anotado entra en contradicción con lo dispuesto en el numeral VI del Título Preliminar del CPC, por cuanto dicho dispositivo refiere que “el juez debe evitar la desigualdad entre las personas por razones de (...) idioma o condición social, **política** o económica (...)”, y de otro lado, la séptima disposición complementaria - disposiciones finales del citado Código, dispone que “(...) quedan suprimidos todos los procesos judiciales especiales y **todos los privilegios en materia procesal civil en favor del Estado**”. Si ello es así, no debería concederse dicha exención.

^5 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Marianella (2016): 1	1	2	1 %
vol. I. Lima: Gaceta Jurídica.			

Para que ello suceda se requiere, en primer lugar, a decir de CHIOVENDA, “que el juez del proceso oral esté **constituido desde el comienzo del pleito hasta la decisión por las mismas personas físicas**”. Continúa el autor diciendo que “en segundo lugar se requiere que el proceso oral **sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias próximas**”.

Como su nombre lo indica, el principio de concentración consiste en reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número posible de actuaciones en una sesión en la audiencia de pruebas.

El principio de concentración se encuentra íntimamente ligado al de oralidad y al de inmediación, e indudablemente al de la economía procesal. El juez debe tratar de concentrar en el tiempo la mayor cantidad de actos procesales posibles, con el fin de evitar que el proceso se disperse, dándole celeridad al proceso.

La concentración supone el examen de toda la causa en un periodo único que se desarrolla en una audiencia o en más de una, las que deben ser próximas, a fin de que los actos se aproximen y se sucedan ininterrumpidamente, lo contrario importa que la impresión adquirida por el juez respecto de las pruebas actuadas en la audiencia respectiva sean olvidadas por el tiempo transcurrido, siendo inútil el desgaste de energías y esfuerzos que se realizaron para llevar a cabo la actuación de los medios probatorios correspondientes. Más aún si los tiempos son excesivamente prolongados (como viene sucediendo), cabe la posibilidad de que el juez que llevó a cabo la audiencia de pruebas sea cambiado, promovido, no ratificado o renuncie, etc. Ello significará que las actuaciones de los medios probatorios sean llevados a cabo por un juez y la sentencia se expida por otro. De suceder ello es factible que se desnaturalice el principio de concentración pudiendo el juez perder la visión conjunta del conflicto que va a resolver (no obstante lo dispuesto por el art. 50.6 del CPC).

El juez debe ser consciente de lo que representa que una audiencia de pruebas deba realizarse en varias sesiones por la abundancia de pruebas que merecen ser actuadas las cuales no puede llevarse a cabo en un solo acto, y, a fin de que se produzca la adecuada concentración de tal actividad y no se pierda la ilación de lo actuado que haría infructuosa la finalidad de una audiencia de esta naturaleza, se deberá señalar fecha para la continuación de la audiencia de pruebas lo más pronto posible.

Muchas veces sucede que las audiencias se frustran porque se obvió notificar a una de las partes o a los testigos, o no se tomó en cuenta lo que conlleva actuar una pericia, desde el nombramiento de los peritos por la Repej, la notificación correspondiente, la aceptación del encargo, el que propongan sus honorarios, que las partes tomen conocimiento y abonen los honorarios propuestos, que se realice

la pericia, que se haga de conocimiento de las partes el informe pericial a fin de que realicen sus observaciones (de ser el caso) y que se produzca en la audiencia respectiva el debate pericial. Que un juez señale fecha para audiencia a efectos de que el día señalado se actúe determinado medio probatorio como la pericia se va convirtiendo en una utopía ¿Factores? Generalmente endógenos de nuestro sistema de justicia, como el hecho de desactivar juzgados para asignarlos a otro distrito judicial y repartir los expedientes que giraban a cargo de tales juzgados desactivados entre los que quedan, por ejemplo, en el Distrito Judicial de Lima, ¡o como el hecho de que en junio pasado señalaron fecha para continuar una audiencia para el mes de junio de 2016!

En conclusión, la unidad de audiencia en nuestro sistema ha devenido en desuso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- + 5 & **Juan** (2009): *Teoría general del proceso*, 3aed. **Lima: Communitas.**

Artículo 207 Incapacidad circunstancial

4) & %
&
3 &)

CONCORDANCIAS:

: \$; :

(0 X [&

1. INTRODUCCIÓN

La capacidad es aquella aptitud o posibilidad de ser partícipe de todas las situaciones jurídicas contempladas en el Derecho positivo, y se adquiere con el nacimiento e inclusive desde la concepción, toda vez que el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorece, aunque la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Asimismo, de conformidad con el artículo 42 del Código Civil tiene plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo los absoluta y relativamente incapaces (Ríoja, 2014: p. 95).

No se debe identificar el concepto de parte con el de persona, ya que parte representa una calidad y no una persona, y esta puede estar integrada por varias personas, sean estas naturales o jurídicas. En tal sentido, se entiende por parte a la persona que reclama en nombre propio o en cuyo nombre se reclama, así como aquella contra la cual se reclama una pretensión. No teniendo tal calidad el representante, quien interviene en nombre y defensa de un interés ajeno. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que: “la parte en el proceso es aquel que pide tutela jurisdiccional y pretende la actuación de una norma legal a un hecho determinado y aquel respecto del cual se formula esa pretensión, que los que quedan individualizados en la demanda” (Exp. N° 983-98-Lima SCSS. 8(* \$ 18/11/1998).

2. PARTE

Para Calamandrei “el concepto de parte tiene necesariamente un alcance correlativo y recíproco, en el sentido de que no puede concebirse una parte sino en cuanto puesta en antítesis con la parte contraria, con la cual constituye una pareja

Alberto Hinostraza Mínguez (2010: p. 25) señala que los medios de prueba son los elementos materiales de la prueba, pues a través de ellos se aportan los hechos fuentes de la prueba, uno de ellos es el que abordaremos en adelante, los documentos.

2. LOS DOCUMENTOS

Los documentos son objetos materiales que contienen datos, hechos, instrucciones, mensajes, etc. que nos permiten asegurar la existencia de estos últimos. Dada que esta información ha quedado inscrita y perennizada en este objeto es que es utilizada con una finalidad probatoria, obteniendo efectos jurídicos en la medida en que es incorporada a un proceso judicial.

Los documentos representan la exteriorización de una actividad humana, por lo que todo objeto que sea capaz de representar esta actividad o su resultado es considerado un documento en nuestra legislación, ello con prescindencia de la forma que obtenga.

Es así que la prueba documental no se circunscribe o limita a los escritos, sino que se encuentra representada en nuestra legislación por cualquier objeto que nos permita acreditar un hecho atendiendo a su contenido inscrito en él, pudiendo incluir entonces fotografías, planos, radiografías, dibujos, cuadros, pinturas, audios, cintas cinematográficas, etc., entendiendo que la prueba documental no es solo ocular (apreciada a través del sentido de la vista), sino que también puede resultar auditiva (apreciada a través del oído), o de una combinación de ambos sentidos, como cuando tenemos la representación de una cinta cinematográfica.

Rioja Bermúdez (2011: p. 558) manifiesta que el documento es la prueba típica de representación objetiva en la que se manifiesta un hecho o declaración de voluntad, la misma que se encuentra representada a través de diversos medios que regula la norma procesal, los cuales son introducidos al proceso por las partes.

Los documentos se convertirán en medio de prueba cuando son utilizados por las partes procesales para acreditar sus afirmaciones, buscando de esta manera ayudar al juez a encontrar la verdad de los hechos vertidos en el proceso, con la finalidad de orientarlo a un resultado acorde a Derecho.

Para Martín Hurtado Reyes (2014: p. 97) los medios de prueba tienen un sentido específico, y son identificados como los mecanismos que ayudan a las partes a llevar los hechos que se encuentran fuera del proceso al interior de este. Los medios de prueba incorporan información relevante al proceso extraída desde la fuente de la prueba, cuyo concepto es extraprocesal, pues la fuente existe fuera del proceso con independencia del proceso.

3. VALORACIÓN PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS

En estricto, la valoración probatoria que les dará el juez a los documentos dependerá de si son públicos o privados, lo cual será tratado en el desarrollo de los artículos correspondientes.

De manera amplia y general podemos decir que la valoración probatoria de un documento depende tan solo de su presentación e incorporación al proceso en curso, pues es un medio probatorio que no requerirá de actuación en audiencia (Cas. N° 3279-2001, Lima, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 02/01/2003, pp. 9820-9821. Cas N° 2000-2007, Lima, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30/05/2008, pp. 22178-22179).

Cabe destacar que el valor de los documentos en su calidad de medios probatorios puede verse afectado por su ineficacia, la cual vendrá a ser determinada por su falsedad, por su nulidad, o por haber sido obtenido de una forma ilícita. En caso de presentarse la falsedad o la nulidad documental, las partes podrán atacar esta prueba a través de la interposición de una *tacha*, considerada esta como el acto procesal que tiene por finalidad el restarle validez o eficacia a un medio de prueba. Cabe señalar que la sustentación de la nulidad o la falsedad deberán ser deducidas vía acción (Cas. N° 2550-1999, La Libertad, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 01/06/2000, p. 5446. Cas. N° 226-2007, Arequipa, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 03/01/2008, p. 21379).

4. OFRECIMIENTO DE LA PRUEBA DOCUMENTAL POR LAS PARTES

Como parte de los principios que rigen la actividad probatoria, se encuentran el *principio de formalidad y de preclusión*, el primero relacionado con su actuación acorde a las formalidades exigidas por la ley referidas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El segundo referido exclusivamente al momento y oportunidad en que la prueba deberá ser ofrecida.

En este sentido, y acorde con nuestra legislación, las pruebas documentales tienen un momento para ser ofrecidas e incorporadas al proceso dependiendo de la parte que la ofrece. Si se trata del demandante o reconvenido, este deberá ofrecerla en su escrito postulatorio de demanda o en la absolución de la reconvenición y si se trata del demandado, este deberá ofrecerlo en su escrito de contestación y/o reconvenición.

Según lo dispuesto en el artículo 429 del CPC, existe la posibilidad de ofrecer medios probatorios después de interpuesta la demanda; sin embargo, estos serán restringidos a hechos nuevos y a los referidos por la otra parte al momento de contestar la demanda o reconvenir.

GARBERÍ LLOBREGAT y BUITRÓN RAMÍREZ (2004: p. 380) señalan que una vez aportados los medios probatorios al proceso, la parte a quien perjudique el contenido de los mismos podrá:

- a) Admitirlos o reconocerlos;
- b) impugnar su autenticidad

En caso no sean admitidos o reconocidos, dependerá del juez el valor que le otorgue a dicho medio probatorio, dependiendo de si se trata de un documento público o privado.

5. DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA DOCUMENTAL Y OTROS MEDIOS DE PRUEBA

HINOSTROZA MÍNGUEZ (2010: pp. 204-205) clasifica estas diferencias dependiendo del medio probatorio de comparación, obteniendo lo siguiente:

- a) La prueba documental se diferencia de la declaración de testigo en lo siguiente:
 - La prueba documental es un objeto representativo, mientras que la declaración testimonial es un acto humano, personal y que se actúa oralmente.
 - La prueba documental está referida a hechos pasados, presentes y futuros; la declaración de testigos versa por lo general sobre hechos pasados.
 - La prueba documental implica un objeto de representación o que contiene expresiones de voluntad; la declaración de testigos es una declaración de ciencia o de conocimiento.
 - La prueba documental, además de ser un medio probatorio, puede constituir un requisito *ad substantiam actus*; la declaración de testigos no significa ningún requisito para la existencia o validez del acto jurídico.
 - La prueba documental puede ser producida por las partes, terceros o el mismo juez; la declaración de testigos proviene únicamente de un tercero.
 - La prueba documental es percibida por el juez en momento posterior a su elaboración; la declaración de testigos, en cambio, se produce al rendir testimonio a tercero.

- b) La prueba documental se diferencia de la declaración de parte en lo siguiente:
- La prueba documental puede provenir de persona extraña al proceso; la declaración de parte es prestada por los sujetos procesales (demandante o demandado).
 - La prueba documental es un elemento material u objeto representativo; la declaración de parte en estricto es oral.
 - La prueba documental es objetiva, la declaración de parte al ser personal es subjetiva.
- c) La prueba documental se diferencia de la pericia en lo siguiente:
- La pericia consiste en la opinión o verificación de hechos realizados por personas especializadas en determinada ciencia, arte u oficio, ilustrando al magistado sobre algún punto de materia controvertida.
- d) La prueba documental se diferencia de la inspección judicial en lo siguiente:
- La inspección judicial es la constatación personal y directa que hace el juez de algún hecho, lugar, objeto o persona, mientras que la prueba documental no lo es.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GARBERÍ, Jorge y BUITRÓN, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Jurista Editores; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Idemsa; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2011): *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa: Adrus.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley.

Artículo 234 | **Clases de documentos**

Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 233, 235, 252 párr. 1; L.G.S. arts. 46, 64, 169, 246.

*América Copa Silva***1. INTRODUCCIÓN**

Tal y como se detalló en el comentario del artículo 233, nuestra legislación procesal incluye dentro del concepto de documento no solo a los escritos (que pueden ser públicos o privados), sino también a otras formas de materialización de la actividad humana, siendo entonces lo importante la representación de esta.

CARRIÓN LUGO (2014: p. 234) señala que los documentos nos sirven para representar las declaraciones de voluntad, el estado en el que se hallan las cosas, la forma como se han desarrollado, las escenas o los acontecimientos, los sonidos de distinta naturaleza, etc. En muchos de los documentos el juzgador está en condición de apreciarlos y valorarlos por sus propios sentidos, en otros tendrá la necesidad de recurrir a los especialistas, o peritos.

Sean documentos públicos o privados, lo que debe prevalecer es la capacidad probatoria de estos, en tanto al ser incorporados al proceso servirán para acreditar o desvirtuar hechos alegados y/o afirmados por las partes.

2. CLASIFICACIÓN

En el artículo materia de comentario podemos verificar que los documentos han sido clasificados de diferentes maneras:

- a) *Por el sujeto*, podemos clasificarlos en públicos o privados, es decir, importa el sujeto que los emite. En este sentido, los documentos públicos

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 5 de la Ley N° 26612 del 21/05/1996.

son todos aquellos que han sido emitidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El artículo 235 del CPC indica específicamente que es considerado como un documento público, el otorgado por un notario y todos aquellos a los que la legislación les otorgue dicha calidad.

Por otro lado, son documentos privados todos los demás, es decir, todos aquellos que han sido emitidos por cualquier persona, que no son emitidos por un funcionario público, ni se encuentran dentro de otro supuesto del artículo 235 de nuestro CPC. Dentro de los documentos privados, encontramos aquellos que son escritos directamente por el sujeto (desde su puño y letra), aquellos que son escritos por el sujeto a través de un mecanismo electrónico o similar, tales como el fax, correos, etc.

- b) *Por su elaboración*, podemos clasificarlos en directos e indirectos. Serán directos aquellos que provienen de la reproducción de la mente humana como los planos y dibujos, cartas, escritos, etc. Representan una exteriorización de la voluntad y actividad del sujeto que lo elabora.

Indirectos son aquellos que no provienen directamente de la mente humana, y que significan la reproducción de una forma física tomada desde la realidad, como por ejemplo las fotografías, los videos, las radiografías, etc. Nos permiten determinar hechos.

- c) *Por su función*, pueden ser probatorios o constitutivos, o también los identificamos como *ad probationem* y *ad solemnitatem*, respectivamente. Los primeros son aquellos que sirven de prueba sin importar la forma que los contenga. Los segundos son aquellos que requieren de una forma determinada por ley, por ejemplo, la donación de bienes inmuebles, donde la ley nos impone su celebración a través de escritura pública.
- d) *Por su contenido*, podemos hablar de documentos declarativos y representativos. Los primeros serán aquellos que contienen una declaración respecto de hechos, circunstancias, etc., mientras que los segundos no contienen ninguna declaración y tan solo son reproducción mecánica de hechos.

3. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

Para KIELMANOVICH (2004: p. 399) la importancia de la prueba documental reside en el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea ello con la finalidad de dar nacimiento a una relación jurídica, o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento ulterior.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; GARBERÍ, Jorge y BUITRÓN, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima. Jurista Editores; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Idemsa; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2011): *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa: Adrus; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Título, según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, es la palabra que da a conocer algo, es el renombre adquirido, es el origen causa o razón, el pretexto o excusa, y el instrumento es el documento o diploma que acredita determinados estudios. El hecho de que en la recurrida se denomine como título al contrato de arrendamiento exhibido por la recurrente, no le da otro cariz y aparece de la misma que ha sido apreciado (*Cas. N° 789-2008-Moquegua*).

El mérito de la ficha única de matrícula escolar donde firma como padre el menor y la argumentación del demandado que firmó esos documentos escolares en cumplimiento de su obligación de padre, es suficiente para amparar la demanda de reconocimiento de paternidad extramatrimonial (*Exp. N° 124-1993-Cajamarca*).

Artículo 235

Documento público

Es documento público:

1. *El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones;*
2. *La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia; y*
3. *Todo aquel al que las leyes especiales le otorguen dicha condición.*

La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 234.

América Copa Silva

1. INTRODUCCIÓN

Tal y como mencionamos al comentar el artículo 234 del CPC, una de las clasificaciones de los documentos contempla al sujeto que los emite, y con base en ello pueden ser públicos o privados.

Los documentos públicos serán aquellos otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, pero también son aquellos otorgados por el notario público.

En este sentido, un documento público será tal dependiendo del sujeto que lo otorga. Por mandato legal, dicho sujeto tiene la cualidad de otorgarle autenticidad y autosuficiencia a dichos documentos, otorgándole a estos un valor diferente al de un documento privado.

2. DOCUMENTOS EMITIDOS POR FUNCIONARIO PÚBLICO

La función pública está constituida por toda actividad temporal o permanente remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la primera disposición complementaria de la Ley N° 30161 del 28/01/2014.

Los documentos que tienen la calidad de públicos son aquellos que son emitidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de su función pública, y en atención a sus atribuciones.

3. DOCUMENTOS EMITIDOS POR NOTARIO PÚBLICO

Los notarios públicos, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1049, son los profesionales del Derecho autorizados para dar fe de los actos y contratos que ante ellos se celebran. Para ello formalizan la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conservan los originales y expiden los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

Así, pues, como se dijo, los notarios públicos son personas que en el ejercicio de sus funciones tienen, por ley, la facultad de dar fe de los actos que ante ellos se celebran, incluyéndose por tanto como parte de sus obligaciones la de guardar una conducta acorde con los principios de veracidad, honorabilidad, objetividad, imparcialidad, diligencia, así como respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la constitución y las leyes.

Los notarios públicos en el ejercicio de sus funciones por mandato de ley o a solicitud de parte extienden o autorizan instrumentos públicos notariales, siempre dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley. Estos instrumentos públicos gozan de fe pública respecto de su realización, de los hechos y circunstancias que el notario presencie.

Los instrumentos públicos pueden ser protocolares o extraprotocolares. Dentro de los primeros se encuentran las escrituras públicas, instrumentos y actas que el notario incorpora al protocolo notarial. Dentro de los segundos se encuentran las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función.

De acuerdo con el contenido del artículo 235 del CPC bajo comentario, serán documentos públicos no solo las escrituras públicas, sino todos aquellos documentos que emita el notario público en ejercicio de su función, incluyéndose por tanto no solo los documentos protocolares sino también los extraprotocolares, ello en virtud de que todos los actos que se celebran frente a un notario gozan de la fe pública que la ley le otorga.

Además de la escritura pública, el Decreto Legislativo N° 1049 señala que forman el protocolo notarial los registros de testamentos, de protesto, de actas de transferencia de bienes muebles registrables, de actas y escrituras de procedimientos no contenciosos, de instrumentos protocolares denominados de constitución

de garantía mobiliaria y otras afectaciones sobre bienes muebles, entre otros que la ley determine.

La autenticidad y la autosuficiencia de los documentos públicos resultan relevantes en tanto sean incorporados a un proceso judicial en calidad de medios probatorios, pues es allí donde podemos apreciar que por sí mismos serán capaces de probar las afirmaciones o hechos que las partes señalan.

El último párrafo del artículo que ahora comentamos señala que las copias de los documentos públicos, tendrán el mismo valor que el original siempre que hayan sido certificadas por auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda. Nuevamente la intervención notarial cobra importancia en la certificación de documentos, atendiendo a la función de otorgar fe pública, en este caso será respecto de los documentos originales que ha tenido la vista, otorgándoles a las certificaciones el valor de un documento público. Sucede lo mismo con las certificaciones que otorguen los auxiliares jurisdiccionales. Esta precisión nos otorga la posibilidad de prescindir del documento original, e ingresar en su lugar al procedimiento copias certificadas del mismo, lo cual evidentemente –como todo medio probatorio– será valorado por el juzgador.

4. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS

Los documentos públicos, si bien no son absolutos o plenos, gozan de un gran valor probatorio, pues en virtud de que han sido emitidos o autorizados por un funcionario público, o un notario público en ejercicio de sus funciones, gozan de una presunción legal de *autenticidad* y a su vez están provistos de *fe pública*, por lo que su contenido será presumido como cierto, salvo que sea desvirtuado por otro medio probatorio idóneo, o se acredite fehacientemente su nulidad o falsedad.

Los documentos públicos mantienen su eficacia mientras no sea declarada judicialmente su ineficacia (Exp. N° 238-95-Lima).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; GARBERÍ, Jorge y BUITRÓN, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Jurista Editores; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Idemsa; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2011): *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa: Adrus; RODRÍGUEZ, Evito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley.

Artículo 236 | Documento privado

Es el que no tiene las características del documento público. La legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 10 párr. 3; C.P.C. arts. 245, 246; C.P. Const. art. 37 inc. 6; L.G.S. arts. 46, 246.

América Copa Silva**1. INTRODUCCIÓN**

Para CABANELLAS son documentos privados los redactados por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario público o funcionario público que le de fe o autoridad.

Los documentos privados tienen libertad de forma, a diferencia de los documentos públicos, los cuales al ser emitidos por funcionarios públicos o notarios públicos deben cumplir con determinados requisitos para la emisión de sus actos, dentro de los cuales se encuentra la observancia de la competencia, los requisitos que la ley impone para la celebración de ciertos actos, etc.

2. LA FORMALIDAD EN LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Al respecto VIDAL RAMÍREZ (2011: p. 139) señala que la falta de formalidad para los documentos privados, es justamente lo que los hace privados, por lo que dichos documentos pueden ser otorgados y firmados en cualquier día, a cualquier hora. Asimismo, la falta de consignación de elementos como lugar, fecha, nombres, etc., si bien no importa su validez, sí podría atentar contra su fuerza probatoria.

En este sentido, Alberto HINOSTROZA MÍNGUEZ (2010: p. 213) señala que si bien es cierto los documentos privados no exigen formalidad alguna en su elaboración, la firma de ellos —o la huella digital en algunos casos en los que no se tiene firma— es un requisito indispensable para su eficacia (lo que no significa que ante su ausencia estos documentos no gocen de validez), no siendo posible sustituirla por signos o iniciales, salvo que el sujeto los acostumbre como firma.

La diferencia entre los documentos públicos y los privados es que los primeros gozan de una presunción legal de *fe pública* y los segundos son documentos de *parte*, por lo que estos últimos son relativizados cuando son incorporados

a un proceso judicial en calidad de medio probatorio, en el sentido de que por sí mismos no pueden probar los hechos que la parte que los ofrece afirma, salvo que la otra parte los reconozca y/o acepte su contenido, en cuyo caso el valor de este reconocimiento será el que el juez le otorgue, tal y como lo dispone el artículo 246 del CPC. De acuerdo a ello, los documentos privados requieren acreditar su autenticidad –mientras que los documentos públicos gozan de esta característica– y lo harán siempre que sean reconocidos por la parte a la cual se le oponen, o se actúen otros medios probatorios en tal sentido.

Es así que, la parte que ofrece un documento privado en calidad de medio probatorio tiene la carga de la prueba respecto de su autenticidad, ya que estos por sí mismos no gozan de dicha presunción. Un salvavidas para esta relativización probatoria para los documentos privados es la existencia y consignación en ellos de la *fecha cierta*, pues esta le otorga a dichos documentos una calidad probatoria diferente en tanto determina su existencia a partir de un momento específico. Así tenemos, por ejemplo, que será diferente el valor de un contrato de compraventa celebrado entre partes, y un contrato de compraventa celebrado entre partes, acompañado de la legalización de sus firmas ante un notario público, pues si bien es cierto el notario no da fe del contenido de dicho documento, sí otorga fe de que las firmas de las partes que lo celebran es la que le corresponde a cada una de ellas, por haberlo verificado así, en la fecha que dicha legalización ocurre.

Si bien es cierto que los documentos privados pueden ser incorporados a un proceso judicial en calidad de medios de prueba, su eficacia probatoria estará condicionada al valor que el juez le otorgue dependiendo del desenvolvimiento del proceso, es decir, si existe un reconocimiento de la otra parte, si existe otro documento, u otro medio probatorio suficiente que permita avalar su contenido, así como cuando dicho documento está provisto de una fecha cierta.

3. VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

Los documentos privados no gozan de la presunción de autenticidad, por lo que su valor probatorio es relativizado en tanto sean reconocidos por las partes, por terceros a quienes se oponen, o en todo caso sea sustentado a través de otros medios de prueba que acrediten su contenido, en cuyo caso será el juez quien determine el valor que le ocasionan estos documentos. En suma, los documentos privados por sí mismos no cuentan con un considerable valor probatorio, y siempre requerirán de *algo más* para permitir su valoración procesal en calidad de medio probatorio.

Tal y como lo mencionáramos en párrafos anteriores, ayuda en el valor probatorio de un documento privado la consignación de *fecha cierta*, pues ella permitirá al magistrado valorar la existencia de un acto –dependiendo de cuál sea este– además de la ocasión en que fue celebrado, permitiéndose incluso determinar si

se trata de un acto real o fabricado para efectos del proceso judicial en trámite. Así tenemos que será diferente un documento privado con firmas legalizadas ante notario con fecha anterior al inicio del proceso judicial, y un documento privado con fecha posterior al inicio del proceso judicial. El valor probatorio de los documentos privados dependerá en suma del criterio judicial sobre los mismos, y la convicción y autenticidad que logren alcanzar.

KIELMANOVICH (2004: p. 383) señala que, a diferencia de los documentos públicos que tienen valor por sí mismos hasta que no sean declarados nulos, los documentos privados no tienen valor per se hasta que no sean declarados auténticos, por el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien se oponen.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Jurista Editores; KIELMANOVICH, Jorge, (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, (2011): *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; GARBERÍ, Jorge y BUITRÓN, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Jurista Editores; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Idemsa; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2011): *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa: Adrus; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley; VIDAL, Fernando (2011): *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Un documento privado de fecha cierta se caracteriza porque en una controversia adquiere eficacia jurídica en los supuestos regulados en el artículo 245 del Código Procesal Civil. De acuerdo a los incisos 2 y 3 del precepto legal precitado, un documento privado tiene la calidad de fecha cierta cuando se presenta ante funcionario público, o se presenta ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas. En el presente caso, la minuta no fue ingresada a una Notaría Pública, razón por la cual la fecha cierta solamente resulta de la interposición de la demanda de otorgamiento de escritura pública, en que se presentó ante el juez de la causa. Según la cláusula quinta de la escritura de compraventa, el proceso de otorgamiento de escritura pública se inició en el Juzgado el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y tres, que es la fecha que le da certeza, por lo que se configura el error in procedendo denunciado, pues la recurrida infringe la regla procesal anotada; por lo tanto declárese fundado el recurso (*Cas. N° 643-2004-Huánuco*).

Artículo 237

Documento y acto

Son distintos el documento y su contenido. Puede subsistir este aunque el primero sea declarado nulo.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 140 inc. 4, 143, 144, 225, 1625; C.P.C. art. 233.

América Copa Silva

1. INTRODUCCIÓN

El artículo materia de comentario recoge en suma el contenido del artículo 225 del CC, por el cual específicamente nuestro legislador estableció que: “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo”.

La posibilidad que contempla el mencionado artículo es posible atendiendo al formalismo adoptado en nuestro actual CC, el cual podemos distinguir en la adopción de las formas *ad probationem* y *ad solemnitatem* en la celebración de los actos jurídicos, las cuales además se encuentran reguladas en el artículo 144 de dicha norma.

Para VIDAL RAMÍREZ (2011: p. 134) el formalismo en nuestro CC conjuga la autonomía de la voluntad con el orden público en la adopción de la forma de parte de los intervinientes con las formas designadas por nuestro ordenamiento, y orienta la utilización de la forma a la prueba de la existencia y contenido del acto jurídico, lo cual además también es complementado por el artículo 143 del mismo cuerpo normativo.

2. LAS FORMAS AD PROBATIONEM Y AD SOLEMNITATEM

Las formas contenidas en nuestra legislación conocidas como *ad probationem* y *ad solemnitatem* resultan fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto nos permiten entender la importancia que le ha dado nuestro legislador a la prueba del acto jurídico y a su existencia. La diferencia entre una y otra forma, se puede desprender del contenido del artículo 144 del CC, el cual en su redacción establece que *cuando la ley impone una forma y no la sanciona con nulidad, su inobservancia constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto.*

Dicha redacción nos describe la forma *ad probationem*, la cual determina para el acto jurídico su importancia en calidad de medio de prueba. Para estos actos la

forma no es esencial para acreditar su existencia, y podrá ser probada de diferentes maneras, importando en algunos casos la diligencia que hayan tenido las partes para cuidar de probar el mismo. Así tenemos que para el caso de la celebración de una compraventa de bien inmueble, nuestro ordenamiento no nos impone la celebración de la misma bajo una forma determinada, importando para su existencia el consentimiento de las partes, por lo que estas tienen libertad para elegir la forma de la misma. Bajo el supuesto que lo hayan celebrado dejando constancia del acto a través de un documento, el cual posteriormente es declarado nulo por la ausencia de alguna formalidad, el acto jurídico se mantiene independientemente de la nulidad del documento que lo contiene, pudiendo ser probado además por otros hechos.

Asimismo, y de la misma redacción del artículo 144 bajo comentario, se podrá determinar que de manera contraria, los actos a los que la ley les ha asignado una forma determinada bajo sanción de nulidad, tendrán la forma llamada *ad sollemnitatem*, significando ello que la forma de la celebración del acto importa su existencia. Acto y documento resultan ser *uno solo*. Aquí, entonces, solo probaremos la celebración de dicho acto jurídico cuando este haya sido celebrado bajo la forma impuesta por la ley. Como ejemplo tenemos la donación de bienes inmuebles, en donde tal y como se puede apreciar del artículo 1625 del CC, imponen la celebración de la misma bajo sanción de nulidad.

Cabe agregar que la forma en nuestro CC importa la validez del acto jurídico, tal y como se desprende del inciso 4 del artículo 140 del mismo, en donde se especifican los elementos de validez de este.

3. DOCUMENTO Y ACTO

Brindadas las apreciaciones anteriores, podemos entender que el artículo 237 de nuestro CPC, cuando utiliza la diferencia del documento y su contenido, se refiere a aquellos actos jurídicos *ad probationem*, es decir aquellos actos cuya existencia no depende del documento, pues uno es independiente del otro.

En este sentido, bajo el supuesto que el documento que contiene al acto sea declarado nulo, el acto jurídico persistirá. Como ya lo hemos manifestado, ello no es posible en los actos *ad sollemnitatem*, pues en ellos la forma de su celebración a su vez le otorga existencia, no pudiendo separar el acto del documento, lo que significa que la declaración de nulidad del documento importa también la nulidad del acto.

En este sentido, KIELMANOVICH (2004: p. 376) establece que, en el caso de los actos *ad sollemnitatem*, el documento juega una doble función, pues por un

lado constituye requisito esencial de validez del acto, y por el otro, el único medio admisible para acreditar su existencia con virtualidad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2011): *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Grijley; GARBERÍ, Jorge y BUITRÓN, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Valencia: Tirant lo Blanch; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Derecho Procesal Civil*, vol. 3. Lima: Jurista Editores; HURTADO REYES, Martín (2014): *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. 2. Lima: Idemsa; KIELMANOVICH, Jorge (2004): *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; RIOJA BERMÚDEZ, Alexander (2011): *El nuevo proceso civil peruano*. Arequipa: Adrus; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (2005): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley; VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2011): *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria (*Exp. N° 360-2005*).

El pronunciamiento judicial que ordena que un documento se haga constar en escritura pública, se pronuncia sobre su forma y no sobre su contenido (*Cas. N° 2186-1998-Lima*).

No se puede confundir la nulidad de un acto jurídico con su inexistencia ni con su validez. Si bien la nulidad y la invalidez se hallan relacionadas en tanto implican la existencia de causas originarias y consustanciales con la formación del acto jurídico, su inexistencia implicaría considerar que dicho acto careció de tal etapa formulatoria, teoría que no es recogida en nuestro sistema jurídico (*Exp. N° 1610-98*).

La nulidad del acto jurídico acarrea inevitablemente la nulidad de su escritura pública porque un acto nulo es jurídicamente inexistente, y por ello no puede existir una escritura pública sin contenido. La inscripción registral no es obstáculo para que judicialmente se discuta la validez del acto jurídico cuestionado, siendo actos completamente independientes el uno del otro (*Exp. N° 4530-1998-Lima*).

El contrato de compraventa no requiere de formalidad puesto que se perfecciona con el simple consentimiento. No hay que confundir la existencia del contrato con el documento que sirva para probar su existencia (*Exp. N° 314-1995-Lima*).

Artículo 238 | **Principio de prueba escrita**

Cuando un escrito no produce en el juez convicción por sí mismo, requiriendo ser complementado por otros medios probatorios, es un principio de prueba escrita, siempre que reúna los siguientes requisitos:

1. *Que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y,*
2. *Que el hecho alegado sea verosímil.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 194, 197.

Marianella Ledesma Narváez

1. INTRODUCCIÓN

El documento es importante por el carácter permanente de la representación de los hechos que contiene, sea con el fin de dar nacimiento a una relación jurídica o de servir de prueba acerca de su existencia en un momento ulterior, por ello se dice que es prueba segura, en caso de tener que iniciar o afrontar un proceso, porque el documento es más fiel que la memoria del hombre y más seguro que un conjunto de indicios o testimonios cuando es completo, claro, exacto y auténtico o hay certeza de su legitimidad. El artículo bajo comentario regula —a contrario sensu de lo señalado— el supuesto de la existencia de un documento escrito pero que no produce en el juez convicción por sí mismo y que, por ello, necesita ser complementado con otros medios de prueba.

2. PRINCIPIO DE PRUEBA ESCRITA

En principio la prueba escrita es calificada como un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso. Según el artículo bajo comentario debe reunir dos requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado y que el hecho alegado sea verosímil; sin embargo, DEVIS ECHANDÍA (1994: p. 317) considera que además el escrito debe gozar de autenticidad o esta se pruebe.

Con relación al primer requisito, DEVIS ECHANDÍA señala:

“[d]ebe tenerse en cuenta que el documento pueda provenir de un apoderado o representante legal (de los padres mientras tienen la patria potestad) o

contractual (como el gerente de una sociedad en litigio con esta) de la parte a quien se opone el escrito; o del causante en proceso contra el heredero” (1994: p. 317).

También señala que la confesión judicial incompleta hace las veces de principio de prueba por escrito, y de ahí que pueda complementarse con testimonios, cuando aquellos por sí solos no bastan. Cuando una parte está formada por varias personas, es suficiente la confesión incompleta o que emane de una de ellas, en razón de que la verosimilitud que aquella da al hecho es indivisible. Es interesante el caso que cita DEVIS ECHANDÍA cuando una persona escribe el dictado de otra, si se prueba con testigos esa circunstancia, debe ser admitido como principio de prueba escrita contra esta y no contra la primera. En los casos expuestos hay que tener en cuenta que la declaración expresa o la actuación procesal del apoderado solo puede tener valor de confesión, y de principio de prueba escrita, cuando está facultado para confesar o cuando lo hace en la demanda o en sus articulaciones.

Con relación al segundo requisito, esto es, que el escrito haga verosímil o probable el hecho alegado, según DEVIS ECHANDÍA, no puede exigirse que el escrito contenga el contrato, ni que convenza por sí solo, porque entonces existiría prueba documental y no un simple principio o comienzo de prueba escrita. Basta que se refiera al contrato o la mencione, o que sea una consecuencia de este o un antecedente, o que de otra manera lo haga suponer lógicamente porque entre ellos exista un nexo de causalidad. Los testimonios completarán la certeza. El principio de prueba puede consistir en un solo escrito o en la reunión de diversos escritos distintos, cuando uno solo de estos no sea suficiente por sí mismo.

En cuanto a la autenticidad se argumenta que puede probarse con testigos, peritos o confesión judicial. Si el documento es manuscrito, no hace falta que esté firmado, siempre que se presuma o se pruebe su autenticidad.

La norma al consagrar que el escrito pueda ser complementado por otros medios probatorios, deja en libertad al juez para apreciar el valor probatorio de estos medios. Nótese que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada, conforme lo señala el artículo 197 del CPC.

Por otro lado, en la doctrina se acepta la testimonial, en el caso de pérdida o destrucción del documento, aun cuando no exista una norma legal que la consagre. Sobre el particular, DEVIS ECHANDÍA (1994: p. 321) considera que se trata de probar dos hechos no convencionales: i) la existencia previa del documento o principio de prueba escrita; y, ii) su pérdida o destrucción; por lo tanto, conforme a los principios generales de la ciencia de la prueba, pueden demostrarse con testigos inclusive cuando estos estén excluidos por la ley para probar el acto documentado. Se trata de una imposibilidad material de aducir la prueba o la solemnidad

que oportunamente se produjo y por eso se aplica también a los actos solemnes, por citar, la escritura pública se otorgó, pero fue destruida y no existen copias.

La parte interesada –señala el citado autor– debe probar los siguientes hechos: la preexistencia del documento cuya pérdida se alegue y su formalidad legal; las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la pérdida o extravío del documento; la involuntariedad de la pérdida debe presumirse; la imposibilidad de obtener otra copia, si se trata de escrituras públicas o documentos protocolizados, o que constan en archivos oficiales; y lo sustancial del contenido del documento. Se trata de una prueba inductiva e incompleta porque es difícil que los testigos recuerden todo el contenido del documento, y que den fe de este, a menos que tengan una copia informal o hayan intervenido en su elaboración e identifiquen la copia que se presenta al proceso. No hace falta probar la autenticidad del documento privado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal*, 13ª ed. Bogotá: Dike.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El contrato de mutuo donde cuatro personas se obligan a devolver sin pacto de solidaridad el dinero, la deuda en ella contenida se presume dividida con respecto a cada uno de los cuatro deudores obligados. Si bien los títulos valores mal emitidos pierden su mérito ejecutivo, aun en tal circunstancia estos resultan valederos para acreditar la celebración de un contrato atípico permitido por el principio de libertad contractual establecido en el artículo 1354 del Código Civil (*Exp. N° 30-2001-Lima*).

Si bien es cierto que, no existe disposición legal que establezca la exigencia procesal de ofrecer como pruebas que acompañan a la demanda, documentos certificados y no simples fotocopias de los mismos; también lo es que, dada la naturaleza de lo pretendido, el juez tiene la atribución legal de solicitar una mayor certeza respecto a los documentos que sustentan las pretensiones de los actores, sin que ello signifique una contravención al derecho a un debido proceso o a (sic) un sobre costo procesal (*Cas. N° 3341-1999-Callao*).

La unión de hecho necesita la posesión constante de estado, la cual debe probarse a través de cualquier medio admitido por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. Ello significa que la prueba tiene que actuarse dentro en (sic) un proceso judicial, pero no necesariamente distinto a aquel en el que deba sustentarse el derecho, es decir que no siempre debe seguirse un trámite exclusivo para obtener la declaración judicial de existencia de la sociedad de bienes derivada de la unión de hecho, sino que en un proceso como este (desalojo por ocupación precaria) puede probarse dicha existencia, utilizando principalmente prueba escrita (*Cas. N° 2279-1998-Arequipa*).

Son (las facturas) documentos ciertos respecto de los gastos efectuados por este (demandante) (...), a los mismos que no se puede oponer con carácter probatorio las proformas presentadas por la parte demandada, ya que las primeras tienen la contundencia de la realidad que no puede ser enervada por un documento que contiene una cantidad probable y que puede ser objeto de variación (*Exp. N° 1525-95-Lima*).

Artículo 239 | **Informes**

Se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos. Los informes se presumen auténticos.

En los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos. Los informes tendrán la calidad de declaración jurada.

CONCORDANCIAS:

C. arts. 2 incs. 5 y 6, 200 inc. 3; C.P.C. arts. 192 a 194, 233 a 235, 242, 302, 564; C.P. art. 412; C.T. art. 85; L.G.S.F. arts. 138 inc. 3, 179; L.G.S.C. arts. 10, 11; L.P.A.G. arts. 43, 166 a 174; L.O.P.J. art. 185 inc. 4.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

La denominada *prueba de informes* o *prueba informativa*, como su propio nombre lo indica, trasluce mejor que nadie la esencia de la *actividad probatoria*: trasladar la información existente *extra* proceso (y generalmente *ante* proceso), hacia el proceso.

Efectivamente, se ha señalado con acierto que hablar de prueba es hablar de información; que para fallar el juez tiene que aplicar normas jurídicas a hechos; que se supone que el juez conoce las normas (*iura novit curia*), y si no las conoce tendrá seguramente a su alcance elementos para remediar por sí solo la carencia; que, sin embargo, la situación es muy distinta en cuanto a los hechos, respecto a los cuales el órgano judicial normalmente necesitará informarse; y, que ahí surge la función de las pruebas, las que en último análisis no son sino vehículos de informaciones (BARBOSA, 2001: p. 15). Es más, en la doctrina se ha resaltado recurrentemente la asimilación de la labor probatoria del juez a la labor del historiador, aunque también se ha puntualizado que tal analogía si bien funciona en un plano genérico, sin embargo no puede en modo alguno ser exacta por cuanto desdeciría la esencia de cada una de las dos actividades (TARUFFO, 2002: p. 336 y ss.; ALVARADO, 2006: p. 29).

Y también se ha dicho que la aplicación de la norma por el juez en un proceso concreto ha de partir necesariamente de que se haya probado, en el pleito sometido a su decisión, el supuesto de hecho alegado; que de ahí proviene la importancia de la prueba; y también que se puede tener razón, pero si no se demuestra no se alcanzará procesalmente un resultado favorable (SANCHÍS, 2001: p. 15). La actividad probatoria es parte neurálgica del Derecho Procesal. Se ha dicho que no solo constituye la esencia del proceso, sino que abarca, con mayor o menor influencia, todo el ámbito del proceso (SERRÁ, 1969: p. 355).

Entonces, la temática de los *medios probatorios* forma parte de otra aún más amplia, denominada *prueba* o *actividad probatoria* o *teoría de la prueba* (RAMOS, 1992: p. 526; CORREA, 2003: p. 127). De ese modo, si queremos adentrarnos en el análisis de uno de sus tópicos (la *prueba de informes*), debemos primero puntualizar algunos conceptos o categorías principales y generales de la teoría de la prueba, como son: *fuerza de prueba*, *medio de prueba* y *prueba*.

2. FUENTE DE PRUEBA, MEDIO DE PRUEBA Y PRUEBA

El abordaje doctrinario de estas categorías no ha sido pacífico, lo cual ha partido generalmente de la gran confusión que existe en cuanto a su diferenciación (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; REDENTI, 1957: pp. 281-282). Así, se ha señalado por ejemplo que “aun dentro del proceso, nos encontramos con que con el término prueba se suele designar tanto la actividad probatoria (es necesaria la prueba, no necesitan prueba, etc.), como los medios de prueba (prueba documental, prueba testifical, etc.), o el resultado de la prueba (el hecho resulta probado, o no se ha probado). Ello demuestra que el término prueba es algo dinámico, e incluso multívoco” (RAMOS, 1992: p. 526). Por eso incluso se ha propuesto que se deje de usar el término *prueba* y en su lugar se use el vocablo *confirmación* (ALVARADO, 2006: p. 18).

Por *medios probatorios* o *medios de prueba* se ha de comprender todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba*, como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324).

A su vez, por *fuerza de prueba* se entiende todos aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos y conductas) que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos *medios de prueba*, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos (como, por ejemplo, las huellas dactilares que se descubren por medio de una pericia y acreditan quién cometió el delito), o de ellos mismos (como la escritura pública que acredita su propia existencia), que son objeto o materia de prueba (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 257). De ese modo, entonces, la *fuerza* es anterior al proceso y existe independiente de él; el *medio* se forma durante el proceso y pertenece a él; asimismo, la *fuerza* es lo sustancial y material, mientras que el *medio* es lo adjetivo y formal (MONTERO, 2000: p. 45).

Finalmente, por *prueba* comprendemos el conjunto de razones o motivos proporcionados o extraídos de las diversas fuentes de prueba para producir convicción

en el juzgador sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de prueba (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: p. 323), o –desde un punto de vista más procesal–, es la actividad jurisdiccional de comparación entre afirmaciones de hecho de las partes y las afirmaciones instrumentales depuradas de los medios (VERGER, 2003: p. 502).

Por ello, resumiendo, se ha señalado que: “[d]esde un primer punto de vista, la expresión ‘*prueba*’ denota esa peculiar actividad que corresponde desplegar durante el transcurso del proceso y que tiende a la finalidad mencionada. Pero también abarca, por un lado, el conjunto de modos u operaciones (*medios de prueba*) del que se extraen, a raíz de la ‘*fuerza*’ que proporcionan, el motivo o motivos generadores de la convicción, o sea el *resultado* de la actividad probatoria” (PALACIO, 2004: p. 392).

3. LA PRUEBA DE INFORMES Y LOS OTROS MEDIOS DE PRUEBA REGULADOS EN EL CPC

Tratando de dar un concepto de la denominada *prueba de informes* o *prueba informativa* se ha indicado que: “[e]l informe es un medio de prueba para aportar al proceso datos concretos acerca de hechos o actos que obran de la documentación o archivo del informante, sea este parte o tercero. Los datos no deben provenir del conocimiento personal de aquellos sino, como ya se ha señalado, de los registros o archivos, que pueden ser públicos o privados” (LEDESMA, 2009: p. 520). También, que: “[i]nformar importa genéricamente suministrar datos, conocimientos, sobre la existencia de documentos, sobre hechos ocurridos, sobre acontecimientos producidos, etc. El informe normalmente debe estar contenido en un instrumento, el que a su vez debe contener los datos, los conocimientos que se han solicitado sean suministrados” (CARRIÓN, 2000: p. 94).

Ahora, nuestro CPC clasifica a los medios probatorios en *típicos* y *atípicos*. Los primeros los regula de manera taxativa en el artículo 192, señalando: “Son medios de prueba típicos: 1) La declaración de parte; 2) La declaración de testigos; 3) Los documentos; 4) La pericia; y, 5) La inspección judicial”. Los segundos, por su parte, los contempla en el artículo 193, que establece: “Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga”.

Como se podrá apreciar, en el artículo 192 del CPC no se contempla de modo expreso la *prueba de informes*, como sí ocurre en algunos otros países, la Argentina por ejemplo, donde incluso se atribuye a los jueces y a los juristas la elucubración

y posterior consagración de la figura (CASTAÑOS, 2010: pp. 575-576). ALVARADO considera que este tipo de prueba es relativamente moderna y aparece legislado en los códigos en forma generalizada a partir de la segunda mitad del siglo XX (ALVARADO, 2006: p. 114). Es el caso, también, del Código de Procedimientos Civiles italiano, que lo contempla en el artículo 213 (LIEBMAN, 1980: p. 329).

En nuestro país el legislador optó por incluirla como una especie dentro de la prueba *documental* que contempla el CPC, cuando en realidad su naturaleza es la de un medio de prueba autónomo (HINOSTROZA, 2010: p. 653; ARAZI, 2001: p. 439), ello debido a que —como bien se ha destacado— para propiciar que las personas ideales, o sea las personas jurídicas, puedan proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos, o sea para que participen en la actividad verificadora, “necesariamente deben contar con un medio propio que responda a su particular naturaleza” (CASTAÑOS, 2010: pp. 583-584). Tal parecer no es compartido por todos. Así, se ha dicho que: “el informe no constituye una prueba autónoma sino un medio de aportación de prueba documental, asimilable, en lo pertinente, a la exhibición de conocimientos en poder de terceros” (LEDESMA, 2009: p. 522). Sin embargo, consideramos que las razones que determinan su autonomía son contundentes y por tanto debió tener en el CPC un capítulo específico donde se regulen sus especificidades, como ocurre en otras latitudes.

En efecto, frente a quienes lo identifican con el *documento* se ha puntualizado que: “[e]ste medio de prueba no se confunde con la documental, pues no se trata de obtener la exhibición de documentos sino información extraída de estos que como tales preexisten al proceso”, así como que: “[e]n rigor, no configura una especie de prueba documental porque no se aporta directamente el documento, sea por la parte que intenta valerse de él o de una orden de exhibición; en cambio, el informante no realiza tal actividad sino que se limita a transmitir al órgano judicial, el conocimiento que deparan los registros en el supuesto que se impugnare la falsedad de su informe (siempre y cuando pudieren ser llevados al juzgado) o por el mecanismo de inspección judicial, esto es, concurriendo a la entidad donde se ubica el archivo o registro” (LEDESMA, 2009: p. 521).

A su vez, frente a quienes lo identifican con la *testimonial*, se ha indicado que: “[t]ampoco implica una testimonial pues el informante no declara sobre hechos por él conocidos, sino que informa acerca de los que resultan de soportes materiales y objetivos de su archivo o documentación”, además de que: “[e]l informante puede ser una persona jurídica; en cambio, el testigo debe ser necesariamente una persona física” (LEDESMA, 2009: p. 521). Precisamente, se destaca que: “mientras el testigo brinda el recuerdo de sus propias experiencias, el actual representante de una de las referidas personas refiere tan solo lo que ella tiene registrado con independencia de quien fue el registrador”, asimismo que mientras en el caso del testimonio

“solo cabe confiar o desconfiar de la sinceridad de lo expresado y de las facultades intelectivas necesarias para percibir y luego recordar; frente a un archivo, siempre resulta posible verificar objetivamente la concordancia o discordancia de lo aducido en base a aquel” (CASTAÑOS, 2010: p. 583). Precisamente a ello se debe que se haya puntualizado que “la prueba de informes cuenta con mayor eficacia probatoria que las testimoniales, ya que mientras el testigo declara sobre percepciones o deducciones de carácter personal, el informante debe atenerse a las circunstancias de la documentación que se encuentra en su poder” (LEDESMA, 2009: p. 521).

Igualmente, frente a quienes pretenden asimilarlo a la *pericia*, se ha señalado que esta “supone la aplicación de conocimientos científicos, artísticos o técnicos y el cumplimiento de operaciones especiales por parte de un auxiliar del juez, designado a tal fin, que en nada se prevén en el acto a realizar por el órgano representativo de la persona de existencia ideal”, y ello “sin contar que lo que puede comunicar esta última son datos que ya existían con anterioridad” (CASTAÑOS, 2010: p. 582). Por ello se acota que: “a diferencia del informe pericial la prueba de informes no requiere la posesión de conocimientos técnicos especiales” (LEDESMA, 2009: p. 521).

Finalmente, se ha acotado que cuando al informe se adjuntan documentos para sustentar el contenido del mismo podríamos sostener que los informes constituyen una modalidad de *exhibición* de documentos con el propósito de incorporarlos al proceso (CARRIÓN, 2000: p. 94); sin embargo, debido a que el medio de prueba en comento está prácticamente reservado para terceros ajenos a la relación procesal y que en tal condición una exhibicional solo ocurre a requerimiento expreso del juez, consideramos que no se puede hablar propiamente de exhibicional si es que el informante por propia cuenta anexa documentos a su informe, pues ya el artículo en comento les asigna la presunción de autenticidad a los informes de los funcionarios y la calidad de declaración jurada a los informes de los particulares. En todo caso, sí lo tendría, o hablaríamos de una mixtura o concurrencia de ambos tipos de medios, si el mandato del juez –como ocurre mucho en la praxis judicial– no solamente exige la presentación del informe, sino que además esté documentado.

Ahora, cabe destacar que el artículo 396 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de la Argentina estipula que el medio de prueba en comento debe versar sobre hechos concretos, que estén claramente individualizados, sean controvertidos en el proceso y que, además, resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Y con base en lo establecido en él se han identificado las siguientes condiciones de admisibilidad: a) que el informe trate de hechos concretos y claramente determinados; b) que aquellos resulten de documentación, archivo y registros del informante; y, c) que no se pretenda substituir

o ampliar el medio de prueba que específicamente hubiese correspondido (CASTAÑOS, 2010a: pp. 586-588).

4. INFORME DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS E INFORME DE LOS PARTICULARES

Nuestro CPC establece que: “se puede pedir a los funcionarios públicos que informen sobre documentos o hechos”. Asimismo, que “en los casos previstos por la ley se puede pedir a particulares informes sobre documentos o hechos”. En el caso de los primeros les asigna la condición de presunción legal relativa de certeza, o sea *iuris tantum* (HINOSTROZA, 2010: p. 653), al señalar: “Los informes se presumen auténticos”. En el caso de los segundos, les asigna otra condición: “Los informes tendrán la calidad de declaración jurada”.

La diferencia en la calificación se debe pues a la condición del informante. En el caso de los funcionarios públicos, por la naturaleza propia de su función, se ha hecho bien en asignarle la presunción de autenticidad al contenido del informe que evacúen, partiendo de la fe pública que es inmanente a su cargo y también de que el artículo 43 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, considera documentos públicos a aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades. Mientras que en el caso de los particulares resulta razonable que se les haya otorgado la calidad de declaración jurada, dado que ellos no gozan de la mencionada fe pública.

Como se ha señalado, tal exigencia hacia los informantes se basa en que “[c]omo principio general se establece la obligación de toda entidad privada o pública de cooperar con la justicia por lo que existe el deber jurídico de informar y de remitir la documentación que se requiera” (LEDESMA, 2009: p. 520). Al respecto, el artículo 185, inciso 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) estipula como una facultad de los jueces: “Solicitar de cualquier persona, autoridad o entidad pública o privada los informes que consideren pertinentes, para el esclarecimiento del proceso bajo su jurisdicción. El incumplimiento al mandato del juez se sanciona con multa no mayor del 5 % de la Unidad de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda”. No debemos olvidar también que en cuanto a los informes de los particulares, la norma en comento del CPC lo restringe a “los casos previstos por la ley”, como lo es por ejemplo la previsión contenida en el artículo 564 del CPC, referido al informe del centro de trabajo del demandado por alimentos.

En Argentina, cuando las normas se refirieron a los sujetos informantes, primero los identificaron como “instituciones públicas o privadas”, y luego con los términos “oficinas públicas” y “entes privados”, con el fin de sortear algunos

inconvenientes, tanto doctrinarios como prácticos, que se habían presentado (CASTAÑOS, 2010a: p. 590).

La praxis nos demuestra que quienes más utilizan o acuden a este tipo de medio probatorio son los jueces, cuando en aplicación de la facultad contenida en el artículo 194 del CPC, concordante con el artículo antes citado de la LOPJ, disponen *medios probatorios de oficio*. Tal situación resulta previsible si se considera que la referida norma ha sido instituida para los casos en que: “los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción”, es decir para esos espacios o intersticios que a pesar de la probanza de las partes quedan pobres de acreditación y precisamente la información que se requiere no está en poder de las partes, sino de un tercero, que puede ser una entidad o un particular. Por ello, para su admisión, ordenamiento y actuación deben observarse los requisitos generales de todo medio probatorio, así como otros “específicos” que alcanza a destacar la doctrina para su existencia, validez y eficacia, como son la conducencia y pertinencia con el hecho a probar, la utilidad para generar convicción en el juzgador, la claridad, seguridad y precisión de las afirmaciones, el cumplimiento de las formalidades de modo, tiempo y lugar en su elaboración y recepción, entre otras (ALVARADO, 2006: pp. 115-116).

5. SITUACIONES PROBLEMÁTICAS RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA FIGURA

Como será fácil de imaginar, la aplicación de la figura en comento, sea por su exigua regulación (la figura similar en el ámbito del procedimiento administrativo está regulada ampliamente, como podrá apreciarse en los artículos 166 a 174 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), sea por tratarse de una parte vital de la actividad probatoria, ha generado muchas situaciones problemáticas.

Por ejemplo, en determinados casos la entidad podría rehusarse a informar, cuando la información requerida pudiera importar la violación de un secreto o pudiera comprometer penalmente al informante (LEDESMA, 2009: p. 520), lo cual consideramos correcto, por cuanto existen normas que lo amparan a ello; pero de todos modos el informante deberá comunicárselo al juez, cuyos mandatos no pueden hacer que se infrinja una norma o contravengan los derechos y garantías de las personas.

Por otro lado, la norma no señala el plazo dentro del cual las entidades deberán emitir su informe, lo cual significa que deberá fijarlo el juez al momento de ordenar su emisión, pasando entonces a ser un plazo *judicial*, que es distinto del *legal* (lo fija la ley) y el *convencional* (lo fijan las partes). Ahora, LEDESMA señala que

cuando se hubiere vencido el plazo fijado para contestar el informe y el informante no lo hubiere remitido, se tendrá por prescindida de esa prueba a la parte que lo pidió sino solicitare al juez la reiteración del oficio. No estamos de acuerdo. Los mandatos judiciales se cumplen y, como ya dijimos, existe la obligación de colaborar con la justicia y de cumplir los mandatos judiciales, por lo que el juez, sea de oficio o a pedido de parte, debe imponer las sanciones de ley (multa, denuncia, etc.) y requerir el cumplimiento, salvo que la propia parte solicitante solicite su prescindencia, mayor razón si se trata de un medio probatorio de oficio, donde la necesidad de contar con él es importantísima a efectos de resolver la controversia. Recordemos que el artículo 185, inciso 4 de la LOPJ estipula que al que incumpla con informar se le aplicará una “multa no mayor del 5 % de la Unidad de Referencia Procesal, sin perjuicio de la acción penal que corresponda”.

Si bien se ha señalado que este medio de prueba también se puede requerir a las partes del proceso (ARAZI, 2001: p. 429 y ss.), sin embargo consideramos que ello solo podrá hacerse si la parte es una entidad estatal, dado que quien emitirá el informe será un funcionario de la dependencia respectiva, que goza de fe pública; no así cuando la parte es un particular, dado que no cuenta con fe pública y su dicho tendrá la misma condición que cualquiera de sus otros dichos aportados al proceso mediante sus escritos; en todo caso, si se deseara contar con un *documento* que está en poder de la parte, deberá hacerse mediante la *exhibicional*.

En otro punto, concordamos con LEDESMA cuando señala que si bien la emisión del informe configura un deber asimilable al testimonio, la norma no regula nada sobre remuneración del informante en el caso de que se trate de entidades privadas que no sean parte en el proceso, y que por tanto sería atendible que conjuntamente con la presentación del informe, si es que los trabajos que han debido efectuar para su elaboración han implicado gastos extraordinarios, podrían solicitar una compensación a ser fijada por el juez (LEDESMA, 2009: pp. 520-521).

En cuando a su admisibilidad, también concordamos con Ledesma cuando señala que no es admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos (por ejemplo, si el informe tuviese por objeto la incorporación de prueba documental que debió acompañarse con la *demanda* o *contestación*); o cuando indica que la prueba de informes debe versar sobre información de origen no personal, pues en caso contrario el poseedor de dichos informes debería prestar declaración como testigo; o cuando apunta que es inadmisibile la prueba de informes si versa sobre cuestiones susceptibles de apreciación personal (por ejemplo, el archivo de un médico que contiene sus anotaciones o puntos de vista del facultativo, dado que no es asimilable a la documentación);

o cuando acota que tampoco es admisible el informe que no indique las fuentes de las conclusiones que enuncia (LEDESMA, 2009: pp. 520-521).

Finalmente, también concordamos con ella cuando indica que si bien la ley no hace referencia a la posibilidad de la impugnación al resultado del informe, sin embargo, en atención al principio de contradicción que rige todo medio de prueba, es factible realizarlo luego de emitido este, invocando el artículo 302 del CPC, y que dicho cuestionamiento sobre la eficacia probatoria será apreciado en la sentencia; o cuando señala que lo fundamental es que se impugne en el primer momento que es agregado al proceso, y que debido a que el citado artículo no le asigna ningún plazo, deberá hacerse en el plazo de tres días luego de notificado el conocimiento de este, siempre y cuando se manifieste que el informe y la fuente no concuerden, porque si se pretendiese impugnar la legitimidad de los documentos o registros que sustenten el informe, entonces corresponderá proceder (según trate de documento público o privado) conforme al artículo 242 del CPC (LEDESMA, 2009: pp. 520-521).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVARADO, Adolfo (2006): *La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Roca; BARBOSA, José (2001): "Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal". En: *Themis. Revista de Derecho*, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; CASTAÑOS, Víctor (2010): "Prueba de informes. Hacia una aprehensión de su concepto". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; CASTAÑOS, Víctor (2010a): "Prueba de informes. Su objeto y los sujetos informantes". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; CORREA, Juan (2003): "La prueba en el proceso civil español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VII. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; MATHEUS, Carlos (2002): "Sobre la función y objeto de la prueba". En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONTERO, Juan (2000): "Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)". En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): "Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba". En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; RAMOS, Francisco (1992): *Derecho Procesal*

Civil, tomo I, 5ª ed. Barcelona: Bosch; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE; SANCHÍS, Carolina (2012): "Aproximación a la prueba en el nuevo proceso civil español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° V. Lima; SERRÁ, Manuel (1969): *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer B. Madrid: Trotta; VERGER, Joan (2003): "Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de partes y de testigos". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; COUTURE, Eduardo (1988): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., 14ª reimpresión. Buenos Aires: Depalma; DOHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guero. Bogotá: Temis; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *La prueba en el proceso civil (doctrina y jurisprudencia)*, 3ª ed. aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si la juez ha solicitado información respecto a los balances y estados financieros que trimestralmente alcanza la cooperativa demandada a la Superintendencia de Banca y Seguros, es decir, sobre lo que dicha entidad tiene en su poder, ello no debe entenderse como la realización de nuevos balances, para cuyo efecto se ha ofrecido la pericia correspondiente. Es nula la resolución que requiere las facilidades, pues, desnaturaliza la prueba ordenada (*Exp. N° 726-1999-Lima*).

Artículo 240

Expedientes

Es improcedente el ofrecimiento de expedientes administrativos o judiciales en trámite. En este caso la parte interesada puede presentar copias certificadas de este.

Si se ofrece como medio probatorio un expediente fenecido, debe acreditarse su existencia con documento.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 139, 192, 193, 239; L.P.A.G. art. 150, 152 incs. 1 y 2; L.O.P.J. arts. 169 a 171, 174, 185 inc. 2.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Los expedientes judiciales guardan mucha información de lo que ocurrió *ante* proceso (por ejemplo a través de los documentos que en él se recabaron) y durante el proceso mismo (los dichos de las partes, lo resuelto por los jueces, los resultados de la ejecución de lo decidido, lo informado por terceros, lo declarado por los testigos, lo declarado por las partes, lo dictaminado por los peritos, lo apreciado por el juez en una inspección, etc.). Lo propio ocurre con los expedientes administrativos, con las diferencias propias que le caben por el ámbito donde tienen lugar, una entidad administrativa.

La información que contiene un expediente es importantísima. Y se ha señalado que hablar de prueba es hablar de información; que para fallar el juez tiene que aplicar normas jurídicas a hechos; que se supone que el juez conoce las normas (*iura novit curia*), y si no las conoce tendrá seguramente a su alcance elementos para remediar por sí solo la carencia; que, sin embargo, la situación es muy distinta en cuanto a los hechos, respecto a los cuales el órgano judicial normalmente necesitará informarse; y, que ahí surge la función de las pruebas, las que en último análisis no son sino vehículos de informaciones (BARBOSA, 2001: p. 15). Es más, en la doctrina se ha resaltado recurrentemente la asimilación de la labor probatoria del juez a la labor del historiador, aunque también se ha puntualizado que tal analogía si bien funciona en un plano genérico, sin embargo no puede en modo alguno ser exacta por cuanto desdeciría la esencia de cada una de las dos actividades (TARUFFO, 2002: p. 336 y ss.; ALVARADO, 2006: p. 29).

A diferencia de la *prueba de informes*, que –como hemos señalado en nuestro comentario anterior– es un *medio probatorio* autónomo y por tanto diferente de la prueba *documental* (HINOSTROZA, 2010: p. 653; ARAZI, 2001: p. 439; CASTAÑOS,

2010: pp. 583-584), el expediente judicial o el expediente administrativo, o una parte de estos, sí constituyen propiamente prueba *documental*.

2. CLASES DE MEDIOS PROBATORIOS

Los *medios probatorios* o *medios de prueba* son todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba*, como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324; LIEBMAN, ENRICO, 1980: p. 296).

Nuestro CPC clasifica a los *medios probatorios* en *típicos* y *atípicos*. Los primeros los regula de manera taxativa en el artículo 192, señalando: “Son medios de prueba típicos: 1) La declaración de parte; 2) La declaración de testigos; 3) Los documentos; 4) La pericia; y, 5) La inspección judicial”. Los segundos, por su parte, los contempla en el artículo 193, que establece: “Los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el juez disponga”. Es una clasificación legislativa, es decir hecha por el legislador a efectos de su regulación.

No obstante, en la doctrina la clasificación de los *medios probatorios* o *instrumentos probatorios* (SERRÁ, 1969: pp. 372-373) o *medios confirmatorios* (ALVARADO, 2006: p. 81 y ss.) que se maneja es variada y extensa (VERGER, 2003: p. 506; REDENTI, 1957: pp. 281-285). Veámoslo muy someramente.

HINOSTROZA llega a identificar hasta catorce criterios de clasificación (HINOSTROZA, 2002: pp. 119-130). Así, con un afán meramente ilustrativo las sintetizamos:

- 1) De acuerdo a su objeto: *directas* (el magistrado llega a conocer el hecho en forma directa e inmediata por cuanto lo percibe él mismo, v. gr. el reconocimiento judicial) e *indirectas* (el magistrado llega a conocer el hecho en forma mediata, a través de terceros o de informes, v. gr. el testimonio);
- 2) De acuerdo a su naturaleza: *reales* o *materiales* (los contenidos en objetos corporales, v. gr. los documentos) y *personales* (emanan directamente de los seres humanos, v. gr. el testimonio, la declaración de parte);
- 3) De acuerdo a su grado de convicción: *plenas* o *perfectas* (su resultado por sí solo produce convicción en el juez) y *semiplenas* o *imperfectas*

(establecen la realidad de los hechos pero en concurrencia con otras pruebas complementarias);

- 4) De acuerdo a su forma: *escritas* (obran en documento, incluyendo la pericia cuando se trata del respectivo dictamen) y *orales* (son vertidas por las personas en audiencia y se consignan en el acta respectiva, v. gr. el testimonio, la declaración de parte);
- 5) De acuerdo a su categoría: *primarias* (tienen por objeto el mismo hecho que se pretende demostrar, sea directamente o a través de otro hecho), *secundarias* (tienen por objeto probar otra prueba, v. gr. la copia de una resolución que establece la existencia de un expediente), *principales* (las que prueban el hecho de manera idónea y suficiente, v. gr. la declaración de parte en que se acepta o reconoce una obligación) y *supletorias* (acreditan un hecho en defecto de medios probatorios principales, es decir sustituyen a estos);
- 6) De acuerdo a los sujetos que ofrecen la prueba: *de parte* (las ofrecidas por las partes del proceso), *de terceros* (las ofrecidas por los litisconsortes facultativos, coadyuvantes, excluyente principal, etc.; no así las exhibicionales o informes que hagan los terceros, por cuanto ellos provienen de parte o de oficio) y *de oficio* (son las decretadas *motu proprio* por el juez cuando los ofrecidos por las partes son insuficiente para formarle convicción);
- 7) De acuerdo a su función: *históricas* (representan o reproducen un hecho que forma parte del tema de prueba, v. gr. declaración de parte, pericia, testimonial y documento) y *lógicas* (denominada también crítica, carece de función representativa y no despierta en la mente del juez imagen distinta de la examinada, pero le suministra un término de comparación para obtener el resultado probatorio mediante un juicio o razonamiento, v. gr. la conducta procesal negativa de las partes);
- 8) De acuerdo al tiempo que se ofrecen: *oportunas* (se ofrecen conjuntamente con la demanda, la contestación o la reconvencción), *extemporáneas* (se ofrecen en escritos posteriores a los antes señalados), *procesales* (los que se aportan y actúan durante el proceso), *extraprocesales* (datan de fecha anterior al proceso o si bien son simultáneas pero su producción está desvinculada totalmente a él), *preconstituidas* (las que preexisten al proceso y tienen por finalidad operar como medio de convencimiento dentro de una litis, aunque no llegue a utilizarse, v. gr. la documental de carácter instrumental) y *casuales* (llegan a incorporarse de manera ocasional a un proceso, pero su objetivo fue manifiestamente extrajudicial, v. gr. la documental de carácter no instrumental —un objeto que contiene vestigios—);

- 9) De acuerdo a su finalidad: *de cargo* (derivan de las afirmaciones realizadas por quien alega un hecho), *de descargo* (llamada también *contraprueba*, está destinada a desvirtuar las pruebas de la parte contraria), *formales* (tienen por finalidad formar convicción en el juez respecto de las alegaciones de las partes, su valor es *ad probationem*) y *sustanciales* (no solo operan como prueba sino que además configuran un requisito para la existencia y validez de determinados actos jurídicos, su valor es *ad solmenitatem*, v. gr. la escritura pública que versa sobre la hipoteca de un predio);
- 10) De acuerdo a su cuestionamiento: *sumarias* (las que no han podido ser controvertidas) y *controvertidas* (las que han tenido la oportunidad de ser conocidas, debatidas, opuestas y contradichas por la contraparte);
- 11) De acuerdo a su legalidad: *licitas* (las permitidas en forma expresa o tácita por el ordenamiento legal) e *ilícitas* (aquellas que se oponen al ordenamiento jurídico, es decir que este lo prohíbe de manera expresa o tácita, ya sea en cuanto al medio mismo o al procedimiento empleado para su obtención);
- 12) De acuerdo a su autonomía: *simples* (cuando tiene existencia autónoma para llevarle al juez por su sola convicción sobre el hecho por demostrar), *compuestas* (cuando resulta de la reunión de pruebas simples imperfectas), *concurrentes* (cuando son compuestas y sirven para producir la convicción en un mismo sentido) y *contrapuestas* (cuando son compuestas pero están en contraposición, es decir que unos sirven para una conclusión y otros para otra conclusión en sentido contrario);
- 13) De acuerdo a su rendimiento: *procedentes* o *conducentes* (son las aptas jurídicamente para producir convicción en el juez sobre el hecho de que tratan), *improcedentes* o *inconducentes* (son las inaptas para ello, es decir las prohibidas expresa o tácitamente por el ordenamiento jurídico), *pertinentes* (las que, guardando relación con el hecho que se pretende demostrar, deben además tener íntima vinculación con los hechos que configuran los puntos controvertidos del proceso), *impertinentes* (llamadas también irrelevantes, son aquellas referidas a hechos que no coinciden con el objeto de controversia del proceso), *útiles* (las que sirven a la obtención del convencimiento del juez sobre los hechos materia de controversia), *inútiles* (cuando a pesar de ser prueba pertinente, ya no resulta necesaria, v. gr. cuando se pretende acreditar con una testimonial lo que de manera manifiesta lo establece un documento no cuestionado), *posibles* (las que son susceptibles de ser practicadas físicamente) e *imposibles* (las que no pueden ser practicadas en el caso concreto, v. gr. la declaración del testigo que ha fallecido después de ser propuesto como tal en el proceso); y,

- 14) De acuerdo a su previsión o no en el ordenamiento legal: *típicas* o *nomina- das* (las que se encuentran contempladas en la ley y esta les da una deno- minación) y *atípicas* o *innominadas* (las no contempladas en el ordena- miento jurídico, careciendo por ende de calificación legal).

Ahora, es necesario indicar que si bien para tal clasificación el citado autor se ha apoyado en diversa doctrina, sin embargo muchos de ellos le criticarían fuer- temente, pues le dirían, por ejemplo, que no en todos los casos se trata de *medios probatorios* (o *pruebas*, aunque en puridad se trata de categorías distintas; véase al respecto nuestro comentario al artículo 239 del CPC), sino de manifestaciones de las cualidades que van adquiriendo aquellos durante lo que unos llaman *pro- cedimiento confirmatorio* (ALVARADO, 2006: pp. 121-145) o *iter probatorio* (en que transitan desde su *ofrecimiento*, *impugnación*, *admisión* o *aceptación*, *actua- ción* o *producción* hasta su *valoración* o *evaluación*) y otros (como SERRÁ, 1969: pp. 360-366) periodos de la *prueba jurídica* (de *conversión* –que a su vez, com- prende las fases de *traslación* y de *fijación*– y de *comparación*), o que son producto de una visión poco procesal, incluso hasta sustantiva, de la actividad probatoria.

3. EL EXPEDIENTE COMO PRUEBA DOCUMENTAL

Se ha dicho que el término documento proviene de la palabra latina *documen- tum*, que deriva del verbo *doceo*, es decir, hacer, saber, anunciar; que aplicado en sentido amplio el concepto de enseñar implica también el de mostrar, indicar y, estos, el de presentar; y que cuando ese mostrar se produce a través de otra cosa nos encontramos ante la representación, puesto que la figura, imagen o idea, sus- tituye la realidad (GONZALES, 2003: p. 193).

En efecto, se suele denominar documento a la prueba de los hechos o al ins- trumento o escrito que narre o represente por dibujo, impresión, pintura, huellas, etc., que sirve para que el juez perciba o verifique las afirmaciones sobre la litis (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97).

Ahora, en cuanto al expediente en sí, señala LEDESMA que se entiende por tal a un conjunto de papeles, documentos y otras pruebas que pertenecen a un asunto relacionado con el proceso judicial, y que estos contienen las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que forma un solo cuerpo foliado con números y letras (LEDESMA, 2009: p. 523). A su vez, precisa CARRIÓN que los expedientes constituyen una acumulación de instrumentos que contienen escritos, actuaciones, diligencias y otros, que se producen en el desa- rrollo de los procedimientos respectivos, ordenado cronológicamente (CARRIÓN, 2000: p. 95). En la misma línea, se ha señalado que el término expediente proviene del latín *expediens*, *expedientis* o *expedio*, al cual se le atribuye el significado de

“quitar un óbice” y “poner orden”; así como que suele denominarse como expediente judicial al conjunto de piezas procesales o actos procesales, materializado en escritos, resoluciones judiciales y entre otros, que constituyen un proceso, los cuales se deben encontrar debidamente foliados en forma correlativa en número y escritura (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 120).

Y es que, como será fácil de colegir, de la lectura de un expediente se llega a la determinación, por ejemplo, de la materia que ha sido objeto el proceso, de los medios probatorios que se han actuado en él, de las decisiones judiciales que se han producido en el litigio, especialmente de la resolución final, entre otros aspectos (CARRIÓN, 2000: p. 95).

Entonces, partiendo de la clasificación de medios probatorios hecha *supra* y las nociones antes acotadas, no cabe duda que el expediente, sea judicial o administrativo, es un *medio probatorio* de tipo de *documental*. De ese modo, consideramos que su ubicación por parte del legislador dentro del capítulo denominado “documentos” es adecuada.

En efecto, señala ARAZI que las constancias de un expediente judicial, y en especial la prueba producida en él, pueden servir como elemento de convicción en otro proceso; que a tal efecto debe distinguirse si el primer proceso se tramita o tramitó entre las mismas partes del segundo, entre una de ellas y un tercero, o entre partes distintas; que en el primer caso, si ambas partes tuvieron la oportunidad de ejercer el debido contralor y la posibilidad de disponer de todos los medios de impugnación dados por ley, las pruebas son plenamente eficaces, pues se han producido con las debidas garantías; que en el segundo caso, es decir si la prueba no pudo ser debidamente controvertida o se trata de otros supuestos, ella deberá ratificarse en el nuevo juicio en el que se la intenta hacer valer, para posibilitar el correspondiente contralor de la otra parte, y mantener así el principio de igualdad entre ellas (ARAZI, 2001: p. 232).

4. EXPEDIENTE JUDICIAL Y EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

En lo concerniente al expediente judicial existen normas que expresamente lo regulan y señalan qué cosa lo conforman, cómo se identifica, quién los custodia, etc. En suma, él contiene todas las incidencias ocurridas en un proceso judicial.

Así, el artículo 169 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) estipula expresamente que: “[e]l expediente judicial contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con números y letras”. Luego, el artículo 170 indica que: “[p]ara cada proceso se organiza un expediente que se identifica con el número correlativo del órgano jurisdiccional correspondiente. En los casos que establece

la ley se organizan anexos y cuadernos adjunto”. A su vez, el artículo 171 señala que los expedientes: “[e]n ningún caso son retirados del despacho judicial, salvo los casos permitidos por ley”. Y también el artículo 174 establece que: “[l]os expedientes, libros, archivos y demás implementos necesarios, pertenecen a la sala o juzgado, no pudiendo ser retirado del mismo, salvo autorización del magistrado competente”.

Ahora, en cuanto al expediente administrativo, se ha dicho que es el que resulta de un procedimiento administrativo, y este se caracteriza por un conjunto importante de principios y reglas propias que le confieren una relativa autonomía técnica y peculiaridad frente al tradicional proceso civil y que obedecen a la distinta función que realiza (CASSAGNE, 2010: p. 303).

Al respecto el artículo 150 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), establece puntualmente que: “[s]olo puede organizarse un expediente para la solución de un mismo caso, para mantener reunidas todas las actuaciones para resolver”. Asimismo, el artículo 152.1 estipula que: “[l]os expedientes son compaginados siguiendo el orden regular de los documentos que lo integran, formando cuerpos correlativos que no excedan de doscientos folios, salvo cuando tal límite obligara a dividir escritos o documentos que constituyan un solo texto, en cuyo caso se mantendrá su unidad”. Y el artículo 152.2 señala que “[t]odas las actuaciones deben foliarse, manteniéndose así durante su tramitación”.

5. EXPEDIENTE EN TRÁMITE Y EXPEDIENTE CONCLUIDO O FENECIDO

No es lo mismo un expediente en trámite que uno concluido, no solo por los aspectos de forma, sino también por los de fondo, y sobre todo por sus efectos. En líneas generales, un expediente en trámite es el que está en curso, sin decisión final; mientras que un expediente concluido es aquel que cuenta con resolución final firme, cualquiera haya la decisión que se haya adoptado. En el caso del proceso judicial se hablará entonces de decisión *firme*, y en el mejor de los casos de *cosa juzgada*, y en el caso del procedimiento administrativo se hablará de *cosa decidida*.

Ahora, en puridad un expediente concluido o fenecido es aquel en el que se ha dispuesto su archivamiento definitivo, lo que en la praxis judicial conlleva que se disponga su traslado a un archivo general para su custodia. Consideramos que en el caso de un expediente archivado de manera definitiva no queda dudas sobre su aptitud para ser ofrecido como medio probatorio; asimismo, que en el caso de un expediente con decisión final firme pero que todavía no ha sido archivado, no debería ello ser óbice para su ofrecimiento, salvo que se encuentre en actos de *ejecución* de lo resuelto, pues su remisión afectaría tal actividad *ejecutoria*.

Una interpretación en conjunto del artículo en comento nos lleva a determinar, en primer orden, que los expedientes, sean judiciales o administrativos, pueden ser ofrecidos como *medios probatorios* en un proceso. Luego, que hay un tratamiento distinto para el expediente judicial o administrativo en su faceta de *medio probatorio*, dependiendo de si está en trámite o fenecido.

Así, si estuviera fenecido las partes deben acreditar su existencia con un documento proveniente de ese expediente (una resolución, un acta, un escrito, una notificación, un reporte informático obtenido del Sistema Integrado Judicial-SIJ, etc.), lo cual de hecho presupone –como lo destaca LEDESMA (2009: p. 523) y por cierto no lo dice la norma en comento– que el oferente en el escrito en que lo proponga (demanda, contestación, reconvención, etc.), debe indicar el juzgado o ente administrativo, el número del expediente, secretario donde se ha tramitado y el estado del mismo, datos que son necesarios para que el juez evalúe si lo admite o no, y si debe ordenar su remisión o solo contar con copias certificadas de él. Así, el expediente ofrecido resulta ser lo que la doctrina conoce como prueba *primaria*, mientras que el documento con el que se acredita su existencia es la prueba *secundaria* (tienen por objeto probar otra prueba).

Por el contrario, si estuviera en trámite no puede ofrecerse el expediente en sí y, por tanto, las partes solo podrán presentar al proceso las copias certificadas de los actuados pertinentes. Queda claro que las copias certificadas de un expediente en trámite, en la medida en que estos no pueden salir del despacho del funcionario que las custodia, tienen que ser expedidas por el secretario, en el caso del expediente judicial, y por el fedatario autorizado, en el caso del expediente administrativo. En efecto, como lo señala LEDESMA, el artículo 240 autoriza a solicitar la copia de determinadas piezas administrativas que pudiesen existir en las oficinas públicas (LEDESMA, 2009: p. 523).

Por cierto, para la aplicación de las normas bajo comento debe también considerarse lo que estipula el artículo 185, inciso 2 de la LOPJ, que reconoce como una facultad de los jueces: “Solicitar el o los expedientes fenecidos que ofrezcan las partes en prueba, o de oficio para mejor resolver, cuando la causa que conocen se halle en estado de sentencia. Los expedientes en trámite solo pueden ser excepcionalmente pedidos de oficio, por resolución debidamente fundamentada. En caso de existir diligencia pendiente con día señalado, esta se actúa antes de remitir el expediente. En cualquier otro caso, la remisión del expediente se efectúa al día siguiente de recibido el oficio que lo solicita y su devolución se hace en el plazo perentorio de cinco días después de recibido”.

Como se puede apreciar, este artículo, que contempla expresamente la posibilidad de que el juez pueda pedirlos *de oficio*, relativiza las reglas en cuanto a los expedientes en trámite, pero solo lo hace para los casos en que el juez lo solicita

tras haberlo dispuesto como *medio probatorio de oficio* a fin de mejor resolver la controversia. Esta norma es harto útil en la praxis judicial, dado que con frecuencia se encuentran casos en que las partes en sus escritos solo mencionan ligeramente que la controversia o un determinado hecho está vinculado a un caso anterior o a otro que está en curso, y es en tales circunstancias que el juez se ve obligado a solicitarlo como medio probatorio de oficio, como es el caso de los procesos en que los demandados son entidades del Estado (ONP, gobiernos regionales, municipalidades, etc., quienes por falta de un registro previo no han denunciado supuestos de cosa juzgada, litispendencia, acumulación, etc.), a fin de verificar si la decisión que se expedirá no repita o colisione con lo decidido (o lo que esté por decidirse) en aquel.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ALVARADO, Adolfo (2006): *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: La Roca; BARBOSA, José (2001): "Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal". En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; CASSAGNE, Juan (2010): "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo I. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; CASTAÑOS, Víctor (2010): "Prueba de informes. Hacia una aprehensión de su concepto". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; GONZÁLES, Sergio (2003): "El documento electrónico y su calificación como documento público en el ordenamiento jurídico español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; HINOSTROZA, Alberto (2002): *La prueba en el proceso civil (doctrina y jurisprudencia)*, 3ª ed. aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJA; MATHEUS, Carlos (2002): "Sobre la función y objeto de la prueba". En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): "Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba". En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima; REDENTI, Enrico (1957): *Derecho Procesal Civil*, tomo I, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA; SERRÁ, Manuel (1969): *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ariel; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer B. Madrid: Trotta; VERGER, Joan (2003): "Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de partes y de testigos". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; DOHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

si bien los recurrentes cumplen con señalar cuál sería la norma que considera infringida, sin embargo, no cumple con señalar cómo el error citado repercute en la decisión de la resolución impugnada, máxime si el Colegiado Superior ha considerado que respecto al medio probatorio ofrecido expediente (...), los ejecutados no cumplieron con acreditar en modo alguno que el expediente ofrecido se encontraba concluido, por lo que correspondía declarar la improcedencia de tal medio probatorio, en la medida que tampoco se aparejaron copias certificadas de tales actuados, más aún si los recurrentes soportaban la carga de probar (*Cas. N° 4241-2012-Lima*).

El recurrente ofreció en su demanda el mérito del expediente (...), el mismo que fue admitido como medio probatorio en la audiencia de saneamiento y conciliación (...). A pesar de lo anterior, dicho expediente no ha sido actuado, puesto que no fue solicitado y tampoco se prescindió de su actuación, consecuentemente, se ha contravenido el debido proceso al haberse expedido las sentencias inferiores con autos diminutos (*Cas. N° 09-1999-Ucayali*).

Si se persigue la declaración de ineficacia del acto jurídico de compraventa celebrado por los demandados para burlar el crédito que ha sido declarado mediante sentencia judicial; el juez debió tener en cuenta dicho proceso para verificar si el demandado tenía conocimiento del mismo y así determinar si la misma se efectuó con la situación de perjudicar a la demandante (*Exp. N° 1495-1999-Lima*).

No solo se ha infringido el artículo ciento veintidós, inciso cuarto, del Código Procesal Civil, sino también que (sic) se han violado las garantías constitucionales del derecho a un debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, si el fallo ha sido emitido sin tener a la vista ni haberse prescindido del expediente glosado (expediente fenecido ofrecido y admitido como prueba) (*Cas. N° 3092-1998-Lima*).

El colegiado absuelve el grado y confirma la apelada que declara infundada la demanda, sin embargo ninguno de los fundamentos que la sustentan hace referencia al expediente solicitado, no obstante que fue incorporado al caudal probatorio con el objeto de mejor resolver. Por consiguiente se ha infringido el principio de unidad del material probatorio, por el que se entiende que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios ofrecidos, sean de parte o de oficio, criterio jurídico previsto en el artículo ciento noventisiete del Código Procesal Civil, y que no ha sido tomado en cuenta por la recurrida (*Cas. N° 1671-1998-Ayacucho*).

Artículo 241 | **Documentos en otro idioma**

Los documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito comprendido en el artículo 268, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Si la traducción es impugnada, el impugnante debe indicar expresamente en qué consiste el presunto defecto de traducción. En tal caso el juez debe designar otro traductor, cuyos honorarios los pagará el impugnante. Si la observación resultara maliciosa, se impondrá una multa. ()*

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. IV, 55, 233 a 236, 268, 300 a 302, 468, 478 inc. 1, 491 inc. 1, 553;
C.P. arts. 395, 398, 409. L.O.P.J. arts. 15, 281.*

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Los hechos que ocurren previamente al proceso quedan registrados, entre otros, en los *documentos*, donde son narrados o representados de diversas formas, como la escritura, el dibujo, la impresión, la pintura, las huellas, etc.

En efecto, si hablar de prueba es hablar de información (BARBOSA, 2001: p. 15), y si el juez para fallar tiene que aplicar normas jurídicas a hechos, entonces los datos referidos a tales hechos –o sea las *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 257)– tienen que llegar a él, y por ende al proceso, a través de ciertos vehículos de información –o sea los *medios probatorios* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324)–, como es el caso de los *documentos*.

En el caso particular de los *documentos escritos*, estos pueden estar redactados en un idioma distinto al que es oficial para el desarrollo de la función jurisdiccional en un determinado país (en el caso del Perú, el artículo 15 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ] establece que las actuaciones judiciales se realizan en castellano). En ese caso se habla de documentos en otro idioma, y –como será fácil de entender– el legislador procesal tiene que dispensarle una regulación específica para evitar obstáculos en su ofrecimiento, admisión y actuación.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 26807 del 14/06/1997.

2. EL DOCUMENTO Y SUS CLASES

El término *documento* proviene de la palabra latina *documentum*, que deriva del verbo *doceo*, es decir, hacer, saber, anunciar; que aplicado en sentido amplio el concepto de enseñar implica también el de mostrar, indicar y, estos, el de presentar; y que cuando ese mostrar se produce a través de otra cosa nos encontramos ante la representación, puesto que la figura, imagen o idea, sustituye la realidad (GONZÁLES, 2003: p. 193).

Así, se suele denominar documento a la prueba de los hechos o al instrumento o escrito que narre o represente por dibujo, impresión, pintura, huellas, etc., que sirve para que el juez perciba o verifique las afirmaciones sobre la litis; se le considera prueba real, indirecta y preconstituida, en tanto se refiere a una cosa que sirve para acreditar un hecho anterior al proceso que será percibido por el juez dentro del proceso (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97). En sentido amplio, es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento; lo identifica su carácter representativo, que no es otra cosa que la capacidad de producir una imagen de otro hecho, por conducto de los sentidos y no de la razón (ARAZI, 2001: p. 199).

Nuestro CPC no se aleja de esa percepción, por ello cuando define al documento en su artículo 233 dice de él que: “[e]s todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

Sin embargo, el término *documento* es de significado amplio y, por tanto, pasible de clasificación. El mismo CPC elabora su propia clasificación. Así, en el artículo 234 estipula: “Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado”.

Más adelante, en los artículos 235 y 236, distingue entre *documento público* y *documento privado*, refiriendo que los primeros son los otorgados por funcionario público en ejercicio de sus funciones, o por los notarios o ante los notarios públicos, o aquellos a los que las leyes especiales le otorguen tal condición; mientras que los segundos son, por oposición, los que no tienen las características del documento público.

A nivel doctrinario se identifican varios criterios de clasificación de los documentos (HINOSTROZA, 2002: pp. 119-130; LEDESMA, 2010: pp. 69-70; LLUCH, 2012: pp. 794-798). Así, con un afán meramente ilustrativo mencionamos las principales:

- 1) De acuerdo a su contenido: *declarativos* (que pueden ser a su vez, *informativos*, si apuntan a informar un hecho, v. gr. el recorte de un diario, una historia clínica; y *dispositivos*, si importan la constitución, modificación de una relación jurídica, v. gr. el contrato de compraventa) y *representativos* (cuando no contienen ninguna declaración informativa ni dispositiva, sino una simple reproducción mecánica de un hecho o una serie de hechos sin otro añadido, v. gr. una fotografía, un plano, un dibujo);
- 2) De acuerdo a los sujetos que lo originan: *públicos* (cuando han sido autorizados por funcionario público en ejercicio de sus funciones o se reputan así por mandato legal, v. gr. la escritura pública) y *privados* (cuando provienen de particulares, sean estos partes o terceros en el proceso donde se los presenta, v. gr. un recibo, una boleta);
- 3) De acuerdo a su función: *constitutivos* (cuando de por sí dan lugar a la existencia y validez del acto, de manera que la inexistencia o nulidad del documento importa la nulidad o inexistencia del acto, v. gr. la hipoteca que debe hacerse por escritura pública bajo sanción de nulidad) y *meramente probatorios de acto jurídicos* (cuando comprueban la existencia de un acto sin que dicha forma venga impuesta por la ley y sin que su presencia excluya su existencia ni la admisibilidad de otros medios de prueba, v. gr. un recorte de diario, una fotografía, una radiografía);
- 4) De acuerdo con su forma: *instrumentales* (cuando consisten en escritos, v. gr. un contrato) y *no instrumentales* (si no están escritos, v. gr. un disco, una película, una cinta magnetofónica); y también, *originales* (cuando se presentan en su forma inicial) y *copias* (si son reproducción del original).

3. EL IDIOMA Y LA PRUEBA DOCUMENTAL

Como se podrá deducir, la norma en comento no está dirigida a todos los *documentos* —como pareciera decirlo cuando al no efectuar ninguna distinción—, sino solo a aquellos que son escritos (o sea lo que la doctrina denomina *instrumentos*) o que contienen escritura, sean públicos o privados, sean originales o copias, etc., ello debido a que, de todas las *fuentes de prueba* plasmadas a través de *documentos*, solo la que es escritura está expresada en un determinado idioma, o quizá en varios. Así ha sido entendido cuando se ha acotado que la norma se refiere a los *instrumentos*, en los cuales se utiliza la escritura para representar hechos (CARRIÓN, 2000: p. 96).

Se ha señalado que *documento* es aquello que enseña y sirve para exteriorizar algo, que cuando es escrito y tiene por finalidad dar forma o comprobar un hecho o acto que interesa al Derecho, se lo designa como *instrumento*; a su vez,

que estos según su autoría se dividen en *públicos*, cuando proceden de un oficial público, y *privados*, cuando emanan de simples particulares que lo firman; y, que existe una relación de género a especie entre los *documentos* y los *instrumentos* (FEULLADE, 2010: p. 499).

El autor español Lluch denomina *documento extranjero* tanto a los redactados en idioma distinto del castellano –diferente del castellano– como a los redactados en idioma cooficial –junto con el castellano– en una comunidad autónoma española, haciendo la atinencia que si deben surtir efectos fuera de la comunidad autónoma, entonces se procederá de oficio a su traducción (LLUCH, 2012: p. 796).

4. EL REQUISITO ESENCIAL DE PROCEDIBILIDAD DEL DOCUMENTO EN OTRO IDIOMA: LA TRADUCCIÓN OFICIAL O DE PERITO

El CPC en el artículo en comento establece que: “[l]os documentos en idioma distinto del castellano serán acompañados de su traducción oficial o de perito comprendido en el artículo 268, sin cuyo requisito no serán admitidos”.

Dicha norma establece pues un requisito esencial de procedibilidad, *sine qua non*, dado que si el documento en idioma diferente al castellano que se presenta no está acompañado de la traducción respectiva efectuada por un traductor oficial o por un perito traductor, entonces no procederá, no será admitido; ausencia esta que podrá ser advertida por el juez al calificar la demanda o la contestación de demanda, o por la otra parte mediante el mecanismo de *tacha* previsto en el artículo 300 del CPC, o en todo caso en la fase de *saneamiento probatorio* que contempla el artículo 468 del CPC.

Antes de la modificación introducida por la Ley N° 26807, publicada el 14/06/1997, solo se contemplaba la posibilidad de la traducción oficial, es decir la que realizan los Traductores Públicos Juramentados (TPJ) conforme al Reglamento de TPJ aprobado por el Decreto Supremo N° 126-2003-RE, publicado el 12/11/2003 emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (el Directorio de TPJ del Perú en cada idioma se puede apreciar en la página web de dicho Ministerio). Después de ella, se amplió para comprender a la traducción pericial, es decir la que puede ser realizada por peritos traductores que se encuentren debidamente registrados en la lista respectiva (Registro de Peritos Judiciales - Repej) que aprueba anualmente el Consejo Ejecutivo Distrital de cada distrito judicial del país sobre la base de la propuesta alcanzada por el Colegio de Traductores del Perú (creado por Ley N° 25684, de fecha 14/11/1996).

5. LA IMPUGNACIÓN DE LA TRADUCCIÓN, TRÁMITE Y EFECTOS

Sobre el punto, el CPC en el artículo en comento establece que: “[s]i la traducción es impugnada, el impugnante debe indicar expresamente en qué consiste el presunto defecto de traducción. En tal caso el juez debe designar otro traductor, cuyos honorarios los pagará el impugnante. Si la observación resultara maliciosa, se impondrá una multa”.

La norma establece que la traducción presentada, a pesar de cumplir el requisito *supra* indicado, puede ser impugnada, pero esta vez por asuntos de contenido de la traducción. Se tiene entendido que el mecanismo a utilizarse, por tratarse de un *documento*, es la *tacha* (HINOSTROZA, 2010: p. 658), por tanto deberá seguirse el trámite respectivo previsto en los artículos 300 a 302 del CPC en lo que fuere pertinente, entre los cuales está el que la actuación de los medios probatorios respectivos se realiza en la audiencia de pruebas y que el medio probatorio cuestionado será actuado (también en dicha audiencia), sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.

Durante ese trámite, es que se deberá designar al nuevo traductor, el cual se supone que deberá aceptar el cargo y prestar juramento, como lo hace por ejemplo el intérprete (LEDESMA, 2009: p. 525) o el perito, dado que tiene la condición de un órgano de auxilio judicial, de conformidad con el artículo 55 del CPC y el artículo 281 del TUO de la LOPJ, cuyos honorarios deben ser cubiertos por la parte que efectúe la impugnación. Si la observación resultare maliciosa –señala la norma en comento– se le impondrá al impugnante una multa, pues se entiende que con su conducta ha distraído y dilatado innecesariamente la actividad jurisdiccional; si por el contrario, resultare fundada, entonces –como ha sido correctamente acotado (HINOSTROZA, 2010: p. 658)– el monto le tendrá que ser reembolsado como parte de las costas procesales, siempre y cuando salga vencedor en el proceso y el juez no haya dispuesto la exención de la condena en costas y costos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BARBOSA, José Carlos (2001): “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis. Revista de Derecho*, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; FEULLADE, Milton (2010): “Los documentos extranjeros en el proceso”. En: *Revista Jurídica Argentina La*

Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (Director). Buenos Aires; GONZÁLES, Sergio (2003): "El documento electrónico y su calificación como documento público en el ordenamiento jurídico español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2010): "La actividad probatoria en desalojo". En: *La prueba en el proceso civil*. Gunther Gonzales, Marianella Ledesma, Emilia Bustamante, J. María Guerra y Jorge Beltrán. Lima: Gaceta Jurídica; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: JMB Bosch Editor y Esade; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): "Sobre la función y objeto de la prueba". En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): "Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba". En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALVARADO, Adolfo (2006): *La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA; BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta Ediciones; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; MONTERO, Juan (Director) (2000): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En los conocimientos de embarque, a pesar de encontrarse el formato en idioma extranjero, en algunos ítems se han consignado además palabras equivalentes del idioma español, ello no exime a la accionante de la obligación de la traducción oficial, tal como señala el artículo 241 y 268 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 346-2001-Lima*).

Artículo 242

Ineficacia por falsedad de documento

Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.

Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 229, 233, 240, 242, 243, 300, 301; C.P. art. 427 y ss.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Si los hechos que ocurren con antelación al proceso quedan registrados –en una muy buena parte– en *documentos*, entonces diremos que estos responden a la realidad. Sin embargo, no siempre es así, pues se presentan casos de falsedad de los mismos, lo que significa que no son conformes con la realidad, que no son veraces, y por lo tanto no merecen ser considerados como parte del material informativo –o sea de los *medios probatorios* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324)– a valorarse por el juez (BARBOSA, 2001: p. 15) al momento de sentenciar, dado que esa decisión no sería justa, ni conforme con los hechos.

En efecto, como ha sido precisado, “al ser falsa la prueba documental, no es dable encontrar en ella declaración de voluntad alguna o la representación de un acto o situación susceptibles de generar efectos jurídicos, por lo que un medio probatorio afectado de falsedad no tiene eficacia probatoria” (HINOSTROZA, 2010: p. 659).

CARRIÓN señala algunos supuestos en los cuales se presenta la falsedad como elemento invalidatorio del acto. Así, cuando el acto no ha sido celebrado por quien aparece, habiendo mediado por ejemplo la falsificación de la firma; cuando el contenido del acto no corresponde a la realidad, ejemplo en el caso de aparentar un contrato de donación cuando en realidad lo que se celebró fue una compraventa; cuando el instrumento que contiene el acto ha sido adulterado o enmendado en sus elementos esenciales, como ocurren en caso se haya cambiado el nombre de un celebrante, la fecha del contrato, la cantidad que en él se señaló o alguna cláusula del mismo, etc. (CARRIÓN, 2000: p. 98).

El legislador ha tenido entonces que establecer un mecanismo procesal para enervar los documentos que presenten tal anormalidad, es decir para restarle eficacia probatoria, señalándole expresamente ese efecto. El artículo en comento regula tal situación.

2. EL DOCUMENTO Y SU FALSEDAD

Como ya hemos señalado en nuestro comentario anterior, el término *documento*, aplicado en su sentido amplio de enseñar, implica también el de mostrar, indicar y, estos, el de presentar, y cuando ese mostrar se produce a través de otra cosa nos encontramos ante la representación, puesto que la figura, imagen o idea, sustituye la realidad (GONZALES, 2003: p. 193); a su vez, hemos resaltado también que se suele denominar documento a la prueba de los hechos o al instrumento o escrito que narre o represente por dibujo, impresión, pintura, huellas, etc., que sirve para que el juez perciba o verifique las afirmaciones sobre la *litis* (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97); asimismo, que documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento (ARAZI, 2001: p. 199); y finalmente que nuestro CPC define al documento en su artículo 233 señalando que: “[e]s todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

Ahora, como lo señala LEDESMA, un documento es falso cuando no es conforme con la realidad, y tal falta de conformidad se presenta tanto respecto de la apariencia o aspecto extrínseco, es decir en cuanto al objeto material, como respecto del contenido del documento o aspecto intrínseco, es decir por las afirmaciones que contiene; lo cual significa que existen dos tipos de falsedad: material e ideológica, siendo que la primera está referida al aspecto extrínseco del documento, mientras que la segunda se orienta a cuestionar el aspecto intrínseco de aquel (LEDESMA, 2009: p. 526).

3. LAS CUESTIONES PROBATORIAS Y LA IMPUGNACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL PROCESO CIVIL

En opinión que compartimos, LEDESMA apunta que existen dos modos de cuestionar la veracidad de documentos públicos o privados: i) la *pretensión autónoma*, o sea en vía de acción; y, ii) el *incidente* (la tacha). En el primer supuesto, la pretensión civil tiene carácter declarativo y busca obtener el pronunciamiento jurisdiccional que destruya el valor probatorio del contenido del documento, mientras que en el segundo supuesto el cuestionamiento se hace mediante la tacha y para que ella proceda deben darse los siguientes supuestos: i) debe existir un proceso principal, ii) debe orientarse a destruir la eficacia de un documento agregado al proceso como medio probatorio; y, iii) debe interponerla la parte a quien se opone dentro del plazo de ley.

También señala que el artículo en comentario hace referencia a la falsedad material, esto es, al documento y no al contenido de este, por cuanto la norma hace alusión expresa a la tacha, y en tal caso solo puede fundarse en la falsedad

material del documento (público o privado) y no en su falsedad ideológica (LEDESMA, 2009: p. 526).

Asimismo, acota que en el caso del *documento público*, la *tacha* se funda en la falsedad material, como por ejemplo, no ha sido otorgado por el funcionario que aparece suscribiéndolo, por haberse alterado en la copia vía supresiones, modificaciones o agregados uno o más de los enunciados que contenía (v. gr. una partida de nacimiento, que consigna por error una fecha de nacimiento que no corresponde a la del registro originario); mientras que la *pretensión autónoma* se basa en la falsedad ideológica, como por ejemplo la inexactitud de los hechos que el funcionario público hubiere anunciado cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia (v. gr. la constatación policial en la que el funcionario que suscribe certifica que se ha apersonado al inmueble y ha verificado *in situ*, que este se encuentra abandonado, situación que es falsa, tanto su apersonamiento como la información que refiere haber personalmente constatado). A su vez, que en el caso del *documento privado*, la *tacha* solo se funda su adulteración material, dado que no es admisible acreditar la falsedad ideológica de los hechos relatados por las partes en el documento privado, ya que en tales supuestos es suficiente la prueba en contrario.

Ahora, la *tacha* junto con la *oposición* son las dos *cuestiones probatorias* reguladas en nuestro ordenamiento procesal civil (art. 300 del CPC). La *tacha* es definida como “aquel instrumento procesal dirigido a invalidar o restar eficacia a determinados medios de prueba, en razón de existir algún defecto o impedimento respecto de ellos” (HINOSTROZA, 2002: p. 45). De acuerdo al referido artículo, los medios probatorios que pueden ser cuestionados a través de la *tacha* son los testigos y los documentos, así como los medios probatorios *atípicos* que a ellos se asimilen. Al efecto CARRIÓN ejemplifica que la *tacha* puede formularse contra testigos prohibidos de declarar (art. 229 del CPC) o contra documentos afectos de nulidad o falsedad (arts. 242 y 243 del CPC), lo que implica la remisión a la norma en comento (CARRIÓN, 2000: p. 133).

Sobre el punto HINOSTROZA resalta que con la *tacha* de testigos lo que se pretende es “enervar la eficacia de un testimonio a ser rendido por un apersona afectada por alguna causal de prohibición, impedimento o recusación, e inclusive, por manifiesta inidoneidad (como cuando se ofrece la declaración de un testigo que tiene mermado el sentido –vista, oído, tacto, olfato, gusto o tacto– con el cual se supone captó o apreció el hecho sobre el que atestigua)”; a su vez en cuanto a la *tacha* de documentos explica que puede fundarse “en su falsedad o nulidad. La primera hipótesis implica la existencia de un documento no auténtico por no guardar su contenido o la firma en él impresa correspondencia o identidad con la realidad del acto o hecho acontecidos (especialmente si son inexistentes) o con la

persona a quien se le atribuye. La nulidad, en cambio, supone la existencia de un documento inidóneo para surtir efectos jurídicos por haberse inobservado en su elaboración los requisitos y condiciones exigidos por el ordenamiento legal bajo sanción de nulidad” (HINOSTROZA, 2002: pp. 46-48).

La tacha del documento (ya dijimos por falsedad material) debe formularse dentro del plazo que señala el CPC, según la vía procedimental. En caso no se hiciera así, se tendrá por reconocido el documento, si era privado no auténtico, o por indiscutida su autenticidad, si era público o privado auténtico, sin que posteriormente pueda desconocerse, ni impugnar la autenticidad. Por su parte, en caso de prosperar la tacha que se haya formulado, el pronunciamiento que se haga en la sentencia, o excepcionalmente en la fase del saneamiento probatorio –*vide* parte *in fine* del artículo 301 del CPC–, ha de declarar la ineficacia probatoria de los documentos impugnados, ello –como lo apunta LEDESMA (2009: p. 528)– sin perjuicio de disponer la remisión de los antecedentes ante el juez penal a fin de que se investigue acerca de la comisión y autoría de un posible delito.

4. LA INEFICACIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL DEL DOCUMENTO DECLARADO FALSO EN UN PROCESO PENAL

La segunda parte del artículo en comento establece expresamente que: “[s]i en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil”.

Tal norma no deja duda alguna y viene a complementar la norma contenida en el primer párrafo del artículo en comento. En efecto, si ya vimos qué ocurre cuando la falsedad se ventila en el mismo proceso en que el documento es propuesto como medio probatorio (a través de la *tacha*) o en otro proceso civil (a través de pretensión autónoma declarativa), faltaba hacer la precisión de qué ocurría con el documento cuya falsedad se ha determinado en un proceso no civil, como es el caso del proceso penal. La respuesta es también contundente y además generalizante: carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

Como lo destaca LEDESMA, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el cuestionamiento penal se busca aplicar la pena a los autores de la falsedad, a la vez que la decisión gravitará sobre el proceso civil en cual se haya presentado el documento impugnado (LEDESMA, 2009: p. 527).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*, Lima:

Gaceta Jurídica; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BARBOSA, José Carlos (2001): “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis. Revista de Derecho*, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; GONZALES, Sergio (2003): “El documento electrónico y su calificación como documento público en el ordenamiento jurídico español”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *Medios impugnatorios en el proceso civil: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; OBANDO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.



BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta Ediciones; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: JMB Bosch Editor y Esade.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La jurisprudencia señala que las tachas de documentos deben estar referidas a los defectos formales de un documento y, que una alegación respecto a su falsedad deberá efectuarse a través del proceso respectivo (*Cas. N° 2940-2002-Santa*).

Los documentos solo pueden ser tachados por falsedad o nulidad del documento, a tenor de los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil; siendo que en el primer caso la tacha ha de prosperar por haber probado su falsedad, en tanto que en el segundo caso solo puede ampararse la tacha cuando en el documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad. Si se cuestiona la falsedad de la firma del declarante, para sustentar la falta de manifestación de voluntad de este y la consecuente nulidad del acto jurídico contenido en el documento, ello puede ser susceptible de ser dilucidado en una vía más lata que el incidente de la tacha (*Exp. N° 522-2002-Lima*).

La tacha de un documento está referida a la falsedad de este como tal, mas no al contenido del mismo, por no ser aquella la vía para atacar su contenido (*Exp. N° 556-1998-Lima*).

Artículo 243 | Ineficacia por nulidad de documento

Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 220, 221; C.P.C. arts. 171 a 177, 199, 237, 300, 301; L.O.P.J. art. 184 inc. 4.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Además de las situaciones en que los documentos no son admitidos por no cumplir algún requisito de procedibilidad que establece la norma procesal, tenemos otras en que los documentos adolecen de falsedad o de un vicio que conlleva su nulidad. El primer caso ha sido abordado en comentario del artículo anterior. El segundo caso es materia del presente comentario.

En efecto, como ha sido precisado, “[u]n documento nulo es aquel no apto para surtir efectos jurídicos por no reunir los requisitos exigidos por la ley bajo sanción de nulidad. Al no tener ningún valor legal no tendrá, por consiguiente, eficacia probatoria” (HINOSTROZA, 2010: p. 660).

El legislador ha tenido entonces que establecer los mecanismos procesales para enervar los documentos que presenten tal anormalidad, es decir para restarle eficacia probatoria, señalándole expresamente ese efecto. El artículo en comento regula tales situaciones.

2. DOCUMENTO Y ACTO

Se ha señalado que debe diferenciarse entre documento como escrito y el acto que le dio origen (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97). Y es que no es lo mismo el documento que el acto allí contenido, tanto así que el artículo 237 del CPC establece que puede subsistir el acto a pesar de haber sido declarado nulo el documento. En efecto, apunta CARRIÓN que dentro de un proceso puede probarse la nulidad de un instrumento y, no obstante ello, el acto que lo contenía puede acreditarse mediante otros medios probatorios (CARRIÓN, 2000: p. 97).

Tal distinción es relevante, por cuanto la impugnación de la eficacia probatoria de los documentos se da en el aspecto formal de estos, mas no en su contenido

(LEDESMA, 2009: p. 528). En efecto, como ya lo hemos señalado en nuestro comentario al artículo anterior, el contenido de los documentos se cuestionan vía acción, a través de una pretensión autónoma; pero el documento como tal se cuestiona a través del mecanismo remedial: la tacha.

3. NULIDAD DEL ACTO PROCESAL Y NULIDAD EN EL PROCESO DE UN ACTO EXTRAPROCESAL

Debemos tener en cuenta que una cosa es la nulidad de un acto procesal y otra la nulidad de un acto no procesal en el proceso. El primero se hace a través del mecanismo denominado *nulidad procesal*, regulado en los artículos 171 a 177 del CPC; mientras que el segundo a través de la *tacha*, regulada en los artículos 300 y ss. del CPC, o la facultad nulificatoria *ope iudicis* contenida en el artículo 220 del CC.

Los *actos procesales* son los realizados por los sujetos dentro del proceso, y por eso cuando presentan vicios insubsanables tienen que ser remediados mediante el mecanismo de la *nulidad procesal*, que también puede ser a pedido de parte (art. 174 del CPC) o declarada de oficio (art. 176 del CPC).

Sin embargo, la nulidad que nos ocupa no es de un acto procesal, sino de un *documento* (más específicamente de un *instrumento*) que contiene un acto extraprocesal, el cual se ha realizado, incluso, mucho antes de iniciarse el proceso. Ya dijimos en nuestros comentarios anteriores que los *documentos* son *medios probatorios*, a través de los cuales se incorporan al proceso las *fuentes de prueba*, o sea los hechos o actos en sí (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), por lo tanto casi siempre ellos preceden al proceso.

4. TIPOS DE VICIOS QUE DAN LUGAR A LA NULIDAD EN EL PROCESO DE UN ACTO NO PROCESAL

Señala CARRIÓN que el acto jurídico en su acepción genérica contenido en un instrumento, que es lo que interesa en los procesos, puede estar afecto de *nulidad absoluta* o *nulidad relativa*; a su vez, que las causales de nulidad absoluta pueden ser *sustanciales* y *formales*.

Agrega que en el orden *sustancial* o *material*, los actos jurídicos son nulos absolutamente en los siguientes casos: cuando falta manifestación de voluntad del agente, cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, cuando su objeto sea física o jurídicamente imposible, cuando su fin sea ilícito, cuando adolezca de simulación absoluta, cuando sea contrario a las leyes que interesan

al orden público o a las buenas costumbres; y que en el orden *formal*, los actos son absolutamente nulos cuando no revisten la forma prevista por la ley bajo sanción de nulidad, en atención a que la formalidad es consubstancial al acto mismo, como ocurre en los siguientes casos: el testamento otorgado por un analfabeto que no conste en escritura pública es nulo *ipso iure*; la hipoteca que no conste de escritura pública, salvo disposición diferente de la ley, es nula de modo absoluto; el contrato de suministro que se celebre a título de liberalidad si no se ha formalizado por escrito es nulo; etc. En esos casos CARRIÓN señala, en opinión que compartimos, que cuando los vicios son manifiestos, los actos contenidos en los instrumentos correspondientes deben ser declarados *de oficio* por el juez, es decir *ope iudicis* (acudiendo a la facultad nulificatoria contenida en el art. 220 del CC), o a pedido de la parte contra quien se hizo valer a través de la *tacha*, es decir no hay necesidad de seguir un proceso (CARRIÓN, 2000: p. 97). Esa nulidad de oficio, es decir cuando la nulificación no forma parte de las pretensiones formuladas por alguna de las partes del proceso, requiere que el vicio advertido sea manifiesto, en otras palabras que se encuentre al descubierto de manera clara y patente (ESCOBAR, 2007: p. 689).

A su vez, señala CARRIÓN –en opinión que también compartimos– que cuando se está ante supuestos de *nulidad relativa*, como los casos de anulabilidad regulados en el artículo 221 del CC, o cuando la nulidad es sustancial pero no es manifiesta o visible, se debe seguir un proceso, es decir como *pretensión autónoma*, en vía de *acción*, para obtener la declaración de ineficacia respectiva, dado que debe aportarse las probanzas pertinentes (CARRIÓN, 2000: p. 98).

Ahora, en el caso de haberse formulado *tacha*, el pronunciamiento que se haga en la sentencia, o excepcionalmente en la fase del saneamiento probatorio (*vide parte in fine* del art. 301 del CPC), ha de declarar la ineficacia probatoria del documento impugnado, lo que significa que no podrá ser valorado en la sentencia.

Similar pronunciamiento debe hacer el juez cuando la nulidad se declare *ope iudicis*, es decir de oficio, aunque en este caso consideramos que debe efectuarse necesariamente en la sentencia, donde pueda contar con todos los elementos para llegar a esa determinación; mayor razón si el artículo 199 del CPC establece que carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno. Tampoco debe perderse de vista lo que puntualiza Escobar, en el sentido que para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad es necesario que, en aplicación de las correspondientes reglas procesales, resulte competente para ello, lo cual significa que aunque resulte manifiesta, la nulidad de un contrato civil no podrá, por ejemplo, ser declarada por un juez del fuero laboral (ESCOBAR, 2007: p. 689).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; ESCOBAR ROZAS, Freddy (2007): “Nulidad absoluta. Comentario al artículo 220 del Código Civil”. En: *Código Civil comentado*, tomo I. Título Preliminar. Derecho de las personas y acto jurídico, 2ª ed., 1ª reimpression. Walter Gutiérrez (director). Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta Ediciones; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: JMB Bosch Editor y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La tacha debe fundarse en la falsedad o en la nulidad de la prueba documental. La primera implica un documento no auténtico por no guardar su contenido o firma en él impresa correspondencia o identidad con la realidad del acto o hechos acontecidos. La segunda supone la existencia de un documento no idóneo para surtir efectos jurídicos, por haberse incurrido en su elaboración en condiciones señaladas en el ordenamiento jurídico como causales de nulidad (*Exp. N° 1567-2005*).

La sala Civil de la Corte Suprema tiene resuelto en forma reiterada que la tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales de los instrumentos presentados, y no o la nulidad o falsedad de los actos mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción (*Cas. N° 1357-96-Lima*).

Artículo 244 | **Falsedad o inexistencia de la matriz**

La copia de un documento público declarado o comprobadamente falso o inexistente, no tiene eficacia probatoria. La misma regla se aplica a las copias certificadas de expedientes falsos o inexistentes.

CONCORDANCIAS:

C.R.C. arts. 139, 233, 235, 239, 240 a 242, 300; C.P. art. 427 y ss.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Señala el artículo 235 del CPC que la copia del documento público que está certificada tiene el mismo valor que el original. Sin embargo, ya hemos visto en el comentario al artículo 242 del mismo cuerpo normativo que los documentos en general pueden adolecer de falsedad, y peor aún, ser inexistentes, por lo que en esos casos no merecen tener eficacia probatoria.

Al respecto señala HINOSTROZA, en opinión que compartimos, que: “[s]i un documento público (aquel otorgado por funcionario público en ejercicio de sus funciones, la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según ley de la materia (...)) fuera declarado nulo o resultase ser manifiestamente falso o inexistente, es lógico y comprensible que toda copia (certificada o simple) del mismo no tenga la más mínima eficacia probatoria. Tampoco tendrán eficacia probatoria las copias (certificadas o simples) de expedientes administrativos o judiciales falsos o inexistentes. Como se observa, en caso de falsedad o inexistencia de la matriz, cualquier documento derivado de esta última (léase copias) no podrá estar dentro de aquellos medios de prueba que el juez deba apreciar para formarse convicción respecto de los hechos que se debaten en juicio” (HINOSTROZA, 2010: p. 660).

2. EL DOCUMENTO, SUS CLASES, EL DOCUMENTO ORIGINAL O MATRIZ Y EL DOCUMENTO COPIA

Como ya hemos señalado en nuestro comentario al artículo 242 del CPC, el término *documento*, aplicado en su sentido amplio de enseñar, implica también el de mostrar, indicar y, estos, el de presentar, y cuando ese mostrar se produce a través de otra cosa nos encontramos ante la representación, puesto que la figura, imagen o idea, sustituye la realidad (GONZALES, 2003: p. 193); a su vez, hemos resaltado también que se suele denominar documento a la prueba de los hechos

o al instrumento o escrito que narre o represente por dibujo, impresión, pintura, huellas, etc., que sirve para que el juez perciba o verifique las afirmaciones sobre la litis (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97); asimismo, documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento (ARAZI, 2001: p. 199); y finalmente que nuestro CPC define al documento en su artículo 233 señalando que: “[e]s todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

Ahora, como ya también lo hemos acotado en nuestro comentario al artículo 241 del CPC, a nivel doctrinario se identifican varios criterios de clasificación de los documentos (HINOSTROZA, 2002: pp. 119-130; LEDESMA, 2010: pp. 69-70; LLUCH, 2012: pp. 794-798), entre los cuales resultan pertinentes para el presente comentario los siguientes:

- 1) De acuerdo a los sujetos que lo originan: *públicos* (cuando han sido autorizados por funcionario público en ejercicio de sus funciones o se reputan así por mandato legal, v. gr. la escritura pública) y *privados* (cuando provienen de particulares, sean estos partes o terceros en el proceso donde se los presenta, v. gr. un recibo, una boleta);
- 2) De acuerdo con su forma: *instrumentales* (cuando consisten en escritos, v. gr. un contrato) y *no instrumentales* (si no están escritos, v. gr. un disco, una película, una cinta magnetofónica); y también, *originales* o *matrices* (cuando se presentan en su forma inicial) y *copias* (si son reproducción del original).

3. LA INEFICACIA PROBATORIA DE LA COPIA DEL DOCUMENTO PÚBLICO Y DE LA COPIA CERTIFICADA DEL EXPEDIENTE

De acuerdo al artículo en comento las causales para que la copia de un *documento público* (entre ellos debemos indicar ya está comprendido el *expediente*, sea *judicial* o *administrativo* –respecto del cual en nuestro comentario al artículo 240 ya hemos dejado sentado su condición de documental–) no tenga eficacia probatoria son dos: i) que el *original* sea declarado o comprobadamente falso; y, ii) que el *original* sea declarado o comprobadamente inexistente.

En el caso del primer supuesto, es de tener en cuenta lo que puntualiza LEDESMA en cuanto a los tipos de falsedad, señalando que la *falsedad material* afecta al documento público a través de adulteraciones, supresiones o modificaciones en su texto, que la *falsedad intelectual* concierne a la realidad de los hechos o actos que el funcionario público declara acontecidos en su presencia, y que la *falsedad*

ideológica se refiere a las circunstancias que se invocan o producen frente al funcionario público cuya autenticidad este no puede avalar (LEDESMA, 2009: p. 531).

En esos casos, si el *documento original* o *matriz* es falso, sea porque haya sido declarado así anteriormente o porque se pueda comprobar en el proceso, entonces el ofrecimiento del *documento copia* del mismo (sea certificada o simple) no puede tener en modo alguno eficacia probatoria.

Por su parte, en el caso del segundo supuesto, es decir la inexistencia del documento público (entre ellos el *expediente*, sea *judicial* o *administrativo*), con mayor razón, si no existe un documento matriz, menos va a ser posible que su supuesta copia tenga eficacia probatoria en el proceso.

4. DETERMINACIÓN DE LA INEFICACIA

El artículo en comento no lo establece, pero se entiende que el mecanismo para impugnar dichas copias es la *tacha*, dado que es el remedio establecido para cuestionar documentos (*vide* art. 300 del CPC) de todo tipo, así como porque es el mecanismo previsto por el artículo 242 del mismo texto legal para cuestionar el documento (entiéndase la *matriz* del mismo, o sea el original) que adolece de falsedad.

Ahora, a fin de establecer la falsedad alegada –como señala LEDESMA– cuando se pueda acceder al original del documento, entonces lo pertinente es que se disponga un cotejo de la copia con el original a fin de comprobar su falsedad; sin embargo, cuando se carezca del protocolo o la matriz, ahí no cabe confrontar, sino practicar una pericia para verificar su autenticidad, para lo cual deberá procurarse cotejar la escritura o firma objeto de la prueba, con otras que gocen de autenticidad de esa persona y que correspondan a la misma época (LEDESMA, 2009: p. 531).

En la misma línea podemos señalar también que a fin de establecer la inexistencia alegada se puede solicitar al juez que disponga lo que se conoce como *prueba informativa* (CASTAÑOS, 2010: pp. 575-576; ALVARADO, 2006: p. 114), es decir que solicite al funcionario respectivo de la dependencia donde obre el supuesto documento público o expediente un informe sobre la existencia o no del referido *documento matriz* (sobre ella, véase con más detalle nuestro comentario al art. 239 del CPC).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ALVARADO, Adolfo, (2006): *La prueba judicial (reflexiones críticas*

sobre la confirmación procesal). Valencia: Tirant lo Blanch; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; CASTAÑOS, Víctor (2010): "Prueba de informes. Hacia una aprehensión de su concepto". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; GONZALES, Sergio (2003): "El documento electrónico y su calificación como documento público en el ordenamiento jurídico español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *Medios impugnatorios en el proceso civil: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2010): "La actividad probatoria en desalojo". En: *La prueba en el proceso civil*. Gunther Gonzales, Marianella Ledesma, Emilia Bustamante, J. María Guerra y Jorge Beltrán. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis.

Artículo 245**Fecha cierta**

Un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde:

1. *La muerte del otorgante;*
2. *La presentación del documento ante funcionario público;*
3. *La presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas;*
4. *La difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y,*
5. *Otros casos análogos.*

Excepcionalmente, el juez puede considerar como fecha cierta la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 191 párr. 2, 233, 236, 239, 241, 242, 244, 535.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Claro está que los *documentos privados* están en desventaja respecto de los *documentos públicos* en cuanto a eficacia o fuerza probatoria se refiere, dado que estos últimos están premunidos de la fe pública o de la presunción de autenticidad; ello se puede deducir de la regulación que el CPC dispensa al capítulo de los *documentos* (entre otros el art. 239), y en general al título de los *medios probatorios*.

Por esa razón, el legislador procesal ha querido establecer un parámetro mínimo a considerar en la valoración de los *documentos privados*: la fecha cierta. A partir de ella se podrán considerar otros aspectos adicionales relacionados a dicho documento, como por ejemplo las circunstancias procesales sobrevinientes (v. gr. la no contradicción o cuestionamiento por la parte contraria) o la corroboración o complementación a través de otros medios probatorios.

Al respecto señala HINOSTROZA, en opinión que compartimos, que: “[a]l valorar un documento privado hay que apreciar si es preconstituido o elaborado en forma adrede con fines estrictamente procesales (que puede ser auténtico pero extemporáneo o realizado de mala fe), porque el primero goza de mayor fuerza probatoria que el segundo, pudiendo resultar este, inclusive, ineficaz. Para ello es importante tener certeza de la fecha en que fue redactado, preparado o producido” (HINOSTROZA, 2010: p. 661).

2. EL DOCUMENTO, SUS CLASES, EL DOCUMENTO PRIVADO

Como ya hemos señalado en nuestros comentarios a los artículos 242 y 244 del CPC, el término *documento*, aplicado en su sentido amplio de enseñar, implica también el de mostrar, indicar y, estos, el de presentar, y cuando ese mostrar se produce a través de otra cosa nos encontramos ante la representación, puesto que la figura, imagen o idea, sustituye la realidad (GONZALES, 2003: p. 193); a su vez, hemos resaltado también que se suele denominar documento a la prueba de los hechos o al instrumento o escrito que narre o represente por dibujo, impresión, pintura, huellas, etc., que sirve para que el juez perciba o verifique las afirmaciones sobre la litis (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 97); asimismo, que documento es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento (ARAZI, 2001: p. 199); y finalmente que nuestro CPC define al documento en su artículo 233 señalando que: “[e]s todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

Ahora, como ya también lo hemos acotado en nuestros comentarios a los artículos 241 y 244 del CPC, a nivel doctrinario se identifican varios criterios de clasificación de los documentos (HINOSTROZA, 2002: pp. 119-130; LEDESMA, 2010: pp. 69-70; LLUCH, 2012: pp. 794-798), entre los cuales resulta pertinente para el presente comentario la que los divide de acuerdo a los sujetos que lo originan: *públicos* (cuando han sido autorizados por funcionario público en ejercicio de sus funciones o se reputan así por mandato legal, v. gr. la escritura pública) y *privados* (cuando provienen de particulares, sean estos partes o terceros en el proceso donde se los presenta, v. gr. un recibo, una boleta).

3. LA FECHA CIERTA Y SU EFICACIA PROBATORIA

La acreditación de la fecha cierta en el caso de los *documentos privados* está dirigida a establecer parte de su autenticidad y con ello su fuerza probatoria; es más, se tiene dicho que para que el documento privado tenga fuerza probatoria es necesario que cuente con fecha cierta. Sería ilógico pretender atribuirle autenticidad, certeza, a un documento privado si como mínimo antes no se ha establecido la fecha de su producción, por eso hemos señalado que en realidad se trata de un parámetro mínimo, básico, de un punto de partida, a considerar en el análisis o valoración de los documentos privados; sobre él tendrá que descansar el análisis de autenticidad de los demás componentes (contenido) del documento. Esa situación, como se comprenderá, no aqueja a los *documentos públicos*, que se presumen auténticos, salvo prueba en contrario.

De ese modo, como señala LEDESMA, la parte que presenta un documento privado tiene la carga de probar su autenticidad porque asume la hipótesis de su

desconocimiento por la parte a quien se los opone; en cambio, un documento privado al quedar judicialmente reconocido tiene el mismo valor que un instrumento público, para quien o quienes lo suscribieron y también para sus sucesores. Acota que los documentos privados extienden su valor probatorio a terceros a partir del momento que adquieren fecha cierta, pues con anterioridad no son oponibles a ellos, y también que lo que se extiende a terceros es la existencia de la fecha cierta, pero no su contenido y efectos (LEDESMA, 2009: pp. 532-533).

4. FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA FECHA CIERTA DEL DOCUMENTO PRIVADO

El artículo materia de comentario regula los diversos supuestos en que el *documento privado* adquiere fecha cierta. Consideramos que al carecer el mismo de la presunción de autenticidad, la fijación de tales supuestos por parte del legislador viene a constituir una garantía de valoración probatoria para los sujetos del proceso, dado que el juez no podrá ya efectuar una valoración discrecional y libre de la fecha cierta del documento, sino que quedará sujeto a las pautas fijadas en la norma, salvo que –como lo establece la parte *in fine* del propio artículo en comento– en su lugar se pueda llegar a establecerlo por medios técnicos que le produzcan convicción.

Así, en cuanto a los referidos supuestos, LEDESMA señala con propiedad lo siguiente: i) El supuesto del inciso 1 nos lleva a asumir que el documento privado produce eficacia jurídica, en lo relacionado con la fecha cierta desde la muerte del otorgante, pues con ella cesa la capacidad civil; ii) el inciso 2 exige la presentación del documento ante funcionario público, por citar, los escritos que presentan las partes al proceso son documentos privados, pero al ser presentados y recepcionados por el juzgado, adquieren fecha cierta, la cual la da el cargo de recepción, que consiste en la constancia de la oficina del día de su presentación; iii) en el caso del inciso 3 contempla la presentación del documento ante notario público para que certifique la fecha o legalice las firmas, siendo que la legalización no afecta la esencia del documento o acto que consta en este, sino que confiere calidad incontestable a la firma de quien lo suscribe, o sea, autentica la firma (LEDESMA, 2009: p. 533). Ahora, en cuanto a los restantes supuestos –que no llega a comentar la citada autora–, habría que indicar: iv) en el caso del inciso 4 establece que también se adquiere fecha cierta desde la difusión respectiva en un medio público de fecha determinada o determinable, como sería el caso de una publicación a través del periódico o de una difusión radiofónica; y, v) en el caso del inciso 5 estamos frente a una norma *apertus*, dada por el legislador para comprender a cualquier modalidad que pueda ser análoga a los supuestos anteriores y que sea capaz de lograr establecer la fecha cierta.

Asimismo, es destacable el hecho de que el legislador haya establecido la posibilidad de fijar, excepcionalmente, la fecha cierta mediante medios técnicos que produzcan convicción, como sería el caso por ejemplo de una pericia grafo-técnica, un cotejo de documentos, un informe de funcionario público sobre tal aspecto, etc. No obstante, ARAZI apunta que, debido a la trascendencia de los efectos que produce, la prueba tendiente a dar fecha cierta debe evaluarse restrictivamente, y por tanto no cabría por ejemplo la prueba testimonial (ARAZI, 2001: p. 226)

Al respecto señala CARRIÓN que la fecha en la cual se produce cualquiera de estos supuestos se constituye en fecha cierta del contenido del instrumento, a partir del cual el acto producirá sus efectos jurídicos (CARRIÓN, 2000: p. 100). Es más, ARAZI señala que el instrumento privado solo puede oponerse a terceros a partir del momento en que adquiere fecha cierta (ARAZI, 2001: p. 224).

Acota finalmente LEDESMA que los documentos privados de fecha cierta adquieren una real dimensión cuando son contrastados en los procesos de tercería excluyente de propiedad, dado que esta pretensión opera cuando se vulnera uno de los atributos de la propiedad, como consecuencia de la medida cautelar dictada sobre un bien de propiedad de un tercero a la relación procesal, y para su admisión a trámite es fundamental que el demandante pruebe su derecho con documento público o privado de fecha cierta, como lo señala el artículo 535 del CPC (LEDESMA, 2009: pp. 533-534).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; GONZALES, Sergio (2003): "El documento electrónico y su calificación como documento público en el ordenamiento jurídico español". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *Medios impugnatorios en el proceso civil: doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2010): "La actividad probatoria en desalojo". En: *La prueba en el proceso civil*. Gunther Gonzales, Marianella Ledesma, Emilia Bustamante, J. María Guerra y Jorge Beltrán. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apresiasi judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Si bien la minuta de compraventa en la que se apoya la tercería aparece ingresada a la notaría con fecha posterior al embargo, no obstante ello, del sello consignado en el mismo documento aparece que este ha sido presentado al Banco Wiese Sudameris con antelación, situación que debe ser compulsada para admitir a trámite la tercería (*Exp. N° 567-2001-Lima*).

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria, por lo tanto, corresponde probar con documentos de fecha cierta haber comunicado su deseo al comprador. No tienen la calidad de documentos de fechas ciertas, si la fe notarial colocada al reverso de la primera, aparece que no fue entregada por ser inexistente la dirección a donde se remitía, y en la segunda es insuficiente la anotación efectuada en la misma, de que se entregó (*Exp. N° 3474-1998-Lima*).

Artículo 246

Reconocimiento

El documento privado reconocido tiene para las partes y en relación a tercero, si este es el otorgante, el valor que el juez le asigne.

No es necesario el reconocimiento, si no hay tacha.

Si compareciendo la parte se niega a reconocer, el documento será apreciado por el juez al momento de resolver, atendiendo a la conducta del obligado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 236, 242, 248, 282, 292, 296 inc. 1, 442 inc. 2.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Como veremos a continuación, el reconocimiento de documentos es una actividad que permite verificar la autenticidad de documentos *privados* –por tanto, no es posible el reconocimiento de documentos *públicos*–. Es por ello que precisamos detenemos en este punto. ¿Qué se entiende por documento privado? Según DEVIS (2006: p. 537) es todo objeto de percepción otorgado por particulares y que pueden consistir en instrumentos, –cuando se trate de escritos firmados o no– y en documentos no declarativos, pero representativos, como mapas, cuadros, planos, etc.

En ese contexto, no podrán ser documentos privados los otorgados por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones, o las escrituras públicas otorgadas ante o por notario público. De otro lado, la *certificación* de un documento privado por un notario público no lo convierte en documento público.

2. DEFINICIÓN

El reconocimiento de documento es aquella actividad procesal destinada a establecer la autenticidad de un documento privado, generalmente efectuada por su autor (también puede ser realizada por su heredero o representante). Ello es necesario, pues a diferencia del documento público, este no goza de presunción de autenticidad ni de valor probatorio por sí mismo.

La parte a quien se corre traslado del documento privado tiene tres posibilidades: i) No interponer tacha (o en caso de hacerlo, reconocer su autenticidad); ii) en caso de interponer tacha, desconocer el documento; y, iii) en caso de interponer tacha, negarse a reconocerlo. Cada una de las posibilidades conlleva consecuencias jurídicas distintas, como veremos a continuación.

3. SUPUESTOS QUE PUEDE ADOPTAR A QUIEN SE CORRE TRASLADO DEL DOCUMENTO PRIVADO

En caso de correrse traslado del ofrecimiento de prueba a la parte y esta no formule la tacha, operará el *reconocimiento tácito* del documento privado. En ese orden de ideas, la parte a la que se corre traslado del documento tiene la *carga* de tacharlo si no lo considera auténtico. De no hacerlo, se reputará la autenticidad del documento por haber precluido la etapa procesal para interponer la tacha. La consecuencia será la misma, en el cual una vez interpuesta la tacha, el autor se pronuncie sobre la autenticidad del documento en modo afirmativo. Esta carga de tachar, según LEDESMA (2008: p. 894), no se presentaría en los curadores procesales, toda vez que ignoran si proviene o no de su representado.

De otro lado, en el supuesto de desconocimiento del documento –conforme el procedimiento establecido en el artículo 247 del CPC– se puede establecer la autenticidad del documento privado a través del cotejo. En el caso de que se acredite la autenticidad del documento, el juez podrá aplicar una multa no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) URP.

Por último, en el supuesto de negación a realizar el reconocimiento, ello será evaluado al momento de resolver atendiendo a la conducta del obligado. Para ello nos remitimos al artículo 282 del CPC, mediante el cual se indica que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José; VALLS, José (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I. 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*. 2ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y*

dogmático. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.; GIMENO SENDRA, Vicente (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Aun cuando el contrato privado referido habría extinguido los efectos de la acción cambiaria contenida en las letras de cambio, el acto jurídico de reconocimiento viene a constituir una nueva manifestación de voluntad destinada a crear obligaciones a cargo de los ejecutados a favor del ejecutante. Por consiguiente, y no apareciendo en autos acto o negocio jurídico posterior a este último, sus efectos quedan plenamente vigentes entre la partes de la relación derivada en el reconocimiento judicial (*Cas. N° 2079-2000-Lima*).

A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (*Exp. N° 1135-1995-Lima*).

Artículo 247 | Desconocimiento de documento

Si el obligado desconoce el documento o su contenido, se puede proceder a establecer su autenticidad a través del cotejo. Acreditada la autenticidad del documento, el juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver, sin perjuicio de aplicarle una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Acreditada la autenticidad del documento, el juez apreciará la conducta del falsario al momento de resolver, sin perjuicio de aplicarle una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 256, 257, 258, 282.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Como señalamos anteriormente, la parte a la que se le corre traslado del documento privado –en una demanda, o, reconvencción–, se encuentra ante tres posibilidades, a saber: i) No interponer tacha (o en caso de hacerlo, reconocer su autenticidad); ii) en caso de interponer tacha, desconocer el documento; y, iii) en caso de interponer tacha, negarse a reconocerlo.

El comentario del presente artículo se centra en el segundo supuesto.

2. DESCONOCIMIENTO DE DOCUMENTO. COTEJO

Cuando la parte procesal interpone la tacha contra un documento privado quiere decir que cuestiona la autenticidad de dicho instrumental. Por tanto, cuando habiéndose procedido al reconocimiento de documento –solicitado por la parte que lo aportó– y habiendo desconocido el mismo por la otra parte, es en ese supuesto donde el que ofreció el documento puede solicitar el *cotejo*.

En ese sentido, el *cotejo* es el acto procesal mediante el cual se comparan el documento privado ofrecido y otro documento escrito, para determinar si el contenido o firma corresponde a la misma persona. El cotejo no puede operar nunca entre un documento escrito y uno no escrito. Dicha actividad es realizada por peritos grafotécnicos (para manuscritos) o dactiloscópicos (para huellas digitales).

Para proceder al cotejo, el artículo 257 del CPC establece una serie de documentos que deberán ser preferidos según el siguiente orden: Documentos de

identidad, escrituras públicas, documentos privados reconocidos judicialmente, actuaciones judiciales, partidas de los Registros del Estado Civil, testamentos protocolizados, títulos valores no observados y, otros documentos idóneos.

Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede ordenar que en su presencia, la persona a quien se atribuye el documento tachado, escriba o firma lo que se le dicte, para así tener más documentos con los cuales cotejar. Aunque es probable que dicha persona desfigure su escritura, lo que puede ser usado en contra suya al momento de graduar la multa que se le impondrá luego de establecerse la autenticidad del documento privado.

3. MULTA

En caso de que se establezca la autenticidad de un documento, el juez puede apreciar la conducta del que desconoció el documento imponiéndole una multa no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) URP. En atención a los deberes de probidad que debe existir entre las partes se justifica la imposición de dicha multa.

Y es que el desconocer un documento para luego proceder al cotejo mediante peritos, es una clara actividad obstructiva y dilatoria para el trámite del proceso.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI., 2ª ed. Bogotá: Temis; CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José; VALLS, José (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I. 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.; GIMENO SENDRA, Vicente (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

Artículo 248 | Firma a ruego y reconocimiento

Si el documento está firmado por un tercero a ruego del otorgante, se practicará el reconocimiento por ambos; debiendo el otorgante manifestar si la persona que firmó es la misma a quien rogó con tal objeto, y si nota alteraciones, las señalará.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 246, 247, 282.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Hay ocasiones en que por razones en las que una persona no sabe o no puede firmar –el caso de un analfabeto o de un incapacitado físicamente–, puede solicitar a otra persona para que lo haga por ella.

Es lo que se denomina *firma a ruego*, y para que tenga validez debe contar con el pedido expreso de quien no puede firmar –denominado *rogante*–, para que quien firme –denominado *rogado*– lo haga. Este pedido expreso debe estar inserto en el documento privado.

2. PROCEDIMIENTO

De igual manera, nos encontramos en este supuesto luego de que se ha formulado la tacha contra el documento privado para restarle autenticidad. El rogante puede solicitar que se disponga el reconocimiento del documento. Una vez emitido el mandato de reconocimiento, deberá acudir el rogante y rogado conjuntamente para que se practique el reconocimiento.

En dicho acto procesal, el rogante deberá manifestar si la persona que firmó es la misma persona a quien rogó. A su vez deberá indicar si es que encuentra alguna alteración en la firma a ruego. Una vez identificada la alteración es preciso someterla a pericia grafológica de un examen comparativo con otras firmas del rogado (LEDESMA, 2008: p. 900). También el rogado deberá indicar si es que la firma que consignó es suya.

De igual manera, en el supuesto de desconocimiento de la firma del rogado –conforme el procedimiento establecido en el artículo 247 del CPC– se puede establecer la autenticidad del documento privado a través del cotejo. En el caso de que se acredite la autenticidad del documento, el juez podrá aplicar una multa no menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) URP.

Por último, en el supuesto de negación a realizar el reconocimiento, ello será evaluado al momento de resolver atendiendo a la conducta del obligado. Para ello nos remitimos al artículo 282 del CPC, mediante el cual el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; DIEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José; VALLS, José (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.; GIMENO SENDRA, Vicente (2002): *Proceso Civil práctico*, vol. IV (artículos 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Aun cuando el contrato privado referido habría extinguido los efectos de la acción cambiaria contenida en las letras de cambio, el acto jurídico de reconocimiento viene a constituir una nueva manifestación de voluntad destinada a crear obligaciones a cargo de los ejecutados a favor del ejecutante. Por consiguiente, y no apareciendo en autos acto o negocio jurídico posterior a este último, sus efectos quedan plenamente vigentes entre la partes de la relación derivada en el reconocimiento judicial (*Cas. N° 2079-2000-Lima*).

A que no obstante que no es necesario el reconocimiento de un documento privado, si no hay tacha del mismo, se hace necesaria su actuación a fin de que el juez emita resolución con mayores elementos de juicio (*Exp. N° 1135-1995-Lima*).

Artículo 249 | **Forma del reconocimiento**

El citado a reconocer un documento escrito debe expresar si la firma que se le muestra es suya y si el documento es el mismo que suscribió u otorgó, o si tiene alteraciones, indicará en qué consisten estas.

Si el documento carece de firma, se interrogará al otorgante sobre la autenticidad de su contenido y, si hay alteraciones indicará en qué consisten estas.

Por muerte o incapacidad del otorgante, serán llamados a realizar el reconocimiento su heredero o su representante legal, quienes declararán sobre la autenticidad de la firma.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 660, 1218. C.P.C. arts. 2, 58, 253, 282.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, una de las diligencias que se puede realizar con los documentos aportados al proceso es el *reconocimiento*, en el supuesto de que se quiera verificar su autenticidad, cuando se haya formulado tacha. Dicha actividad procesal consiste en la citación del autor de un documento en donde expresará si lo que se ha suscrito u otorgado –en el caso de documentos con firma– es suya o si ha sufrido alteraciones, o –en caso de documentos sin firma– se expresará la autenticidad del documento o si ha sufrido alteración alguna. Es decir, se expresará el reconocimiento en la firma o en su contenido.

2. PROCEDIMIENTO

En ese sentido, el reconocimiento es en la firma cuando el autor se pronuncia sobre la autenticidad de la firma consignada. De otro lado, el reconocimiento será en el contenido cuando el autor se pronuncia sobre la autenticidad de lo transcrito en el documento, y si es que detecta alteraciones o añadiduras deberá indicar cuáles son.

Similar situación ocurre cuando los documentos carecen de firma, pues el otorgante deberá indicar si es que es auténtico y si existe alguna alteración o añadidura. Según LEDESMA (2008: p. 902), se puede suplir la falta de firma del autor recurriendo a la confesión, testigos, prueba grafológica, indicios, etc.

Es idóneo recurrir al cotejo –en el caso de que el autor desconozca el documento privado– mediante el cual se comparan el documento privado y otro documento escrito, para determinar si el contenido corresponde a la misma persona. Dicha actividad es realizada por peritos grafotécnicos (para manuscritos) o dactiloscópicos (para huellas digitales). Sin perjuicio de lo anterior, el juez puede ordenar que en su presencia, la persona a quien se atribuye el documento tachado, escriba o firma lo que se le dicte, para así tener más documentos con los cuales cotejar. En el supuesto de negación a realizar el reconocimiento, ello será evaluado al momento de resolver atendiendo a la conducta del obligado. Para ello nos remitimos al artículo 282 del CPC, mediante el cual se indica que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso.

En el supuesto en el que el autor de un documento no pueda practicar el reconocimiento por muerte o incapacidad, será llamado a realizar el reconocimiento el heredero. En ese orden ideas, en el caso de que el autor haya muerto, la totalidad de los herederos del causante deben ser citados de forma conjunta para poder realizar el reconocimiento, caso contrario la inconformidad de uno solo basta para que la parte que aporte el documento tenga la carga de demostrar su autenticidad (CAMACHO, 2003: p. 223). De otro lado, también se puede citar a personas distintas de los herederos, como el caso de los representantes legales para que reconozcan los documentos de su representado.

Cabe precisar que el párrafo tercero del artículo 249 del CPC, no establece un orden preferente respecto a quién debe reconocer el documento en ausencia de su autor, o el heredero o el representante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI. 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio; TAPIA, Isabel (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio; VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José; VALLS, José (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I. 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial*

de las pruebas. 2ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional Ltda.; GIMENO SENDRA, Vicente (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

Artículo 250

Reconocimiento por representantes

Los documentos otorgados, extendidos o suscritos por quienes al tiempo de hacerlo tenían representante legal, serán reconocidos por estos o por sus actuales representantes.

La misma regla se aplica para el reconocimiento de documentos otorgados por personas jurídicas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 2, 58, 232, 247.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, una de las diligencias que se puede realizar con los documentos aportados al proceso es el *reconocimiento*, en el supuesto que se quiera verificar su autenticidad, cuando se haya formulado tacha. Dicha actividad procesal consiste en la citación del autor de un documento en donde expresará si lo que se ha suscrito u otorgado –en el caso de documentos con firma– es suya o si ha sufrido alteraciones, o –en caso de documentos sin firma– se expresará la autenticidad del documento o si ha sufrido alteración alguna. Es decir, se expresará el reconocimiento en la firma o en su contenido.

Ahora bien, puede darse el caso de que el autor de un documento no sea reconocido por este, sino por su representante legal –en caso que el representado sea persona natural– o siendo una persona jurídica sea reconocido por su representante legal, como veremos a continuación.

2. SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO POR REPRESENTANTE

El artículo *in comento* establece cuatro supuestos en los cuales el representante legal preste el reconocimiento:

- a) Documento otorgado, extendido o suscrito por quien al tiempo de hacerlo tenía representante legal, en el caso de que el representado sea persona natural.
- b) Documento otorgado, extendido o suscrito por representante legal actual, en el caso de que el representado sea persona natural.

- c) Documento otorgado, extendido o suscrito por quien al tiempo de hacerlo tenía representante legal, en el caso de que el representado sea persona jurídica, y
- d) Documento otorgado, extendido o suscrito por quien al tiempo de hacerlo tenía representante legal, en el caso de que el representado sea persona jurídica.

En ese sentido, para la diligencia de reconocimiento de documento se citará al representante con poder vencido o poder vigente, indistintamente. En caso de *ausencia* del representante, aparte de ser sancionado con una multa no mayor a cinco (5) URP, podrá ser conducido al juzgado con auxilio de la fuerza pública en la fecha que fije el juez para su declaración, de considerarse necesario, de conformidad con el artículo 232 del CPC, debido a que tiene el *deber jurídico* de acudir a la diligencia de reconocimiento.

De otro lado, si compareciendo desconoce el documento y luego, de realizarse el cotejo y verificarse la autenticidad del documento se impondrá una multa al representante no menor de cinco ni mayor de veinte URP (Unidades de Referencia Procesal), de conformidad con el artículo 247 del CPC.

3. OBJETO DE RECONOCIMIENTO

En el caso de reconocimiento de documento en general, se considera que tiene por objeto al documento privado y no al público. La razón de ello es que el documento público goza de una presunción de autenticidad y que el documento privado no tiene valor probatorio en sí mismo.

Por eso, CARNELUTTI señala que: “El acto público *hace fe de su autor*; en otros términos no necesita nada más el juez a fin de tener por cierto que el documento proviene de aquel que indica como autor (...)” Por eso el acto público se designa también, por antonomasia, como *acto auténtico* (...)” (CARNELUTTI, 2000: pp. 507-508).

Debe tenerse en cuenta que el representante legal solo puede reconocer aquello que conste en el poder, dentro de las facultades del representante atendiendo al principio de literalidad en los actos de representación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José y VALLS, José (coord.) (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio y TAPIA, Isabel (coord.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal, pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Librería del Profesional; GIMENO, Vicente (dir.) (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Si bien es cierto, del poder por escritura pública (...) no se encuentra expresado dentro de las facultades, para reconocer documentos; también lo es, que aparece de la citada escritura de poder, que el apoderado de la demandada se encuentra facultado expresamente y en forma amplia para que intervenga en las acciones judiciales en el que la emplazada sea demandante o demandada; asimismo, se encuentra premunido de las facultades especiales, entre otros (sic) para demandar y contestar demanda; lo que implica la facultad implícita para reconocer documentos (*Exp. N° 358-1999-Lima*).

Artículo 251 | **Reconocimiento de impresos**

Las publicaciones en diarios, revistas, libros y demás impresos, cualquiera sea el medio técnico utilizado, serán reconocidos por sus autores o responsables.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 249.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

El artículo *in comento* versa sobre reconocimiento de publicaciones de circulación masiva, sean diarios, revistas, periódicos, libros, semanarios, etc. y que tengan condición de documentos privados, dado que respecto a los documentos públicos se presume su autenticidad.

2. DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

En cuanto a los documentos públicos de circulación masiva, no ameritan *reconocimiento* de parte de su autor por estar contenidas en una publicación oficial. Como sostiene DEVIS ECHANDÍA: “(...) debe entenderse por documento auténtico el que goza de certeza sobre su origen y su autor (...) tanto cuando es consecuencia de su carácter público (por haber sido formado o autorizado, al crearse, por un funcionario público) (...)” (DEVIS, 2006: p. 532). Debe tenerse en cuenta que en la práctica es excepcional que se solicite la comprobación de un documento público (SERRA, 2010: p. 233).

Respecto a los impresos de naturaleza privada, LEDESMA sostiene que:

“Aunque la norma no lo distinga expresamente, dichos impresos deben responder a publicaciones de índole privada, por el reconocimiento que se exige a sus autores o responsables. Véase el caso de que la revista X aparece publicado un artículo de Rocky, en el que se agravia la imagen profesional de Foster. Este interpone contra Rocky demanda de indemnización, para lo cual ofrece como prueba la citada revista que acoge la publicación del artículo. Como es un documento privado, para su eficacia probatoria se debe pedir el reconocimiento del documento al autor de este, mas no al director de la revista”. (LEDESMA, 2008: p. 906).

En caso se tratase de un artículo, ensayo periodístico, etc., que no tenga un autor y que esté incluido dentro de una publicación, tendrá responsabilidad el director del medio de comunicación (periódico, revista, etc.).

3. EMPLEO DE MEDIOS TÉCNICOS

En caso de negativa del autor del documento a reconocerlo, y atendiendo a que para su producción han sido empleados medios técnicos, no se puede proceder al cotejo de documentos dada su naturaleza tipográfica (del mismo parecer LEDESMA, 2008: p. 907).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José y VALLS, José (coord.) (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Iur-gium-Atelier; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio y TAPIA, Isabel (coord.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Librería del Profesional; GIMENO, Vicente (dir.) (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley;

Artículo 252**Reconocimiento de documentos no escritos**

Los documentos no escritos a que se refiere el artículo 234, serán reconocidos por sus autores o responsables.

La parte que ofrece el medio probatorio tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su actuación.

El juez dejará constancia de los hechos que observe y de los que indiquen los intervinientes.

CONCORDANCIA:

C.R.C. art. 234.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Algunas de las características relevantes de los documentos que las distinguen de los demás medios probatorios son su *inmediatividad* y *permanencia*. En la primera, el hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior; y en la segunda, la representación documental es durable y conserva la huella del hecho representado independientemente de la memoria del hombre (CARNELUTTI, 2000: pp. 120-121).

Ahora bien, estos pueden ser en muchas ocasiones documentos escritos como un contrato de arrendamiento, un testamento, un recibo de pago, etc., pero también pueden ser no escritos –que igualmente gozan de aquella inmediatividad y permanencia– y de los que se hace mención enunciativamente en el artículo 234 del CPC.

2. DOCUMENTOS NO ESCRITOS Y OBLIGACIÓN DEL QUE OFRECE EL MEDIO PROBATORIO

Los documentos no escritos pueden tener un soporte material o inmaterial. Ejemplo del primero serían los planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado. Ejemplos del segundo serían los soportes informáticos, libros electrónicos, etc.

Estos deberán ser reconocidos por sus autores o responsables para lo cual deberán expresar si lo contenido en el documento es auténtico.

De otro lado, la parte que ofrece el medio probatorio tiene la obligación de poner a disposición del órgano jurisdiccional los medios para su actuación. V. gr.: en caso que se quiera actuar un video contenido en un CD, la parte que ofrece el medio probatorio puede llevar un DVD portátil para que en la diligencia de reconocimiento se pueda proyectar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARNELUTTI, Francesco (2000): *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José y VALLS, José (coord.) (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Iurgium-Atelier; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio y TAPIA, Isabel (coord.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; GORPHE, François (2004): *Apresiasi judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Librería del Profesional; GIMENO, Vicente (dir.) (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

Artículo 253 | Muerte del otorgante o autor

Por muerte del otorgante o autor serán citados a reconocer el heredero o en su defecto la persona que, a pedido de parte, pueda pronunciarse sobre la autenticidad del documento.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 660, 1218; C.P.C. art. 249 párr. 3, 250.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

Por la muerte, se pone fin al sujeto de derecho, dejando de ser un centro de atribución de situaciones jurídicas. En palabras del profesor FERNÁNDEZ, con la muerte “(...) no existe más sujeto de derecho, ente o centro de referencia normativo al cual atribuir situaciones jurídicas, derechos y deberes. Con la muerte concluye la capacidad jurídica inherente a la persona en tanto ser humano viviente” (FERNÁNDEZ, 2012).

Ahora bien, la muerte como hecho jurídico generador de consecuencias jurídicas origina la disolución de matrimonio, apertura de sucesión, entre otros; y en materia de reconocimiento –cuando el otorgante o autor no puedan pronunciarse sobre la autenticidad del documento– que el documento sea reconocido por sus herederos.

Entonces, esta es otra modalidad en la que el reconocimiento del documento no es realizado por el autor sino por una persona ajena, similar a la contenida en el artículo 250 del CPC.

2. PRONUNCIAMIENTO DEL HEREDERO

Solo cuando el otorgante o autor del documento esté muerto –sea muerte natural o presunta– el heredero podrá ser citado para efectuar el reconocimiento en la firma o en el contenido del documento.

En ese orden ideas, la totalidad de los herederos del causante deben ser citados de forma conjunta para poder realizar el reconocimiento, caso contrario la inconformidad de uno solo basta para que la parte que aporte el documento tenga la carga de demostrar su autenticidad (CAMACHO, 2003: p. 223).

De otro lado, también se puede citar a personas distintas de los herederos, como el caso de los representantes legales para que reconozcan los documentos que a pedido de parte pueda pronunciarse sobre la autenticidad del documento. En ese sentido, el párrafo tercero del artículo 249 del CPC no establece un orden preferente respecto a quienes reconocen el documento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2012): *Derecho de las Personas. Análisis artículo por artículo al Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, 12ª ed. Lima: Motivensa.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José y VALLS, José (coord.) (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona: Iurium-Atelier; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio y TAPIA, Isabel (coord.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; DE LA OLIVA, Andrés; DíEZ-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Librería del Profesional; GIMENO, Vicente (dir.) (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley; SERRA, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

Artículo 254 | **Falta de reconocimiento por terceros**

La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. IV, 218, 232.

David Ibarra Delgado

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de documentos puede generar para las partes y terceros, situaciones jurídicas diversas como las cargas y deberes (en ese sentido, LEDESMA, 2008: p. 911). Como veremos, el juez –en caso de incumplimiento de la parte a reconocer un documento– puede apreciar su conducta procesal al momento de resolver.

Atendiendo a que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, cuando se manifiesta en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, es que llamaremos a esta situación jurídica como *carga*.

La carga puede ser definida como aquella:

“(a) situación pasiva subjetiva, con estado de sujeción “blando”; (b) atribuido por una regla jurídica imperativa; (c) que describe un comportamiento (positivo o negativo) “apreciado” por el Derecho, pero no categóricamente exigido; (d) que da al sujeto titular de la carga la posibilidad de elección entre opciones igualmente lícitas, haciendo que la no adopción del comportamiento “deseado” no sea, por tanto, ilícita; (e) que no permite que el Derecho utilice su fuerza, sea mediante técnicas coercitivas, sea mediante técnicas subrogatorias, para forzar al sujeto que adopte el comportamiento “deseado”, ya que (f) la consecuencia jurídica para la adopción o no adopción del comportamiento está prevista en la propia regla” (DE PAULA, 2015: p. 365).

Así pues, es totalmente lícito para la parte –cuando tache el documento del cual la otra parte alega que es autor– realizar o no el reconocimiento del documento.

Ahora bien, distinto es el caso respecto a la ausencia o incumplimiento por los terceros del reconocimiento de un documento pues esta situación jurídico-subjetiva no sería una *carga*, sino un *deber*.

2. REENVÍO A LA “FORMA PREVISTA PARA LOS TESTIGOS”

Se debe tener en cuenta que respecto al reconocimiento de documentos de parte de terceros se hace un reenvío a lo atinente a la forma *prevista para los testigos*.

El artículo 254 del CPC establece dos supuestos: a) *La ausencia del reconocimiento*; y, b) *el incumplimiento del reconocimiento*. Tratándose del primero se hace un reenvío al artículo 232 del CPC que regula lo relacionado al testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas. En cuanto al segundo supuesto, se hace un reenvío al artículo 218 del CPC que regula lo relacionado al testigo cuando se niega a declarar o lo hace con evasivas.

3. DEBER DE ACUDIR A DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO Y CARGA DE RECONOCER EL DOCUMENTO

Dichos supuestos tendrán consecuencias jurídicas distintas tratándose de una o de otra. El *acudir a la diligencia de reconocimiento* se configura como un deber jurídico cuando se trata de terceros, pues se tiene que satisfacer un interés subjetivo impuesto, el de acudir a dicha diligencia.

En ese sentido, en este tipo de *coerción indirecta*, cuando se presenta la ausencia de reconocimiento de terceros tales como los herederos, representantes, testigo a ruego, etc. pueden ser sancionados por el juez con una suma no menor a cinco (5) URP, sin perjuicio de ser conducido al juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el juez para su declaración, de considerarlo necesario. Es importante acotar que la inasistencia debe ser justificada, de lo contrario el juez puede apercibir al tercero.

De otro lado, tratándose de incumplimiento de reconocimiento, esta solo consistirá en una *carga* para el tercero, pues con la negativa a reconocer, el juez apreciará su conducta al momento de resolver, considerándose lícito el reconocer o no reconocer.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE PAULA, Vitor (2015): “Cargas y deberes probatorios de las partes en el nuevo CPC brasileño”. En: *Prueba y proceso judicial*. Renzo Cavani y Vitor De Paula (coord.). Lima: Instituto Pacífico; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel; RIFÁ, José y VALLS, José (coord.) (2007): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, vol. I, 2ª ed. Barcelona:

Iurgium-Atelier; CORDÓN, Faustino; ARMENTA, Teresa; MUERZA, Julio y TAPIA, Isabel (coord.) (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed. Navarra: Aranzadi; CAMACHO, Azula (2003): *Manual de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, vol. VI, 2ª ed. Bogotá: Temis; DE LA OLIVA, Andrés; Díez-PICAZO, Ignacio y VEGAS, Jaime (2012): *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte especial*, 3ª ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2006): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo 2, 5ª ed. Bogotá: Temis; GORPHE, François (2004): *Apreciación judicial de las pruebas*, 2ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, vol. 1. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2005): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi; MORENO, Miguel (2001): *La prueba documental. Estudio histórico-jurídico y dogmático*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons; PARRA, Jairo (2002): *Manual de Derecho probatorio*, 13ª ed. Bogotá: Librería del Profesional; GIMENO, Vicente (dir.) (2002): *Proceso civil práctico*, vol. IV (arts. 281 a 386). Madrid: La Ley.

Artículo 255 | **Cotejo de documento público**

Se puede ofrecer el cotejo de la copia de un documento público con su original.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 197, 233, 235, 256, 257.

Juan Jesús Wong Abad

1. INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a probar se encuentra íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y tiene como finalidad acreditar los hechos alegados por las partes o un tercero legitimado en el proceso.

“Tanto la doctrina, la jurisprudencia y las constituciones extranjeras, así como los tratados internacionales, reconocen expresa o implícitamente –la existencia del derecho subjetivo y fundamental de probar– cuya titularidad recae en todo sujeto de derechos, por el solo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa” (BUSTAMANTE ALARCÓN, 2009: p. 273).

Dentro de los medios probatorios, encontramos a los documentos, los mismos que, de acuerdo al artículo 233 del CPC, resultan ser: “Todo escrito que sirve para acreditar un hecho”, siendo que se les puede clasificar como públicos o privados en razón de quien los emitió; asimismo, el CPC distingue como documentos, entre otros, los impresos, dibujos, fotografías, soportes informáticos, y, otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

Al documento se le define como: “un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro, un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento para su elaboración, con prescindencia de la forma en que esa representación se exterioriza. Los documentos contienen un mensaje” (LEDESMA 2008: p. 841). La misma autora nos indica también que: “El mensaje es diverso, pues puede responder a un acto voluntario (como una carta, un contrato, una confesión, etc.) como involuntario (restos, impresiones de los que derive responsabilidad objetiva, etc.)” (LEDESMA, 2008: p. 841).

También “suele denominarse como documento a todo acto del hombre, que no se configura como un acto jurídico, pero que a su vez constituye un determinado objeto, en tanto, se materializa para representar el acto o hecho relevante; suele provenir de medios extraprocesales, pero que necesariamente toman relevancia en el proceso” (ACOSTA, LÓPEZ, MELGAR, MORALES Y TORRES, 2013: p. 97).

En tal sentido, bien podemos concluir que el documento es todo objeto donde se haya registrado un acto del cual se puede inferir una conclusión que pruebe lo alegado por una de las partes en un proceso.

En cuanto a la naturaleza de los actos que puede contener un documento, “puede ser declarativo-representativo, cuando contenga una declaración de quien lo crea u otorga o simplemente lo suscribe, como es el caso de los escritos públicos o privados; pero puede ser únicamente representativo (no declarativo), cuando no contenga ninguna declaración, como ocurre en los planos, cuadros o fotografía” (DEVIS, 2002: p. 473).

Por otro lado, a diferencia de otros medios probatorios tales como el testimonio o la confesión, la prueba documental no representa por sí misma un acto, sino que sirve para contener o registrar uno. Es así, el documento hace referencia a un acto pero no es el acto mismo. Para explicarlo mejor, cuando prestamos un testimonio o una confesión estamos ya realizando un acto que busca probar lo alegado por un tercero o nosotros mismos; en cambio, cuando ofrecemos un “documento” este solo contiene el registro de tal acto del cual se buscará inferir una verdad procesal.

De esta distinción respecto a la naturaleza referencial de la prueba documental nos permite advertir que en los casos en los cuales se busque declarar su ineficacia probatoria, su impugnación podrá ser dirigida tanto al acto como al medio que lo contiene, siendo que para resolver tal impugnación será necesario en algunos casos la actuación de la figura procesal conocida como el cotejo.

2. DEFINICIÓN DE COTEJO

Respecto al cotejo encontramos distintas definiciones; es así que se dice que “es el medio probatorio que consiste en la comparación de un documento auténtico con otro cuya autenticidad se pretende acreditar” (PERLA, 1987: p. 351).

O que “es el acto en cuya virtud se procede, por peritos, a comparar la copia del documento del documento impugnado con el original, a fin de establecer si ella pertenece al mismo que obra en el protocolo o registro. El problema se presenta cuando el documento público carece de matriz, aquí no cabría la confrontación o

cotejo sino una prueba pericial para verificar la autenticidad de la copia” (LEDESMA, 2008: p. 913).

Asimismo, que es “la demostración de la conformidad o disconformidad de la firma puesta en un instrumento con la que aparece, puesta en otro, cuya firma tiene el asentimiento de ser auténtica” (PINO, 1963: p. 283).

Si bien es cierto, en términos generales podemos partir de la idea que el cotejo es el mecanismo que busca establecer la autenticidad de un documento a través de su comparación o confrontación con otro que ya goza de tal calidad, lo es también que tal idea inicial nos plantea algunas interrogantes; así, por ejemplo, cabe preguntarnos: ¿Si la autenticidad de un documento puede ser determinada a priori? ¿Si todo documento público es auténtico? ¿Si todo documento privado debe ser cotejado para lograr la calidad de ser auténtico?, ¿Solo los peritos pueden realizar un cotejo?, ¿Es el cotejo un medio de prueba o un simple mecanismo de comprobación? Finalmente: ¿Qué se puede cotejar?

Entendemos que nuestro ordenamiento procesal al establecer que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y desechar las reglas de la prueba plena, deja la posibilidad que la autenticidad de todo documento pueda ser impugnada, pero mientras no se objete y no se pruebe lo contrario, todo documento, sea público o privado, deberá considerarse como auténtico.

En tal sentido, todo documento puede ser objeto de un cotejo, aun un documento público.

Es por ello que no estamos de acuerdo cuando se señala, al comentar el artículo 256 del CPC, que: “Los documentos privados carecen de certeza hasta tanto no se pruebe su autenticidad, sea mediante el reconocimiento expreso o tácito de la parte a quien lo perjudique; sin embargo, la parte puede tachar este, por falso o por carecer de alguna formalidad prevista en la ley, bajo sanción de nulidad” (LEDESMA, 2008: p. 914).

Por nuestra parte, somos de la idea que tal aseveración no resulta ser cierta, pues tal como ya lo hemos expresado todo documento privado –o público–, resulta ser auténtico mientras no se pruebe su falsedad, caso contrario llegaríamos a la situación que sería necesario que en todo proceso se deba llevar a cabo su reconocimiento o cotejo para que recién pueda surtir sus efectos probatorios.

En tal sentido, resulta pertinente señalar la jurisprudencia que nos dice: “(...) Parte de las copias a que elude la impugnante [de actuados judiciales] son certificadas, y aun cuando fuesen copias simples tienen valor probatorio de conformidad con los artículos doscientos treintaicuatro y ciento noventidós del Código

Procesal citado [CPC], mas [sic -léase más-] cuando no fueron objeto de tacha (...)” (Casación N° 2382-2001/Lambayeque, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, publicado en *El Peruano*, 30/11/2001, pp. 8164-8165).

Por otra parte, consideramos que el juez de la causa bien puede ser quien practique el cotejo, ello en la medida en que para descubrir la falsedad del documento no se precise de una técnica especializada, asimismo porque no existe norma que lo prohíba y porque finalmente es el juez quien determina los alcances de todo cotejo.

Por lo que estamos de acuerdo cuando se afirma que: “(...) se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta [sic] al juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normativa prevista para la actuación de la prueba pericial (...)” (Casación N° 908-1995/Lima Sala Civil de la Corte Suprema, publicado en *El Peruano*, 01/01/1988, pp. 341-342).

Asimismo, una discusión de larga data es la que se suscita respecto a si el cotejo resulta ser un medio probatorio o una diligencia subsidiaria.

En tal sentido, se ha señalado que: “el cotejo es un medio probatorio en la medida que sirve para comprobar o demostrar un hecho controvertido” (PERLA, 1987: p. 351).

En cambio, para otros “el cotejo no es un medio probatorio ni principal ni subsidiario, es simplemente una diligencia judicial que surge necesaria cuando el reconocimiento de un instrumento privado no ha resultado posible” (PINO CARPIO, 1963: p. 284).

Por nuestra parte, consideramos que, en la medida en que el cotejo sea un medio por el cual se puede confirmar la veracidad de un hecho, resulta ser una prueba; aun cuando su actuación se circunscriba a confirmar la veracidad de otro medio probatorio.

En cuanto a qué es lo que puede ser cotejado, entendemos que esto puede darse respecto a todo aquello que pueda estar registrado en un documento, por lo tanto no cabe entender que el cotejo se restrinja a lo escrito o a la firma que pueda contener.

En tal sentido, si nuestro ordenamiento señala que un documento puede contener registros escritos, imágenes, audios, etc., entonces cabe inferir que todos aquellos registros pueden ser pasibles del cotejo.

3. EL COTEJO DE LA COPIA DE UN DOCUMENTO PÚBLICO CON SU ORIGINAL

Este supuesto trata cuando luego de haber sido ofrecido como medio de prueba la copia de un documento público, esta es impugnada por lo que a fin de determinar su autenticidad, resulta necesario cotejarlo con el documento público original.

Ante esta situación, se deberá confrontar el documento público original con su copia que ha sido ofrecida como prueba, la misma que –como ya lo hemos señalado– puede ser practicada por el propio juez o un perito, siendo indudablemente el juez quien tenga la última palabra en cuanto a lo que por ella pueda quedar establecido.

Al momento de actuarse el cotejo se buscará verificar que lo registrado en el documento público se encuentre también registrado en su copia, cualquier diferencia entre ellos dará lugar a que la copia vaya perdiendo su calidad de auténtica y, por ende, su eficacia probatoria, dependerá del grado de esta diferencia objetiva y de su relación con lo que se busca probar como cierto, para que la copia mantenga o no, sus efectos probatorios.

Entendemos que si la diferencia entre la copia y el original se refiere a la nitidez o porque por algún motivo no se pueda distinguir algunas letras o aun párrafos registrados en la copia, ello no deberá ser motivo para su rechazo inmediato, pues previamente el juez deberá analizar si tales diferencias resultan de tal magnitud que contradicen lo expresado en el documento original, no olvidemos las reglas de interpretación del acto jurídico contenidas en el CC como también, como ya lo habíamos mencionado, lo establecido en el artículo 197 del CPC referido a que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.

Por otro lado, un problema que puede suscitarse, como muy bien apunta LEDESMA, es que no sea posible llevarse a cabo el cotejo debido a la ausencia de un documento público original, en tal caso, no podría llevarse a cabo un cotejo, pero sí una prueba pericial respecto a la autenticidad de la copia presentada (LEDESMA, 2008: p. 913).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2009): “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. En: *Derecho Procesal Civil. Estudios. Ius et Veritas*. Lima: Jurista Editores; ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia; TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Manuel Alberto Torres Carrasco (dir.). Lima: Gaceta Jurídica; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II. Bogotá: Temis;

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; PERLA VELAOCHAGA, Ernesto (1987): *Juicio ordinario*, 7ª ed. Lima: Eddili; PINO CARPIO, Remigio (1963): *Nociones de Derecho Procesal y comento del Código de Procedimientos Civiles*, tomo II. Lima: Tipografía Peruana.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALFARO VALVERDE, Luis (2011): "Derecho fundamental a la prueba: garantía constitucional de naturaleza procesal". En: *Manual del Código Procesal Civil. Biblioteca del abogado procesalista*. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Madrid: Thompson-Civitas; MUÑOZ SABATÉ, Luis (1997): *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis; PARRA QUIJANO, Jairo (1996): *Manual de Derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá: Librería del Profesional.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Nuestro ordenamiento procesal privilegia el principio de preclusión, en cuya virtud, los actos procesales deben ser realizados en determinada fase del proceso y cerrada esa etapa no corresponde emitir un pronunciamiento practicado en un acto anterior. Si el juez admitió el medio probatorio de cotejo en la audiencia respectiva, no corresponde que luego rechace la probanza con argumentos que antes no tuvo en cuenta, toda vez que tal rechazo importaría la denegación de un medio probatorio sin que exista un pronunciamiento válido (*Exp. N° 4213-1998-Lima*).

Artículo 256

Cotejo de copias y documento privado

Si se tacha o no se reconoce una copia o un documento privado original, puede procederse al cotejo de la copia con el original o la del documento privado, en la forma prevista para la actuación de la prueba pericial en lo que corresponda.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 236, 247, 265, 300.

Juan Jesús Wong Abad

1. COTEJO DE COPIAS Y DOCUMENTO PRIVADO

A diferencia del artículo anterior, en este se establece literalmente que el cotejo puede practicarse tanto respecto a la copia de un documento privado o como también del propio documento privado original.

En tal sentido, en el supuesto de que la copia de un documento privado o el propio documento privado que haya sido ofrecido como medio probatorio resultan ser tachados o no reconocidos, se procederá a su cotejo. En tales casos, la eficacia probatoria de tales documentos quedará a la espera de lo que se pueda establecer al finalizar el cotejo.

Respecto a cómo proceder con el cotejo de una copia de un documento privado no conlleva mayor dificultad, pues tal como lo señala el CPC bastará confrontar la copia con el documento privado original.

Sin embargo, ya en el segundo supuesto cuando lo que se tacha o no se reconoce es el documento privado original, la situación resulta muy distinta pues obviamente no será posible confrontarlo con su matriz, por lo que solo cabrá analizar lo registrado en él con otros registros similares, los mismos que deberán ser asumidos por las partes y el propio juez como ciertos; y, es que como ya lo habíamos señalado todo documento, aun aquel que nos va a servir como referencia para un cotejo, puede ser impugnado respecto a su autenticidad, debiendo indudablemente el impugnante probar tal aseveración.

De este modo, tenemos que todo documento sea público o privado, matriz o copia puede ser impugnado respecto de su autenticidad y, por otro lado, cuando se solicite su cotejo este deberá practicarse respecto de otro documento del cual se asuma que sea auténtico, sea por la razón que las partes así lo consientan o porque así ha quedado establecido judicialmente.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, 5ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Madrid: Thompson-Civitas; MUÑOZ SABATÉ, Luis (1997): *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis; PARRA QUIJANO, Jairo (1996): *Manual de Derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá: Profesional.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley (*Cas. N° 867-98-Cusco*).

Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial (*Cas. N° 908-1995-Lima*).

Artículo 257

Cotejo de documentos escritos

Cuando se trate de documentos escritos, el cotejo de la firma o letra se efectúa con los siguientes documentos atribuidos al otorgante:

- 1. Documentos de identidad;*
- 2. Escrituras públicas;*
- 3. Documentos privados reconocidos judicialmente;*
- 4. Actuaciones judiciales;*
- 5. Partidas de los Registros del Estado Civil;*
- 6. Testamentos protocolizados;*
- 7. Títulos valores no observados; y,*
- 8. Otros documentos idóneos.*

El cotejo se hará prefiriendo el documento en atención al orden antes indicado.

El juez puede disponer además que, en su presencia, la persona a quien se atribuye un documento tachado escriba y firme lo que le dicte.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 200.

Juan Jesús Wong Abad

1. COTEJO DE DOCUMENTOS ESCRITOS

Tanto la escritura a mano como la firma han sido durante mucho tiempo la forma como se registraba un acto o se expresaba nuestra conformidad; En tal sentido, resulta lógico que nuestro ordenamiento procesal haya establecido pautas para llevar a cabo el cotejo de tales registros y comprobar la falta de autenticidad que se haya podido alegar respecto de ellos.

Es así, que en el presente artículo materia de comentario se establece una lista y un orden de documentos que nos servirán como referentes para realizar el cotejo del documento impugnado cuando se refiera a registros referidos a la escritura o firma.

La razón del porqué de esta lista y orden fijado por nuestro ordenamiento procesal, consideramos que se debe al nivel de controles de seguridad que se requiere para el otorgamiento de tales documentos, lo cual asegura dentro de lo razonable su alta probabilidad de autenticidad y el servir como un buen punto de referencia para la actuación del cotejo.

Sin embargo, debemos advertir que la presencia y la función que cumplen tales documentos en esta lista, no nos hace olvidar que ellos pueden ser objeto de una impugnación respecto a su autenticidad y ser pasibles, por tanto, de un cotejo. No olvidemos, como ya lo hemos señalado, que sea un documento privado, público, copia o matriz, todos ellos pueden ser objeto de un cotejo.

Una duda que bien puede darse respecto a la aplicación del artículo comentado, es si debemos diferenciar entre los documentos que nos servirán para realizar el cotejo, los que nos deben servir para comprobar la firma o la escritura impugnada. Por nuestra parte consideramos que ello no debiera ser así, toda vez que aun de la firma que aparezca en un documento de identidad, podemos obtener algunos rasgos característicos de una escritura de puño y letra.

Por otra parte, resulta importante que se haya dispuesto la posibilidad que el juez pueda disponer además que, en su presencia, la persona a quien se atribuye un documento tachado, escriba y firme lo que dicte, con lo cual se logra salvar el obstáculo de no poder contar con un documento para realizar el cotejo o, si estos en caso de existir no logran crear convicción al juez.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2002): *Teoría general de la prueba judicial*, tomo II, 5ª ed. Bogotá: Temis; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*, 4ª ed. Madrid: Thompson-Civitas; MUÑOZ SABATÉ, Luis (1997): *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis; PARRA QUIJANO, Jairo (1996): *Manual de Derecho probatorio*. Santa Fe de Bogotá: Profesional.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Son elementos de la compraventa el bien, el precio y el consentimiento. No puede ampararse la formalización en escritura pública de un recibo que no contiene tales elementos, pues dicho recibo no contiene la determinación explícita del precio ni tampoco la descripción clara y precisa del inmueble correspondiente. Tampoco se aprecia la exteriorización de la voluntad por parte del causante, bajo ninguna de las formas que estipula el artículo 140 del Código Civil (*Exp. N° 1104-2001*).

Artículo 258 | **Normas adicionales al cotejo**

El cotejo de documentos se rige, además, por las normas de la prueba pericial, en cuanto sean pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 262, 265.

Juan Jesús Wong Abad

1. NORMAS ADICIONALES AL COTEJO

Un hecho que distingue el cotejo de la pericia es que en el caso de la actuación de la pericia resulta imprescindible la presencia de un especialista en un arte, oficio o profesión; sin embargo, esta distinción no implica que un “perito” no pueda llevar a cabo un cotejo.

La posibilidad que sea un perito quien lleve a cabo la actuación del cotejo, resulta muy importante, pues por un lado nos permite entender por qué las reglas establecidas para la actuación de la prueba pericial resultan pertinentes para el cotejo y, por otro lado, porque nos resuelve algunas dudas que bien podrían plantearse a cómo actuar frente a los cotejos de aquellos registros que no se encuentren registrados mediante la escritura o la firma. Y es que en estos últimos tiempos donde los registros caligráficos vienen en franco retroceso frente a los registros electrónicos y audiovisuales, donde también muchos de nuestros actos negociables y de nuestra vida diaria, que bien pueden tener en algún momento consecuencias jurídicas, quedan registrados en el mundo “virtual”, tanto el papel del “especialista” como el contar con reglas para su actuación, resultan imprescindibles.

En tal sentido, dadas las nuevas tecnologías de registro, la labor del perito se convierte más que necesaria en nuestro actual mundo electrónico y virtual, por lo que su procedencia, requisitos, su solicitud de parte, actuación, observaciones y demás, se convierten en normas cuya aplicación se vuelve más común.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2002): “El documento electrónico y la prueba literal”. En: *Ius et Praxis*, v. 8, N° 2. Talca. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200012>, acceso (15/01/2015); PEITEADO MARISCAL, Pilar (2013): “La eficacia probatoria de los SMS en el proceso civil”. Disponible en: <<http://www.adarvecorporacion.com/la-eficacia-probatoria-de-los-sms-en-el-proceso-civil>>, acceso (04/01/2015); PEYRANO, Jorge (2009): “Sobre la prueba científica”. En: *Derecho Procesal Civil. Estudios. Ius et Veritas*, Lima: Jurista

Editores; SEPÚLVEDA GUZMÁN, Jorge (2008): “La prueba electrónica y su valor probatorio en materia civil”. Disponible en: < http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2009/de-sepulveda_j/html/index-frames.html>, acceso (04/01/2015).

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se alega que el cotejo solo puede ser practicado por peritos, lo que no se condice con lo normado en los artículos doscientos cincuentiséis y doscientos cincuentisiete del Código citado (Código Procesal Civil) que faculta (sic) al juez a realizar el cotejo, aplicando en forma supletoria la normatividad prevista para la actuación de la prueba pericial (*Cas. N° 908-1995-Lima*).

Artículo 259

Exhibición por terceros

Los terceros solo están obligados a exhibir los documentos que pertenezcan o manifiestamente incumban o se refieran a alguna de las partes.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 10; C.P.C. arts. IV, 109 incs. 1 y 6, 112 inc. 5, 196, 208 inc. 3, 233, 234, 260, 261, 282, 293, 300, 301.

Fabrizio Castellano Brunello

1. INTRODUCCIÓN

Los documentos son medios probatorios típicos regulados entre los artículos 233 y 261 del CPC. Conforme al artículo 234 del CPC, el documento “es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho”.

Por regla general, la parte que afirma un hecho tiene la carga de probarlo, de conformidad con el artículo 196 del CPC. Sin embargo, muchas veces puede suceder que el documento para probar un hecho no se encuentre en poder de la parte que tiene la carga probatoria. Así, podría suceder que dicho escrito u objeto se encuentre en poder de la otra parte o de un tercero. La exhibición es una modalidad de ofrecimiento de documentos que sirve para solucionar esta situación.

Mediante la exhibición, la parte interesada ofrece el documento sin necesidad de aportarlo físicamente al proceso, apoyándose en el Poder Judicial para que se exija judicialmente la presentación a quien lo tenga en su poder.

Se aprecia, entonces, que el presupuesto de la exhibición tiene relación con la indisponibilidad del documento respecto a la parte sobre la que pesa la carga probatoria.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL DERECHO AL SECRETO Y A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS

El inciso 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Sin embargo, tal derecho no es absoluto ni ilimitado.

La misma norma precisa que las comunicaciones y documentos privados pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, y que los libros, comprobantes y documentos contables y

administrativos también están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente. No obstante, la norma constitucional consagra cuatro garantías en estos casos: 1) que se actúe conforme a ley; 2) que se otorguen las garantías previstas en la ley; 3) que el mandamiento sea motivado; y, 4) que se guarde secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

En este sentido, un primer requisito para que un juez pueda exigir la presentación de algún documento a un proceso consiste en que exista una ley que establezca la obligación de dicho sujeto a presentar el documento o a colaborar con la justicia con probidad y buena fe (principio de legalidad).

En el caso de las partes del proceso, dicho deber se desprende de los artículos IV, 109 –numerales 1 y 6–, 112 numeral 5, 261 y 282 del CPC.

En el caso de los terceros (es decir, quienes no son parte en el proceso), el deber de exhibición se encuentra recogido en los artículos 259, 260 y 261 del CPC. Si no existiesen tales normas, los terceros no tendrían el deber de exhibir ningún documento y sería una carga del interesado, por sus propios medios, conseguirlo para poder presentarlo directamente al proceso. Esto pondría en riesgo la efectividad de la actividad probatoria y, por ende, la finalidad de todo proceso judicial.

3. LOS LÍMITES A LA EXHIBICIÓN POR TERCEROS

El artículo 259 del CPC limita el deber de exhibición por terceros a tres supuestos: 1) documentos que pertenezcan a alguna de las partes, 2) documentos que manifiestamente incumban a alguna de las partes o 3) documentos que se refieran a alguna de las partes.

Al respecto, como bien señala LEDESMA: “nótese que la exhibición de los documentos por terceros está restringida al supuesto de la pertenencia o la incidencia del documento sobre alguna de las partes, esto es, que fuera de ellos no cabe la obligación de la exhibición por terceros” (LEDESMA, 2009: p. 552).

Adicionalmente, debe anotarse que los tres supuestos de esta norma no son taxativos, pues existen otras normas en el ordenamiento jurídico que garantizan el secreto, la reserva y la confidencialidad de ciertos documentos.

3.1. Documentos que pertenezcan a alguna de las partes

No es poco común que un documento que pertenezca a alguna de las partes se encuentre en poder de un tercero.

Por ejemplo, tal como se desprende del artículo 29 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842), la titularidad de la información clínica contenida en la historia

clínica le pertenece al paciente, aun cuando la historia clínica se encuentre en custodia de los establecimientos de salud y de los servicios médicos de apoyo. Además, si bien el artículo 25 de la Ley General de Salud establece que toda información relativa al acto médico tiene carácter reservado, el literal b) de la misma norma exceptúa dicha reserva en caso una autoridad judicial competente requiera dicha información. En este contexto, podría suceder que un demandado que enfrenta una pretensión de daños y perjuicios considere conveniente ofrecer la exhibición de la historia clínica del demandante, a fin de acreditar que los supuestos daños cuya reparación se reclaman constituyen preexistencias al evento dañoso y que, por ende, no serían resarcibles.

Otro caso sería el de un bien mueble otorgado en garantía mobiliaria con desposesión y con entrega a un tercero depositario (recuérdese que el documento puede ser también cualquier objeto que sirva para acreditar un hecho). Así, podría presentarse el caso en el que una persona le cause daños a un bien mueble otorgado en garantía mobiliaria y que, para acreditar los daños, el propietario solicite la exhibición del bien al depositario.

Los anteriores son dos ejemplos claros en los que se presenta esta situación.

3.2. Documentos que se refieran a alguna de las partes

Otros casos no menos comunes se presentan cuando un documento se refiere a alguna de las partes, aun cuando no le pertenece ni se encuentra a su disposición.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso no se requiere que alguna de las partes tenga algún tipo de titularidad sobre el documento, sino que basta con que dicho documento haga referencia a alguna de ellas.

Por ejemplo, imagínese el caso de una persona que demanda la nulidad de un contrato de transferencia de participaciones de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, alegando la violación de un derecho de adquisición preferente, y que alguno de los demandados cuestione la condición de socio del demandante. En este ejemplo, el demandante podría solicitar la exhibición de la matrícula de acciones a la sociedad para acreditar su condición de socio.

3.3. Documentos que manifiestamente incumban a alguna de las partes

En estricto, según la Real Academia Española, el término “incumbir” significa “Dicho de una cosa: Estar a cargo de alguien”. Acogiendo esta acepción, parecería que la exhibición de un documento que incumba a alguna de las partes no tendría sentido, pues al estar el documento a cargo de alguna de las partes, no

existiría un tercero involucrado. Con tales alcances, las partes tendrían la disponibilidad para presentar directamente el documento al proceso y no sería necesaria la exhibición por tercero.

Sin embargo, en una acepción más lata y coloquial, el término “incumbir” suele utilizarse como sinónimo de los verbos “corresponder”, “referir” e, incluso, de hasta “pertenecer”. Acogiendo estos otros significados más amplios, este supuesto se confundiría con los otros dos supuestos anteriormente comentados.

En un sentido aún más amplio, el término “incumbir” podría entenderse como un sinónimo de “interesar”, en cuyo caso no importaría si el documento pertenece, se refiere o no pertenece ni se refiere a alguna de las partes, pues bastaría que interese manifiestamente a alguna de las partes para que proceda su exhibición por tercero.

Sin embargo, enfatizamos que en este supuesto no bastaría que el documento interese a alguna de las partes, sino que debe interesar *manifiestamente* a alguna de las partes. Ciertamente, resulta problemático determinar cuándo algo es manifiesto o no, pues al final del día lo que manifiestamente es o no es, depende de la perspectiva de cada persona y, por ende, se trata de una cuestión subjetiva. Por este motivo, quedará a criterio y prudencia del juez esta determinación.

En nuestra opinión, para interpretar este supuesto y definir la opción correcta, debe considerarse que estos supuestos constituyen restricciones al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados y, por otro lado, que se debe cuidar el derecho de las partes procesales de probar su pretensión. Bajo estos criterios iniciales, los magistrados deberán evaluar en cada caso en concreto, la procedencia de la exhibición ofrecida.

4. LA DEFENSA DEL TERCERO

El artículo 300 del CPC establece que se puede formular oposición a una exhibición. En tal sentido, la oposición sería el mecanismo procesal para defender los intereses del tercero frente a una exhibición solicitada por alguna de las partes.

En la Casación N° 3060-99-Lima, la Sala Civil Transitoria de la Corte de Suprema de Justicia de la República indicó que: “obviamente, un tercero no puede interponer excepciones ni cuestiones probatorias pues no es el titular de la relación jurídica sustancial” (HINOSTROZA, 2000: p. 348), descartando con dicha afirmación la posibilidad de que el tercero pueda oponerse a una exhibición.

Esta posición de la Corte Suprema es discutible, ya que consideramos que la titularidad de la relación jurídica sustancial tenga alguna relevancia para denegar

a un sujeto la posibilidad de defenderse frente a un requerimiento de exhibición. Por el contrario, considerando que se compromete el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, creemos que el tercero debe quedar habilitado a utilizar las vías procesales típicas para cuestionar la exhibición y hacer respetar sus derechos.

Así, la oposición formulada por el tercero puede sustentarse en diversos motivos. Por ejemplo, podría ser que el tercero considere que no se cumple ninguno de los supuestos legales; que la exhibición ordenada implica la violación de un secreto, reserva o confidencialidad con amparo legal; que el tercero tampoco cuenta con la disponibilidad del documento, entre otros.

Asimismo, vale la pena precisar que el artículo 301 del CPC establece que el medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.

Consideramos que el trámite regular de las cuestiones probatorias perjudicaría al tercero cuando se pretenda proteger la privacidad del documento, ya que su actuación haría público el documento. Por lo tanto, en nuestra opinión, como regla general, la oposición no debería esperar a la sentencia para ser resuelta, sino que debería serlo inmediatamente, previo traslado a la parte interesada, a fin de evitar una actuación perjudicial para el tercero.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2000): *Jurisprudencia de Derecho Probatorio*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., vol. II. Lima: Grijley; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2003): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén (1994): *Medios probatorios en el proceso civil. Manual teórico práctico*, 2ª ed. Lima: Rodhas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si el solicitante de la exhibición del documento duda de la existencia del mismo, debe rechazarse su solicitud, ya que la solicitud de exhibición de un documento no está destinada a establecer la existencia del mismo sino que la propia solicitud supone una afirmación de la misma (*Exp. N° 1717-2005*).

Artículo 260**Exhibición de documentos de personas jurídicas y comerciantes**

Puede ordenarse la exhibición de los documentos de una persona jurídica o de un comerciante, dando el solicitante la idea más exacta que sea posible de su interés y del contenido. La actuación se limitará a los documentos que tengan relación necesaria con el proceso.

La exhibición se tiene por cumplida si se acompañan copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados.

Si la exhibición está referida a documentos públicos se cumple con ella dando razón de la dependencia en que está el original.

A pedido de parte y en atención al volumen del material ofrecido, el juez puede ordenar que la exhibición se actúe fuera del local del juzgado.

CONCORDANCIAS:

C. art. 2 inc. 10; C.P.C. arts. 65, 208, 235, 259, 293; C. de C. arts. 1, 2, 33, 37 a 40, 42, 45 a 49; C.T. art. 78 inc. 5.

Fabrizio Castellano Brunello

1. INTRODUCCIÓN

Al comentar el artículo 259 del CPC, examinamos la norma general sobre exhibición por terceros. Por tratarse de una norma general, dicha regla se aplica a cualquier tercero, sin importar su naturaleza, estado, función, oficio o condición. El primer párrafo del artículo 260 del CPC, en cambio, contempla un supuesto especial de exhibición por terceros, referido a las personas jurídicas y comerciantes.

Asimismo, aunque con una deficiente técnica legislativa, el segundo, tercer y cuarto párrafos del artículo 260 del CPC regulan la parte dinámica de la exhibición, estableciendo supuestos especiales para facilitar la actuación de la exhibición. En la misma línea que CARRIÓN, consideramos que estas disposiciones son aplicables a la exhibición de los documentos en general (por terceros y por las partes) (CARRIÓN, 2007: p. 126), razón por la cual su aplicación no debe limitarse al supuesto de exhibición por personas jurídicas y comerciantes.

2. LA PERSONA JURÍDICA Y EL COMERCIANTE

ESPINOZA define a la persona jurídica de la siguiente manera: “La persona jurídica o colectiva es la organización de personas (naturales o jurídicas) que se

agrupan en la búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumple con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en Registros Públicos o a través de una ley” (ESPINOZA, 2004: p. 651). Como es sabido, las personas jurídicas son sujetos de derecho y pueden ser de varios tipos, tales como asociaciones, fundaciones, comités, sociedades, cooperativas, etc.

Por lo general, resulta sencillo identificar a las personas jurídicas. Sin embargo, conviene advertir que los patrimonios autónomos no encajan en dicho concepto, pues el primer párrafo del artículo 65 del CPC establece que: “Existe patrimonio autónomo cuando dos o más personas tienen un derecho o interés común respecto de un bien, sin constituir una persona jurídica”. Por lo tanto, se concluye que el supuesto especial de exhibición previsto en el primer párrafo del artículo 260 del CPC no les sería aplicable a los patrimonios autónomos.

A diferencia de la persona jurídica, identificar la condición de comerciante representa una mayor complicación. Así, el artículo 1 del Código de Comercio establece que: “Son comerciantes, para los efectos de este Código: 1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

La característica central para identificar a un comerciante radica en la habitualidad, pues incluso los no comerciantes pueden realizar actos de comercio, tal como se desprende del artículo 2 del Código de Comercio. MONTROYA define la habitualidad como la realización de actos “repetidos constantemente y no en forma ocasional o esporádica” (MONTROYA, 1998: p. 112).

Dicha determinación es importante porque el artículo 33 del Código de Comercio obliga a los comerciantes a llevar: 1) Un libro de inventarios y balances; 2) un libro de diario; 3) un libro mayor; 4) un copiador o copiadores de cartas y telegramas, y 5) los demás libros que ordenen las leyes especiales. El contenido obligatorio de estos documentos se encuentra regulado en los artículos 37, 38, 39 y 40 del Código de Comercio. Además, el artículo 42 del Código de Comercio establece que los comerciantes tienen la obligación de conservar cuidadosamente, en legajos y ordenados, las cartas y despachos telegráficos que recibieren, relativos a sus negociaciones.

El mismo artículo 33 del Código de Comercio también establece que las sociedades y compañías están obligadas a llevar un libro o libros de actas, en las que constarán todos los acuerdos que se refieren a la marcha y operaciones sociales, tomados por las juntas generales y los consejos de administración.

El artículo 49 del Código de Comercio establecía que el deber de conservación de tales documentos se extendía hasta cinco años después de la liquidación de todos sus negocios y dependencias mercantiles, aunque a modo de excepción también se establecía que “los documentos que conciernan especialmente a actos o negociaciones determinadas, podrán ser inutilizados o destruidos, pasado el tiempo de prescripción de las acciones que de ellos se deriven; a menos que haya pendiente alguna cuestión que se refiera a ellos directa o indirectamente, en cuyo caso deberán conservarse hasta la terminación de la misma”.

Sin embargo, respecto a las empresas privadas, dicho criterio habría variado con la entrada en vigencia del artículo 5 del Decreto Ley N° 25988, Ley de racionalización del sistema tributario nacional y de eliminación de privilegios y sobrecostos, según la modificación introducida por el artículo 1 de la Ley N° 27029, al establecer que: “los empleadores o las empresas cualquiera que sea su forma de constitución y siempre que no formen parte del Sector Público Nacional, estarán obligadas a conservar los libros, correspondencia y otros documentos relacionados con el desarrollo de su actividad empresarial, por un periodo que no excederá de 5 (cinco) años contado a partir de la ocurrencia del hecho o la emisión del documento o cierre de las planillas de pago, según sea el caso”.

Vencido el plazo, el titular podría disponer la destrucción de la mencionada documentación, con excepción de las planillas de pago y sin perjuicio de las disposiciones referidas a obligaciones en materia tributaria contenidas en el Código Tributario.

Estos temas resultan relevantes en la medida que permiten conocer los alcances que puede tener una exhibición.

3. REQUISITOS Y LIMITACIONES PARA LA EXHIBICIÓN POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y COMERCIANTES

El primer párrafo del artículo 260 del CPC establece un requisito y una limitación a la exhibición por parte de personas jurídicas y comerciantes. El requisito consiste en que el solicitante, respecto al documento cuya exhibición se solicita, precise “la idea más exacta que sea posible de su interés y del contenido”. La limitación consiste en que “los documentos tengan relación necesaria con el proceso”.

Con relación al requisito antes mencionado, coincidimos con LEDESMA en el sentido de que: “el ofrecimiento de la exhibición debe contener la específica indicación del documento, lo que no se agota en la sola indicación de ellos, sino que exige la precitación del contenido del documento o del nexo que liga a la cosa con los hechos de la causa, como una forma de permitir al juez una valoración sobre la admisibilidad y relevancia de la prueba” (LEDESMA, 2009: pp. 553-554).

Por otro lado, en cuanto a la limitación, a diferencia de los supuestos previstos en el artículo 259 del CPC que están relacionados a un aspecto subjetivo (pertenencia, incumbencia o referencia a alguna de las partes), el primer párrafo del artículo 260 del CPC limita la exhibición por parte de personas jurídicas y comerciantes a un aspecto más general: “la relación del documento con el proceso”. De esta manera, en el caso de personas jurídicas y comerciantes, la exhibición podría estar referida a las partes del proceso (aspecto subjetivo) o a la materia del proceso (aspecto objetivo). En consecuencia, por ejemplo, podría solicitarse la exhibición de documentos que tengan relación con el bien materia de un proceso, sin necesidad de que dicho documento tenga relación con alguna de las partes del proceso.

Esta limitación resulta coherente con la reserva y excepciones que establecen los artículos 45, 46 y 47 del Código Comercio. Así, por un lado, el artículo 46 del Código de Comercio establece que podrá requerirse la exhibición de los libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes en casos de liquidación, sucesión universal o quiebra; mientras que, por otro lado, el artículo 47 del Código de Comercio habilita la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes cuando “la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición” y “se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión que se ventile, siendo estos los únicos que podrán comprobarse”.

Estos asuntos resultan de vital importancia para conocer el alcance de una exhibición, así como las normas y conceptos que debe tener presente un magistrado al momento de ordenarla.

4. CUMPLIMIENTO ALTERNATIVO

Normalmente, la exhibición se cumple con la presentación del documento original que ha sido requerido por el juez. Conforme al artículo 208 del CPC, la oportunidad para exhibir el documento es la audiencia de pruebas. En el acta de la audiencia respectiva, el secretario deja constancia del contenido del documento exhibido y, concluida la audiencia, se procede con la devolución del documento a su presentante.

Sin perjuicio de lo anterior, el segundo párrafo del artículo 260 del CPC habilita un mecanismo alternativo para el cumplimiento de la exhibición, mediante la presentación de “copias completas debidamente certificadas de los documentos ordenados”. Ciertamente, con la certificación se garantiza que el documento sea una copia fiel del original y, en el mayor número de casos, se alcanza la misma finalidad.

Sin embargo, creemos que este mecanismo alternativo debería contemplar excepciones. Por ejemplo, piénsese un caso en el que se discuta la autenticidad de la firma de un contrato. En tal supuesto, la presentación de una copia certificada no sería suficiente, pues existe un criterio judicial en el sentido de que las pericias grafotécnicas deben ser practicadas necesariamente sobre los documentos originales. Así, por ejemplo, en la Casación N° 867-98-Cusco, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció: “Que, las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley” (HINOSTROZA, 2000: p. 267). Por esta circunstancia, consideramos que el juez deberá analizar el caso concreto, para decidir si permite o no la presentación de copias certificadas como alternativa para cumplir con la exhibición.

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 260 del CPC establece un caso especial de cumplimiento alternativo para los casos de documentos públicos. Según la mencionada norma, se cumple con la exhibición del documento público, “dando razón de la dependencia en que está el original”. Para comprender esta norma, conviene apuntar que el artículo 235 del CPC establece que es documento público: “1) El otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y 2) La escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia”.

En estos casos, para cumplir con la exhibición, bastará que la parte o tercero obligado señale la dependencia administrativa o notaría que cuenta con el documento original. Posteriormente, en atención a lo indicado por el tercero, corresponde que el juez traslade el requerimiento de la exhibición a la autoridad administrativa o al notario correspondiente.

5. ACTUACIÓN DE LA EXHIBICIÓN FUERA DEL LOCAL DEL JUZGADO

El traslado de los documentos genera un costo. Por tal motivo, resulta razonable que el cuarto párrafo del artículo 260 del CPC establezca que: “a pedido de parte y en atención al volumen del material ofrecido, el juez puede ordenar que la exhibición se actúe fuera del local del juzgado”.

Para la aplicación de esta norma, en primer lugar, se requiere el pedido de parte (o de tercero). Consideramos que la iniciativa de parte resulta razonable, pues la parte o tercero obligado a la exhibición es el directamente afectado y, por ende, conoce mejor los costos que implica el traslado del documento.

Por otro lado, conforme a la norma materia de comentario, el criterio para decidir si la exhibición puede actuarse dentro o fuera del local juzgado depende

del “volumen del material ofrecido”. Como se puede apreciar, se trata de un criterio cuantitativo, pues se presume que a mayor volumen o cantidad, mayor costo de traslado.

Al respecto, consideramos que este criterio resulta insuficiente, pues existen otras razones distintas al volumen del material que generan un elevado costo de traslado. Por ejemplo, piénsese en un caso que se solicita la exhibición de un elemento radioactivo o un objeto muy costoso, frágil o delicado (recuérdese que los objetos también son documentos en el significado procesal). En tal supuesto, para actuar la exhibición en el local del juzgado, sería necesario implementar una serie de condiciones de seguridad que elevarían los costos. En dicho ejemplo, el criterio para justificar una actuación fuera del local del juzgado no sería cuantitativo, sino más bien cualitativo. En este sentido, consideramos que la actuación de la exhibición fuera del local del juzgado debería ampliarse a todos aquellos supuestos en los que las circunstancias del caso lo ameriten.

Como es evidente, la evaluación que el magistrado realice en cada caso en concreto, será fundamental para tomar una decisión.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, vol. II, 2ª ed. Lima: Grijley; ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2004): *Derecho de las Personas*, 4ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2000): *Jurisprudencia de Derecho probatorio*. Lima: Gaceta Jurídica; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MONTOYA MANFREDI, Ulises (1998): *Derecho Comercial*, tomo I, 9ª ed. aumentada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2003): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si un documento sobre el se solicita exhibición atañe el fondo de la litis, y estando a que el juzgador tiene además la facultad de hacer uso de los auxilios establecidos por ley o asumidos por él mismo entre los que se encuentran los sucedáneos, resulta de suma importancia la actuación de tal medio probatorio a fin de lograr certeza respecto de los hechos alegados por las partes. En consecuencia, el juez debe proceder a realizar la exhibición señalada (*Cas. N° 2099-2003-Lima*).

de absolver la contradicción sostiene que ha aplicado al pagaré en cobranza una suma producto del remate del warrant y el resto a cancelar un sobregiro, se hace necesaria la exhibición de los documentos que acrediten el desembolso de la suma consignada en el pagaré y del acuerdo que lo sustenta (*Exp. N° 1999-2916-1998-Lima*).

El monto de la obligación proveniente del saldo deudor de la cuenta corriente, sobre el que se descargaban los débitos de la tarjeta de crédito, corresponde dilucidarse mediante la exhibición de los vouchers de consumo y de todas las operaciones de servicios que mantiene el ejecutante con el ejecutado. Resulta necesario además la exhibición de los contratos de cuenta corriente y de tarjeta de crédito citados (*Exp. N° 98-34162-1817-Lima*).

Debe ampararse la exhibición de los libros contables de la empresa ejecutante, pues el deudor puede oponer al tenedor del título las excepciones que deriven de sus relaciones personales con este. Si en la contradicción se alega la inexistencia de la relación causal, corresponde a la parte contraria acreditarla, tanto más, si a la actora por su actividad empresarial, le es factible, aportar documentos que acrediten la operación que diera lugar a la emisión y aceptación del título valor (*Exp. N° 25784-1719-1998-Lima*).

El juez que deniega la exhibición por considerar que la parte que alega un hecho debe acreditarlo debe tener en cuenta que el artículo 260 del Código Procesal Civil, refiere que la exhibición tiene por objeto la obtención de la presentación de documentos que no se encuentran en su poder y a los cuales la parte oferente no tiene acceso directo (*Exp. N° 4873-1998-Lima*).

Artículo 261

Incumplimiento de exhibición

El incumplimiento de la parte obligada a la exhibición será apreciado por el juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Si el que incumple es un tercero se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el juez.

En ambos casos, la multa se aplicará sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

CONCORDANCIAS:

C.P. art. 368; C.P.C. arts. IV, 53, 282, 293, 296; L.O.P.J. arts. 1ra. D.C.U.

Fabrizio Castellano Brunello

1. INTRODUCCIÓN

De poco o nada serviría una norma que establezca un deber si no existiesen consecuencias legales imputables a su incumplimiento. La sanción es el elemento coactivo o de coerción para que los sujetos cumplan con sus deberes. El artículo 261 del CPC precisamente regula las consecuencias derivadas del incumplimiento de la exhibición, distinguiendo entre las consecuencias aplicables a una de las partes procesales como a los terceros.

2. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO PARA LAS PARTES

El primer párrafo del artículo 261 del CPC establece que las consecuencias derivadas del incumplimiento de la parte obligada a la exhibición son: 1) la apreciación por el juez de su conducta al momento de resolver; y, 2) una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

La primera consecuencia concuerda con lo dispuesto en el artículo 282 del CPC, el cual establece que: "El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios". Ciertamente, el incumplimiento de una parte a la exhibición que ha sido solicitada por la otra parte y

admitida como prueba, constituye una notoria falta de cooperación para lograr la finalidad probatoria.

Adicionalmente, la norma en comentario establece una segunda consecuencia para la parte que incumple la exhibición del documento, consistente en una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal. Al respecto, téngase en consideración que la primera disposición complementaria y única del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por el artículo 4 de la Ley N° 26846 de fecha 27/07/1997, establece que la fijación de la Unidad de Referencia Procesal (URP) corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial. Dicha medida ha venido siendo fijada año a año aplicando el 10 % a la Unidad Impositiva Tributaria.

A diferencia de la consecuencia imponible al incumplimiento del tercero, la multa para la parte que incumple con la exhibición podrá ser impuesta una sola vez.

3. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO PARA LOS TERCEROS

Cuando el incumplimiento de la exhibición es atribuible a terceros, la consecuencia prevista en la norma consiste en una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (el mismo rango aplicable a la parte que incumple con la exhibición).

La diferencia está en que al tercero se le podrá imponer una nueva multa doblada si reincide en el incumplimiento.

4. RESPONSABILIDAD PENAL

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 261 del CPC establece que las consecuencias anteriormente comentadas serán aplicadas “sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar”.

Compartimos la opinión de CARRIÓN en el sentido de que la responsabilidad penal correspondiente sería el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad, tipificado en el artículo 368 del Código Penal (CARRIÓN, 2007: p. 127).

La norma establece expresamente que la responsabilidad penal será aplicable “en ambos casos”, entendiéndose que se hace referencia al caso del incumplimiento por una parte o al incumplimiento por tercero. Sin embargo, esta posición no es pacífica.

Así, por ejemplo, para HINOSTROZA, la responsabilidad penal no opera tratándose de una parte procesal (HINOSTROZA, 2003: p. 499).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2007): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., vol. II. Lima: Grijley; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2003): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se contraviene el debido proceso si el juez admite los medios probatorios de las partes, incluyendo la exhibición de un documento, y luego deja constancia en la audiencia de pruebas que la parte responsable no cumplió con la exhibición, pero sin requerirla para que presente el documento, expidiendo sentencia sin tener todos los elementos probatorios para resolver el conflicto de intereses (*Cas. N° 138-2003-Cajamarca*).

En cuanto a la contravención de normas que garantizan el derecho al debido proceso por recorte del derecho de prueba, afirma el recurrente que el ofrecimiento de la exhibición de documentos resulta procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil, a contrario sensu; sin embargo, esta denuncia resulta manifiestamente improcedente pues por mandato expreso del artículo setecientos del Código Adjetivo, en el proceso ejecutivo solo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia (*Cas. N° 2496-1999-Lima*).

Las pericias grafotécnicas se deben practicar en instrumentos originales, cuya exhibición debe ser ordenada por el juzgado, utilizando, de ser necesario, los apremios de ley (*Cas. N° 867-1998-Cusco*).

CAPÍTULO VI PERICIA

Artículo 262

Procedencia

La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 192 inc. 4, 258, 263, 290, 300, 307 inc. 4, 417, 591, 525; C. de P.P. arts. 65, 160, 164, 214, 228, 232, 236 a 239, 242, 259, 302; C. de C. arts. 401, 402, 405, 410, 619, 706, 837, 866, 867; C.T. arts. 62 inc. 13, 125; L.A. art. 44 inc. 1; L.R.T. art. 28; L.G.S.F. art. 344; L.G.S. arts. 228, 240; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ art. 1 y ss.

César Higa Silva

1. INTRODUCCIÓN

El artículo materia de comentario establece que, para que proceda una pericia es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

- i) Exista controversia sobre la ocurrencia de ciertos hechos en el proceso; y,
- ii) La dilucidación de esa controversia requiera de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.

2. LA EXISTENCIA DE CONTROVERSIA RESPECTO DE LA OCURRENCIA DE CIERTOS HECHOS

Con relación al primer elemento para que proceda la pericia, la controversia consiste en la existencia de dos puntos de vista contrarios entre sí respecto de la ocurrencia de un determinado hecho. Así, por ejemplo, A puede decir que “X” ocurrió, mientras que B dice que “¬X”. Esta discrepancia de opiniones da lugar a una controversia que debe ser dilucidada al interior del proceso.

Tal como será analizado al comentar el artículo 263 del CPC, la identificación clara y precisa de la cuestión controvertida resulta clave para el éxito de la prueba pericial y, en general, de cualquier tipo de prueba. En efecto, los medios probatorios son instrumentos que tienen como objetivo introducir información al proceso sobre un determinado hecho. Por esa razón, una cuestión controvertida general, abstracta o vaga no le permitirá al perito saber con exactitud hacia dónde

debe dirigir su dictamen. Si la pregunta o cuestión es, por el contrario, clara y precisa, el perito sí podrá saber cuál es la respuesta que se espera de él.

De otro lado, un punto interesante respecto a la existencia de una controversia se encuentra en si el juez puede plantear dudas sobre la ocurrencia de un determinado hecho, a pesar de que las partes no lo hayan planteado. Desde mi punto de vista, si la verdad es un valor imprescindible en el proceso, entonces si el juez tiene dudas sobre la ocurrencia de un determinado hecho, sí puede plantear que se actúe una pericia de oficio a efectos de que desaparezca la duda. En caso contrario, el juez tendría que dar por ciertos aquellos hechos respecto de los cuales no cree que hayan ocurrido, a pesar de lo cual tendría que aplicar las normas que correspondan. Sin embargo, el Derecho no puede disponer que se apliquen ciertas consecuencias jurídicas si es que no se han verificado las condiciones de aplicación de la norma, motivo por el cual considero que si el juez cree que la evidencia del caso no es suficiente para tener por cierto su ocurrencia, él podría solicitar que se actúen otras pruebas.

3. LA DILUCIDACIÓN DE LOS HECHOS CONTROVERTIDOS REQUIERE DE UN CONOCIMIENTO ESPECIALIZADO DE NATURALEZA CIENTÍFICA, TECNOLÓGICA, ARTÍSTICA U OTRA ANÁLOGA

Con relación al segundo elemento, solo se debe requerir una pericia si es que la dilucidación de la controversia requiere de un conocimiento que solo pueden tener ciertos especialistas, debido a los estudios que han realizado y al entrenamiento que hayan recibido para resolver la pregunta que se les ha formulado. Ahora bien, aquí también se plantean algunas cuestiones que resultan importantes analizar:

- a) Qué características deben tener aquellas disciplinas que pueden darnos información sobre el hecho controvertido. Con relación a este punto, no cualquier disciplina puede brindarnos información sobre la ocurrencia de un determinado hecho, sino solo aquellas que pueden ofrecernos evidencia verificable, replicable, controlable y que tengan una metodología que nos permita saber cómo llegaron a determinadas conclusiones. La idea es que las partes y el juez puedan analizar y evaluar el razonamiento que siguen los peritos al analizar cierta evidencia que les permite afirmar si un determinado hecho ocurrió o no. En caso contrario, si la disciplina no reúne esas características, el juez no debe admitir un peritaje sobre ese tipo de información.
- b) Qué características debe reunir aquella persona que puede darnos información sobre esos hechos. Lo ideal es que el perito tenga los conocimientos

y entrenamientos mínimos necesarios para poder analizar la evidencia del caso y, de esa manera, determinar si el hecho controvertido ocurrió o no. En ese sentido, no es suficiente que el perito sea licenciado en una determinada disciplina para emitir un dictamen sobre los hechos controvertidos. Si la disciplina tiene varias subdisciplinas o áreas que requieran una especialización es necesario acudir a estos especialistas, por cuanto es muy probable que ellos se encuentren actualizados en los avances de esa subárea.

En atención a lo señalado, es necesario solicitarle al perito, entre otros, sus credenciales académicas, áreas de perfeccionamiento, en qué áreas se ha desempeñado y el tiempo que ha trabajado en esas áreas. El objetivo se encuentra en verificar que el perito tiene el conocimiento y la experiencia necesaria para analizar, de manera confiable, los hechos del caso.

Desde nuestro punto de vista, solo si el perito reúne todas estas características es que se debe admitir su dictamen en el proceso. En caso contrario, se podría estar admitiendo la incorporación de una prueba de baja calidad epistémica que puede llevar a que el juez tome una decisión con un alto grado de error.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Los peritos nombrados deben poseer algún conocimiento especial de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, conforme lo prescribe el artículo 262 del Código Procesal Civil. El hecho de que el juez no haya nombrado a personas con conocimientos especiales para la labor valorizadora que se ha ordenado, se justifica precisamente en la simplicidad de dicha labor, que no requiere para su cumplimiento la aplicación de conocimientos de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga. Si los honorarios fijados por el juez no guardan relación con la labor efectuada, estos deben ser reducidos prudencialmente (*Exp. N° 451-2002-Lima*).

No procede amparar el otorgamiento de escritura si las pericias grafotécnicas actuadas en el proceso informan que la firma puesta en el contrato que se pretende elevar a escritura no corresponde al puño escribiente de su otorgante, es decir, que procede de una falsificación por imitación. La prueba pericial por su propia naturaleza es una declaración de conocimiento especializado en determinada ciencia, técnica o arte que tiene por finalidad contribuir al esclarecimiento de un hecho controvertido y brinda al juez los elementos necesarios que contribuyan a crear convicción (*Exp. N° 64317-1997-Lima*).

La prueba pericial es procedente cuando para apreciación de los hechos controvertidos se requiere de conocimientos especiales. El informe pericial tiene únicamente valor ilustrativo (*Exp. N° N-261-1997-Lima*).

Artículo 263

Requisitos

Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el juez en el número que considere necesario.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 258, 264, párr. 1, 425 inc. 5, R.ADM. 351-98-SE-TP-CME-PJ art. 22.

César Higa Silva

Una adecuada aplicación de este artículo permitirá el éxito de la prueba pericial. En efecto, para que se cumpla con la finalidad de la prueba pericial es necesario que se siga con lo siguiente:

- i) Identificación precisa sobre el punto controvertido respecto del cual deberá versar la pericia. Ello permitirá saber lo siguiente:
 - a)Cuál será el objeto de la pericia;
 - b) Si para la resolución del objeto de la pericia se requiere o no de un conocimiento especializado. De acuerdo al tipo de controversia, se podrá determinar cuál es la especialidad que puede proporcionar mejor información sobre la cuestión a resolver.
- ii) La profesión u oficio de quién debe practicarlo: es muy importante identificar qué tipo de profesional; cuál es su especialidad; grados académicos y qué experiencia tiene a efectos de determinar qué tan confiable puede ser su dictamen pericial. Ello, porque dentro de una misma disciplina pueden existir diversas especialidades y no todos los profesionales que han estudiado una misma profesión están capacitados para resolver la cuestión controvertida.

Por ejemplo, no todos los abogados se encuentran autorizados para emitir una opinión confiable sobre cualquier área del Derecho. Si la cuestión versa sobre una cuestión de procedibilidad de la acción penal, el profesional al cual debe acudir es el que se desenvuelve en el Derecho Procesal Penal o en el Derecho Penal; mas un abogado civilista no podría dar una opinión fiable sobre ese punto. Ello mismo ocurre en todas las disciplinas donde cada vez más se puede observar un creciente nivel de especialización.

De igual manera, cuanto mayor el grado de especialización; los grados académicos y el nivel de experiencia podrían garantizar un dictamen más confiable. Ciertamente, no todas las cuestiones requerirán de un alto grado de especialización, formación y experiencia, sino que ello dependerá del tipo de cuestión a resolver. Será en cada caso donde se determinará el mínimo indispensable.

iii) Al pronunciarse sobre el hecho controvertido a ser dilucidado por el perito, resultaría importante que el dictamen conste de lo siguiente:

- a) La cuestión controvertida a dilucidar. Este aspecto es importante porque determina sobre qué versará la pericia;
- b) Cuál es el marco teórico, la metodología y, si fuera el caso, instrumentos que se utilizaron para emitir opinión sobre la cuestión controvertida. La identificación clara y precisa de lo anterior permitirá que la contraparte y el juez puedan preguntar y, si fuera el caso, evaluar críticamente la solidez de la teoría utilizada por el perito; los pasos que se siguieron en la aplicación de la teoría al caso y la confiabilidad de los instrumentos utilizados para emitir el dictamen.

Con una descripción clara y precisa del marco teórico, la metodología y los instrumentos utilizados es más fácil para las partes analizar el razonamiento del peritaje o, si fuera el caso, reproducir la pericia, a efectos de evaluar si sus resultados se pueden obtener nuevamente.

Los resultados de la pericia no deben sustentarse en la autoridad del perito, sino en que sus conclusiones pueden ser obtenidas por cualquier tercero que quiera analizarlos y evaluarlos.

- c) Cuáles fueron los insumos, información o evidencia concreta que se tuvo en cuenta para emitir el dictamen pericial;

Al momento de redactar su dictamen, se le debe exigir al perito que este lo haga en un lenguaje preciso; claro, donde se evite la ambigüedad o vaguedad en sus conclusiones; y lo más simple que se pueda a efectos de que el juez y las partes lo puedan comprender.

La razón de fondo de exigirle a un perito precisión, claridad y sencillez en el marco conceptual, metodología, instrumentos, aplicación al caso concreto y en sus conclusiones se encuentra en que todas las partes puedan analizar y evaluar cada uno de los pasos que siguieron los peritos para obtener determinadas conclusiones sobre las cuestiones controvertidas y, asimismo, puedan saber cuáles fueron los criterios para analizar la evidencia utilizada para emitir su dictamen.

Tal como se mencionó, la aceptabilidad de un peritaje no es un acto de fe, sino que debe depender de la solidez de las razones ofrecidas por el perito en defender sus conclusiones.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es de carácter imperativo que la pericia ofrecida por una de las partes procesales deba contener los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia; sin embargo, es una facultad discrecional del Juez la designación del número de peritos que deberán emitir dicho dictamen, pues las normas en mención no realizan ninguna distinción en referencia al mínimo de peritos que podrían intervenir en el proceso, toda vez que nadie puede hacer distinciones donde la Ley no lo hace (*Cas. N° 704-2005-Moquegua*).

Es nula la pericia, si el juez se ha limitado a nombrar al perito para determinar el monto indemnizatorio causado a la parte accionante, sin señalar los parámetros ni las pautas para que dicho auxilio judicial pueda cumplir con la comisión encomendada, tal como se ordenó en la resolución superior; y si el perito nombrado ha considerado que para expedir su informe pericial solo la documentación obrante en autos, sin solicitarle a ninguna de las partes documentación sustentatoria o complementaria de sus pretensiones a fin que su examen se ajuste a la realidad de los hechos, afectándose de esta manera la idoneidad de la prueba” (*Exp. N° 2415-2008-Lima*).

Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC. Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (*Exp. N° 27650-1998-Lima*).

La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial constituye contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (*Cas. N° 449-1996-Ica*).

Aun cuando, efectivamente, la parte actora solicitó oportunamente la prueba pericial, que le fue admitida por el juzgado, solicitó dicha prueba con omisión de los requisitos a que se contrae el artículo doscientos sesentitrés del Código Procesal Civil, por lo que no es viable su actuación (*Exp. N° 1283-1994-Lima*).

Artículo 264 | **Perito de parte**

Las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.

Este perito podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el juez ordene.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 202, 258, 263, 266, 525; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ art. 22 y ss.

*Edward Dyer Cruzado
Luciano López Flores*

La prueba pericial es un medio probatorio que, al contener el conocimiento especializado de un profesional o de un experto en materias científicas, artísticas o que involucren el manejo de alguna técnica vinculada a un hecho controvertido, ayuda al juez a dilucidar las implicancias jurídicas relativas a dicho hecho, proveyendo un razonamiento que este no podría producir por carecer de dicho conocimiento especializado.

A su vez, el informe pericial es el documento que materializa el resultado de la actividad cognitiva especializada que brinda elementos de juicio para que sea libremente valorado por el juez. Tomando en cuenta estas definiciones conceptuales básicas, cabe plantearnos la siguiente interrogante antes de entrar al análisis exegético del artículo 264 del CPC: *¿Cuál es la finalidad de contemplar el ofrecimiento –y actuación, desde luego– de la pericia de parte?*

Al respecto, creemos que el modelo probatorio del proceso civil peruano consiste en generar convicción al juez sobre los hechos sujetos a controversia (al respecto véase el artículo 188 del CPC). Desde ese punto de vista, el ofrecimiento de prueba pericial que, por su naturaleza, importa el conocimiento especializado de la materia vinculada a los hechos controvertidos, encontrará en el peritaje de parte al instrumento que enriquecerá el ámbito de valoración de la prueba pericial “oficial” –por llamarla de alguna forma–, puesto que bien podrá coincidir con sus apreciaciones (ratificando sus resultados y conclusiones), complementar algunos ámbitos no tratados o, por el contrario, contradecir su contenido metodológico o de resultados. Todo ello, insistimos, le dará una mejor visión panorámica al juzgador sobre la materia especializada que está vinculada a los hechos controvertidos que le resultan ineludibles.

Asimismo, consideramos importante no perder de vista esta finalidad de la prueba pericial “de parte”, a efectos de descubrir las razones subyacentes a los tres requisitos de admisión contenidos en el artículo 264 del CPC materia del presente comentario.

En efecto, el primer requisito tiene que ver con la *oportunidad de ofrecimiento de la pericia de parte*. Este es un aspecto medular, puesto que la norma en comento es taxativa en condicionar la presentación del informe pericial al previo ofrecimiento de la pericia de parte “en la oportunidad debida”.

Al respecto, una pregunta cae por su propio peso: ¿Cuál sería esa oportunidad?

Coincidimos con la destacada profesora y actual magistrada del Tribunal Constitucional, Dra. Marianella LEDESMA NARVÁEZ, cuando señala que: “debe ofrecerse con la demanda o en la contestación” (2011: p. 585). Y es que, efectivamente, es en la etapa de postulación del proceso donde las partes litigantes ofrecen sus pruebas. Sin embargo, aquí es donde abrimos otra interrogante: ¿Quiere decir que si el demandante o el demandado, según sea el caso, ofrece una prueba pericial, también debiera prever la eventualidad de requerir una pericia de parte? Nosotros consideramos que sí, lo cual revela que el vigente modelo procesal de ofrecimiento de pericias opta por una “lógica de desconfianza”. Lo decimos porque desde el momento en que el legislador condiciona el ofrecimiento de una pericia de parte a que tal acto se produzca en la etapa postulatoria, entonces es evidente que obliga a los litigantes a prever que la pericia “oficial” que hubiera sido ofrecida por ellos mismos, tal vez no le será favorable en sus resultados.

Dicho de otro modo, el modelo diseñado por el legislador contempla un ofrecimiento simultáneo de pericias: la “oficial” y la de parte. Esto traería, por ejemplo, la paradoja de que el demandante sea quien ofrezca una prueba pericial y, simultáneamente, en la misma demanda, ofrezca pericia de parte, dado que de antemano no tiene forma de saber si los peritos designados por el juez (en el supuesto que la pericia sea admitida) dictaminarán a su favor. Por ello decimos que es un modelo que parte desde la desconfianza en los resultados de la pericia “oficial” ofrecida.

Ahora bien, cabe llamar la atención sobre el particular, porque un modelo menos oneroso sería aquel que contemplase la posibilidad de ofrecer la pericia de parte en caso que la pericia oficial arroje resultados desfavorables a los intereses de las partes. Sin embargo, esta racionalidad no está contemplada en el modelo elegido por el legislador. De allí que insistamos en la importancia de que los abogados litigantes tengan sumamente presente que si no ofrecieron la pericia de parte en la demanda o en la contestación, no podrán presentar el informe pericial de parte. Este será inadmisibile de plano.

Adoptando esta misma lógica nos preguntamos también si ¿resulta admisible que en los casos donde, si bien las partes no hubieren ofrecido prueba pericial alguna en la etapa postulatoria, estas puedan ofrecer pericia de parte en el supuesto en que el juez, usando su facultad de pruebas de oficio, ordene la actuación de una prueba pericial?

De acuerdo con el modelo descrito anteriormente que, entendemos, parte de la desconfianza de las partes hacia la pericia “oficial”, esto sería posible si y solo si las partes que no ofrecieron prueba pericial alguna hubiesen ofrecido prueba pericial de parte en la etapa postulatoria y hubiesen reservado la presentación del respectivo informe ante la eventualidad de que el juez ordene la pericia de oficio.

Determinado lo anterior, abordemos el segundo requisito de admisión: el plazo establecido por ley para la presentación del informe pericial de parte. La ley procesal señala que este es igual al plazo del que gozan los peritos que fueron nombrados por el juez. En otras palabras, el juez fija el plazo de presentación del informe por parte de los peritos “oficiales” y, dentro de ese mismo plazo, los peritos de parte deben presentar su informe. Esto tiene sustento en la lógica de que el juez y las partes cuenten, oportunamente, con los informes periciales a efectos de que puedan prepararse para la audiencia y realizar las observaciones que consideren pertinentes.

A su vez, el tercer requisito de admisión está referido a la forma y contenido del informe pericial de parte. La ley procesal señala que estos deben ser los mismos requisitos consagrados en el artículo 263 del CPC. De esta forma, la parte interesada en ofrecer una prueba pericial deberá indicar con precisión los puntos sobre los cuales versará el dictamen pericial, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer mediante esta prueba.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo legislativo comentado señala que el perito de parte “podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el juez ordene”. La redacción de esta norma procesal es contradictoria, en nuestra opinión, con la finalidad de la prueba pericial de parte que referimos al inicio de este comentario: enriquecer el ámbito de valoración de la prueba pericial a efectos de darle una mayor visión panorámica al juzgador sobre la materia especializada que está vinculada a los hechos controvertidos.

En efecto, si el peritaje de parte enriquece la visión del juzgador, ¿por qué el perito de parte “puede” –y no “debe”– ser citado a la audiencia?; ¿por qué se deja a la discrecionalidad del juez citar a estos peritos cuando el propio magistrado puede verse beneficiado de la posibilidad de interrogar tanto a estos como a los que él designó y, así, maximizar su propia capacidad de valorar los resultados periciales? Es más, el artículo 266 del Código Adjetivo establece como oportunidad para

observar “los dictámenes periciales” (que incluirían a los de parte) a la audiencia de pruebas, haciendo hincapié en que dichas observaciones deberán hacerse constar en el acta respectiva.

Así las cosas, creemos que esta aparente contradicción normativa puede –y debe– ser salvada mediante una interpretación constitucional del párrafo en comento, a la luz del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba; toda vez que el ofrecimiento de pericia de parte no es más que la instrumentalización del derecho fundamentales aquí mencionado.

Al respecto, en el fundamento 15 de la importantísima STC N° 06712-2005-PHC/TC (caso Magaly Medina^(*)), el Tribunal Constitucional dijo:

“15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. *Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado*” (énfasis agregado).

Como se aprecia del criterio jurisprudencial citado, el derecho a la prueba tiene en su contenido constitucionalmente protegido los siguientes elementos: i) el derecho a ofrecer la prueba; ii) el derecho a que esta sea admitida y actuada; iii) el aseguramiento de la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios; y, iv) que la prueba sea valorada de manera adecuada y con la motivación debida.

¿Cómo entonces, a la luz de estos elementos del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, se determina que el juez *deba* (y no

(*) Cfr. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>>.

“pueda”) citar al perito de parte a la audiencia respectiva? Evidentemente, porque el segundo párrafo del artículo legislativo comentado debiera interpretarse constitucionalmente de conformidad con el derecho a la actuación del medio de prueba ofrecido y admitido, puesto que este forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba.

Esta última reflexión abre la puerta a otro aspecto con el cual culminamos este estudio exegético: si cualquiera de las partes ofreció una pericia de parte y esta fue admitida y luego actuada (porque se presentó el correspondiente informe pericial en la oportunidad debida), entonces el juez queda automáticamente obligado a motivar la valoración que le merezca dicho informe pericial de parte, ya sea a favor o en contra, puesto que, tómesese en cuenta que uno de los elementos del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la prueba radica en que esta sea valorada de manera adecuada y con la motivación debida.

Es más, cabría preguntarse cuál sería la consecuencia para la sentencia judicial que, tomando en cuenta o no, el informe pericial de parte para arribar a la conclusión del caso específico, no motivase la valoración que hace de dicho elemento probatorio. En nuestra opinión y a la luz del desarrollo constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el control de resoluciones judiciales, dicho acto judicial podría ser declarado nulo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 3ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes resulten insuficientes para formar convicción, el juez puede ordenar la actuación de medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del juez, y no un imperativo, por lo que al no haberse ordenado la actuación de una prueba pericial de oficio no se ha infringido ninguna formalidad procesal, por más que se hubiera podido considerar insuficiente la pericia de parte (*Cas. N° 1804-2002-Callao*).

Para la admisión y actuación de una prueba pericial es necesario que se cumpla con las exigencias de los artículos 262 y 263 del CPC. Si solo se ha ofrecido la pericia de parte, realizada por los peritos particulares, mas no la sustentación de la misma por los autores de dicho peritaje, resulta válido que el juez proceda a admitir el peritaje, pero no la fundamentación del mismo. El ofrecimiento de la pericia implica una explicación que deberá efectuar el perito al juzgador, con claridad y precisión, sobre los puntos que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y los hechos controvertidos que se pretenden establecer con el resultado de la misma (*Exp. N° 27650-1998-Lima*).

Artículo 265

Dictamen pericial

Si los peritos están de acuerdo, emiten un solo dictamen. Si hay desacuerdo, emiten dictámenes separados. Los dictámenes serán motivados y acompañados de los anexos que sean pertinentes. Los dictámenes son presentados cuando menos ocho días antes de la audiencia de pruebas.

El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas. Por excepción, cuando la complejidad del caso lo justifique, será fundamentado en audiencia especial.

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 202, 208 inc. 1, 209, 256, 258, 270 párr. 2, 478 inc. 11, 491 inc. 10;
L.P.T. art. 28; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ art. 25.*

César Higa Silva

En un proceso se pueden solicitar los servicios de dos o más peritos para que den información sobre la ocurrencia de un determinado hecho. En este tipo de situaciones, la norma permite que los peritos puedan elaborar su peritaje de manera conjunta o, en caso exista discrepancia entre ellos, de manera separada. El dictamen deberá ser sustentado en la audiencia de pruebas respectiva.

Desde mi punto de vista, lo preferible es que cada perito elabore de manera separada su dictamen pericial, pues ello les podría dar mayor confiabilidad a las conclusiones. Si cada uno de ellos llega a las mismas conclusiones de manera independiente, lo más probable es que las conclusiones sean fiables. Ello se debería a que si cada uno analiza la evidencia del caso y llega a las mismas conclusiones es porque la evidencia apunta hacia esas conclusiones. La posibilidad de que los resultados de la pericia puedan ser producto de la casualidad o sesgos disminuye si es que varios peritos, independientes entre sí, realizan el análisis y evaluación de la evidencia del caso.

Lo anterior presupone que la metodología utilizada por cada perito es confiable. Si se ha analizado la metodología y la evidencia utilizada por el perito, y se llega a la conclusión de que la metodología y la evidencia utilizada es confiable, entonces el hecho de que dos o más peritos coincidan en sus resultados haría que esa conclusión tenga un mayor valor probatorio.

De otro lado, si una de las partes perjudicada con la pericia pretende cuestionar el resultado de las pericias tendría que indicar cuáles son los defectos en que incurre cada pericia y que dicho defecto influye en el resultado de las conclusiones.

Las críticas a los dictámenes periciales no pueden ser generales o vagas, sino que tendrían que ser directas e indicar lo siguiente:

- i) Cuál es el error en que incurrió cada pericia;
- ii) Explicar por qué ese error puede cambiar los resultados del dictamen pericial.
- iii) En caso considere que existe una mejor forma de analizar la evidencia, indicar cuál sería esa otra forma y por qué esa otra forma produciría resultados más confiables.

El objetivo de estas preguntas es evitar la crítica vaga o general, que no contribuya a la búsqueda de la verdad. No solo el juez tiene el deber de buscar la verdad, sino que las partes también tienen el deber de colaborar con esa búsqueda.

De otro lado, sí resulta importante que la pericia sea explicada en una audiencia, salvo que todos los peritos, las partes y el juez estén de acuerdo en las conclusiones de la pericia. Si la pericia ha sido analizada y evaluada por todos los actores del proceso y no existen objeciones se podría prescindir de la actuación de esa prueba en una audiencia, pero se debe asegurar que, efectivamente, los actores hayan realizado esa tarea de análisis y valoración de la prueba.

En caso de que existan objeciones, sí resulta imprescindible que se realice la audiencia a efectos de que los distintos actores puedan formular sus críticas a las pericias y estas puedan ser contestadas en esa audiencia. En esta audiencia, la actuación del juez para dirigir el debate con el objetivo de la búsqueda de la verdad resultará trascendental.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Si la pericia realizada y presentada al juzgado no ha sido actuada en diligencia complementaria, ni ha sido explicada como señala el artículo 265 del Código Procesal Civil; no se ha dado la oportunidad prevista por ley a las partes del proceso para que en la audiencia respectiva puedan formular las observaciones y reparos que creyeran por conveniente hacer, y que de ser el caso serían dilucidadas por los mismos peritos; por lo que se ha afectado el debido proceso (*Cas. N° 1836-2004-Chincha*).

El art. 267 del Código Procesal Civil, prescribe que los peritos concurrirán a la inspección judicial cuando haya relación entre uno y otro medio probatorio, según disponga el juez, de oficio o ha pedido de parte; asimismo en su art. 265 del CPC establece que el dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas, y que por excepción cuando la complejidad del caso lo justifique será explicado en audiencia especial (*Cas. N° 455-2006-Cajamarca*).

Artículo 266

Dictámenes observados

Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta.

Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el juez puede conceder un plazo complementario.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 202, 204, 209, 274.

César Higa Silva

El aspecto que me parece importante llamar la atención del artículo materia de comentario se encuentra en cómo se deben formular las observaciones a los dictámenes periciales. Según BRIDGMAN (1955) “cuando un científico se aventura a criticar el trabajo de un colega, lo cual no es raro, él no basa su crítica en brillantes generalidades como haber fallado en seguir el método científico, sino que su crítica es específica, basada en algunas características de la situación particular”.

Asimismo, HAACK (2007: p. 116) señala que:

“(…) más que criticar un trabajo como seudocientífico es mejor especificar qué exactamente está mal con el trabajo: que no es un honesto trabajo académico; que descansa en asunciones sobre respecto de las cuales no hay buena evidencia; o que son demasiado vagas para ser susceptibles de una revisión; que usa el aparato matemático, o elabora aparatos de observación, puramente decorativos, etc.”.

De lo dicho arriba, cuando una de las partes observa el dictamen pericial de la otra parte, su crítica no debe basarse en generalidades, sino que debería ser específica y concreta e indicar, al menos, lo siguiente:

- i) Cuáles y dónde se encuentran los errores cometidos por el dictamen criticado;
- ii) Por qué los puntos criticados constituirían errores;
- iii) Cómo debió realizarse ese punto o debe corregirse; y,
- iv) Se debe ofrecer evidencia sobre cada uno de los aspectos criticados.

La observación a la pericia no puede basarse en generalidades que no aporten en nada a resolver la cuestión controvertida, sino que esta debe estar dirigida a resolver dicha cuestión o, al menos, a proporcionar elementos de juicio en esa dirección. En efecto, la búsqueda de la verdad no es una cuestión que solo le corresponda al juez, sino que debe ser un deber de las partes también. Son todos los actores que participan en un proceso los que deben coadyuvar a descubrir qué ocurrió en un determinado caso para lo cual el juez debe contar con todas aquellas potestades y facultades que permitan lograr esa finalidad.

En ese sentido, críticas generales o sin sustento no aportan en nada a determinar qué sucedió en un caso, motivo por el cual el juez debe exigirle a la parte observante que especifique, concrete y desarrolle su crítica. De esta manera, el proceso también se vuelve más eficiente porque se evitan críticas sin sustento y, por el contrario, se podría obligar a las partes a que aporten mayores y mejores elementos de juicio para resolver el caso.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRIDGMAN, Percy (1955): *Reflections of a physicist*. Disponible en: <<https://www.lhup.edu/~dsimanek/bridgman.htm>>; Haack, Susan (2007): *Defending science –within reason*. New York: Prometheus Books.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La responsabilidad de la aprobación de una liquidación defectuosa recae directamente en el juez. Si de autos surgen criterios diferentes para el cálculo de los intereses legales, le corresponde acopiar a él mismo mayores elementos de juicio que le permitan aprobar o desaprobado las propuestas periciales. La pericia que ordena actualizar monetariamente la deuda a cobro no consiste en la conversión de las equivalencias de intis, intis millón y nuevos soles sino el proceso técnico de devolver a la moneda en el valor adquisitivo en el tiempo (*Exp. N° 1999-2002-Lima*).

Cuando se ofrece como medio de prueba la pericia, debe ser actuada en audiencia; por ello, se hace de conocimiento de las partes el informe pericial con la debida anticipación, a fin que las mismas puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes, siendo necesaria la concurrencia obligatoria del perito a fin que se lleve a cabo el debate pericial, conforme lo dispone el artículo 266 del CPC (*Exp. N° 1735-1998-Lima*).

Los dictámenes periciales fueron en efecto observados por la impugnante en la audiencia complementaria (...), apareciendo en el acta mencionada las absoluciones de las observaciones planteadas por los peritos, y en relación a la ampliación de las observaciones presentadas por la demandada en su escrito de fojas (...), el mismo fue proveído por resolución (...) que dispone tener presente en lo que fuere de ley; cumpliéndose con las previsiones contenidas en el artículo doscientos sesentiséis del Código Procesal Civil, no estando establecido mandato alguno de pronunciamiento a cargo del juez (*Cas. N° 2459-1999-Lima Cono Norte*).

Artículo 267

Concurrencia

Los peritos concurrirán a la inspección judicial cuando haya relación entre uno y otro medio probatorio, según disponga el juez, de oficio o a petición de parte.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 273, 274.

César Higa Silva

Esta disposición resulta importante a efectos de contrastar si lo que dice el perito se condice con la evidencia del caso. En efecto, es necesario que el propio juez, los peritos y las partes estén presentes en el lugar donde habrían ocurrido los hechos que son objeto de controversia, a efectos de verificar si lo afirmado por los peritos es posible que haya ocurrido en ese lugar. La reconstrucción del evento controvertido puede dar mejores luces al juez sobre si lo que se afirma es, o no, posible a la luz de la evidencia obrante en el caso.

Se llega a mejores resultados cuando más expuesto esté el juez a la evidencia del caso con el objetivo de evaluar cuál es la tesis de las partes mejor apoyada.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

Al haberse realizado la inspección judicial (...) sin la notificación de la parte demandada, máxime que esta se ha realizado dentro del proceso, se ha incurrido en causal de nulidad, por haberse privado del derecho de defensa (*Cas. N° 2704-97-Apurímac*).

Artículo 268 | **Nombramiento de peritos**

El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial, formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos antes señalados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 55, 56, 239, 262, 271, 273, 274, 277, 278, 606; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ art. 22; L.O.P.J. art. 274.

Luis Octavio Ganoza Álvarez

El presente artículo materia de comentario lo encontramos dentro de la Sección Tercera del Título VIII (Medios Probatorios), Capítulo VI (Pericia, arts. 262 al 271). Esta norma dispone que el órgano del Poder Judicial –en concreto el Consejo Ejecutivo de cada distrito judicial– es quien debe mantener un *staff* de especialistas a los que se podrán nombrar peritos en un proceso judicial. La designación del especialista o nombramiento del listado es de acuerdo con la pericia o su ofrecimiento y procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de los conocimientos especiales y es practicado, dando su opinión o dictamen, por el experto, el especialista o profesional con formación de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga, como reza el precedente artículo 262 del CPC.

De tal manera que los profesionales o especialistas, y quienes se reputen expertos en una materia, son incluidos en la nómina anual que es registrada por el Consejo Ejecutivo de cada distrito judicial. Esta lista es elaborada con base en la propuesta alcanzada por cada colegio profesional.

En caso de que la actuación de una prueba o pericia no requiera de un profesional universitario, es el juez quien nombra a la persona que considere idónea. Este procedimiento es igualmente aplicable cuando en la sede de los juzgados no hubiera peritos que cumplan los requisitos establecidos para ser incluidos en la nómina de peritos.

La existencia de los peritos, como órgano de auxilio judicial, y su procedimiento para su designación están regulados por diversos dispositivos legales: el artículo 274 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (TUO aprobado por D.S. N° 017-93-JUS, del 2 de junio de 1993), que establece:

“Artículo 274.- Nómina de Peritos.

Los Colegios Profesionales y las instituciones representativas de cada actividad u oficio debidamente reconocidas, remiten anualmente a la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente, la nómina de sus miembros que consideren idóneos para el desempeño del cargo de Perito Judicial, a razón de dos por cada Juzgado. Estos deben residir dentro de la circunscripción de cada Juzgado y reunir los requisitos legales para el desempeño de tal función. Las nóminas son transcritas a los Juzgados para que estos designen rotativamente, en cada caso y en presencia de las partes o de sus abogados, a quienes deban actuar. Las Cortes Superiores pueden solicitar, cuando lo consideren conveniente, se aumente el número de peritos que figuren en las nóminas”.

Mediante Resolución Administrativa N° 609-CME-PJ, publicada en *El Peruano* el 14 de abril de 1998, la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial creó el Registro de Peritos Judiciales (Repej) con la finalidad de optimizar el procedimiento de evaluación y selección de profesionales y especialistas que proponen los colegios profesionales y disponen su inscripción en un registro especializado, a efecto de que se constituyan en un real y efectivo órgano de auxilio judicial a los magistrados y un instrumento de apoyo al usuario del servicio de administración de justicia, tal como sostenía el cuarto considerando de la antedicha resolución administrativa de su creación.

Esta nómina de peritos, también conocida como Repej, está bajo la administración jerárquica del administrador de cada Corte Superior de Justicia y en este registro se inscribe a los profesionales o especialistas quienes podrán ser nombrados peritos en los procesos judiciales. Sin embargo, la organización del Repej está a cargo del gerente general del Poder Judicial y de la Gerencia de Servicios Judiciales en coordinación con los administradores de las cortes superiores de justicia.

Por Resolución Administrativa N° 351-98-SE-T-CME-PJ (publicada en *El Peruano* el 26/08/1998), se aprobó el Reglamento de Peritos Judiciales. Asimismo, por Resolución Administrativa N° 011-2000-SE-TP-CME-PJ (publicada en *El Peruano* el 08/01/2000), se aprobó el Manual de Procedimiento de Registro de Peritos Judiciales – Repej, por el que se estableció un procedimiento de ingreso y designación de los peritos en el sistema informático judicial, creado para tal fin, tomándose como referencia, para la propuesta de peritos, en primer término la información alcanzada por cada colegio profesional. En los casos que no exista un especialista en la nómina o se requiera de la participación de un profesional no universitario (no colegiado), la norma faculta nombrar a personas experimentadas para absolver la materia sometida a pericia.

La elección o designación del perito es de forma aleatoria que se toma del Repej, empero para efectivizar su participación en el proceso judicial, se debe

notificar por medio de este órgano y no directamente a su domicilio procesal, produciéndose demora hasta que acepte su designación. A ello se suma que un alto porcentaje rechaza la designación, sea por carga procesal, por distancia, o porque las actuaciones periciales involucran bajo valor patrimonial en razón de que el honorario se fijará también diminuto.

Debemos mencionar que la ley establece la forma de fijar los honorarios del perito. Lo fija el juez y se obliga al pago a la parte que pide la prueba o actuación pericial; en caso que se ordene una pericia de oficio, las partes pagarán proporcionalmente, tal como indica el artículo 271 de la norma adjetiva. No obstante ello, la negativa frecuente para aceptar el nombramiento como perito, afecta al proceso en tiempo y costos. Aspecto que debiera mejorarse uniformizando criterios o establecer una tabla de honorarios pericial y quien se encuentra en el Repej, se obliga a respetarla y aceptar la designación, con las excepciones de impedimento que establece la ley.

La norma no limita la actuación como peritos exclusivamente a personas naturales, tanto el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la constante y uniforme jurisprudencia permiten que los informes periciales los puedan formular entidades públicas, privadas o colectividades, como, por ejemplo, un laboratorio especializado para llevar adelante una prueba de ADN en casos de identidad, filiación o paternidad.

Recuérdese que el perito es un órgano de auxilio judicial y no una persona natural propiamente, de allí que el juez puede y está facultado para disponer pericias a entidades especializadas, científicas o técnicas dependiendo de la complejidad del caso. Para mayor precisión nuestro CPC señala su condición y responsabilidades en los artículos 55 y 56:

“Artículo 55.- Son órganos de auxilio judicial: el perito, el depositario, el interventor, el martillero público, el curador procesal, la policía y los otros órganos que determine la ley.

Artículo 56.- Los deberes y responsabilidades de los auxiliares de la jurisdicción civil se rigen por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las normas respectivas.

Los órganos de auxilio judicial se rigen por las leyes y demás disposiciones pertinentes”.

De otro lado pericia no es una prueba informativa, a que se refiere el precedente artículo 239 del CPC. No es un informe de hechos que existan en un registro o catálogo, tampoco corresponde a un informe de un funcionario o entidad pública sobre documentos o que describe los hechos controvertidos, sino más bien, el informe pericial consiste en una opinión o apreciación de hechos o situaciones

controvertidas que requieran ser dilucidadas por medio de conocimientos especializados, científicos, tecnológicos, artísticos u otro análogo. Precisamente, con el avance de la tecnología se presentan situaciones singulares que requieren la participación, cada vez, más de especialistas, como en los casos para determinar la firma digital.

Recientemente se ha dictado el Decreto Supremo N° 052-2008-PCM de fecha 19/07/2008, que reglamenta la Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales (28/05/2000), modificada por Ley N° 27310, en donde se alude a la participación de un perito altamente especializado para las pericias informáticas y de firmas digitales. Transcribimos su texto que nos releva de mayor comentario:

“Artículo 4.- De los documentos firmados digitalmente como medio de prueba

Los documentos electrónicos firmados digitalmente dentro del marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica deberán ser admitidos como prueba en los procesos judiciales y/o procedimientos administrativos, siempre y cuando la firma digital haya sido realizada utilizando un certificado emitido por una Entidad de Certificación acreditada en cooperación con una Entidad de Registro o Verificación acreditada, salvo que se tratara de la misma entidad con ambas calidades y con la correspondiente acreditación para brindar ambos servicios, asimismo deberá haberse aplicado un *software* de firmas digitales acreditado ante la Autoridad Administrativa Competente. Esto incluye la posibilidad de que a voluntad de las partes pueda haberse utilizado un servicio de intermediación digital.

La firma digital generada en el marco de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica garantiza el no repudio del documento electrónico original. Esta garantía no se extiende a los documentos individuales que conforman un documento compuesto, a menos que cada documento individual sea firmado digitalmente.

La comprobación de la validez de un documento firmado digitalmente se realiza en un ambiente electrónico aplicando el Software de Verificación de la firma digital. En caso de controversia sobre la validez de la firma digital, el juez podrá solicitar a la Autoridad Administrativa Competente el nombramiento de *un perito especializado en firmas digitales*, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 252, 264 y 268 del CPC.

Si el documento firmado digitalmente se ha convertido en una microforma o microarchivo, el notario o fedatario con Diploma de Idoneidad Técnica vigente cumplirá con las normas del Decreto Legislativo N° 681 y cuidará de cumplir aquellas normas que sean pertinentes de la Ley y de este Reglamento”.

Finalmente, anotamos los requisitos para ser incluidos en el Repej. De acuerdo con la norma de su creación, consisten en los siguientes: i) estar habilitado por el colegio profesional o institución representativa de su actividad u oficio; y, ii) haber aprobado el proceso de evaluación, selección y entrevista personal.

Sin embargo, cada Corte Superior anualmente publica los requisitos, tales como para peritos psicólogos:

Requisitos para los postulantes:

1. Solicitud dirigida al Decano del Colegio de Psicólogos del Perú
2. Solicitud dirigida por el profesional propuesto al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.
3. Currículum vitae documentado, que acredite experiencia mínima de cinco (5) años;
4. Copia autenticada del título profesional.
5. Constancia de colegiatura y/o habilitación correspondiente.
6. Declaración jurada de no tener antecedentes penales, judiciales, ni impedimento legal para el ejercicio profesional, ni para ejercer el cargo de perito judicial;
7. Recibo del pago por derecho de postulación en el Banco de la Nación al CÓDIGO: 07102 "Proceso de Evaluación y Selección de Peritos" (4,0338 % de la UIT) monto aproximado de S/ 159.33 soles, debiendo indicar al momento de efectuar el pago, que dicho monto será consignado a la dependencia judicial: "Administración General Distrital Judicial Lima"; el voucher debe estar debidamente acompañado al file personal de cada profesional propuesto.
8. Ficha de datos personales.
9. Dos fotografías tamaño carné.

Requisitos para peritos inscritos:

1. Solicitud dirigida al Decano del Colegio de Psicólogos del Perú.
2. Solicitud dirigida por el profesional propuesto al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.
3. Actualización de currículum vitae.
4. Constancia de habilitación correspondiente.
5. Declaración jurada de no tener antecedentes penales, judiciales, ni impedimento legal para el ejercicio profesional, ni para el ejercer el cargo de perito judicial;
6. Recibo del pago por derecho de postulación en el Banco de la Nación al CÓDIGO: 07358 "Revalidar Inscripción de Perito Judicial" (3,9793 % de la UIT) monto aproximado de S/ 156.93, debiendo indicar al momento de efectuar el pago, que dicho monto será consignado a la dependencia judicial: "Administración General Distrital Judicial Lima"; el voucher debe estar debidamente acompañado al file personal.
7. Actualización de Ficha de Datos Personales.
8. Una fotografía tamaño carné.

Ver, por ejemplo, la convocatoria anual que realiza la Corte Superior de Lima, mediante la *Convocatoria de Proceso de Evaluación y Selección de Peritos Judiciales*, que formula la Comisión de Evaluación y Selección de Peritos Judiciales, convoca al Proceso de Evaluación y Selección de Peritos para integrar la “Nomina del Registro de Peritos Judiciales - Repej” para el periodo 2016-2017.

De igual manera se formula convocatoria para otras especialidades que integran la nómina del Repej.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La falta de cumplimiento de lo dispuesto en los artículos doscientos sesentitrés, doscientos sesenticinco y doscientos sesentiocho del Código Procesal Civil relativos a la designación de peritos y a la forma en que debe actuarse la prueba pericial constituye contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso (*Cas. N° 449-1996-Ica*).

Artículo 269 | Aceptación del cargo

Dentro de tercer día de nombrado, el perito acepta el cargo mediante escrito hecho bajo juramento o promesa de actuar con veracidad. Si no lo hace, se tendrá por rehusado el nombramiento y se procederá a nombrar otro perito.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 525.

César Higa Silva

La finalidad de la norma materia de comentario es que el perito sea consciente de las consecuencias que implica participar como perito en un proceso judicial. Cabe indicar que si bien la norma indica que el perito debe actuar con veracidad, la obligación del perito también consiste en actuar con competencia profesional, esto es, debe seguir los cánones que le impone su profesión para analizar adecuadamente un caso. En caso de que actúe con descuido o imprudencia, el perito debería ser responsable por los daños que pudiese ocasionar a las partes por ese tipo de actuación.

En efecto, el perito debe ser consciente de que los procesos versan sobre los derechos de las personas o la protección de algún interés público, razón por la cual este debe realizar su dictamen pericial con el mayor cuidado y competencia que le exige su profesión.

Si en caso considera que las condiciones ofrecidas para realizar el peritaje no son las más idóneas debería indicarlo antes de aceptar el cargo, a efectos de que ello sea evaluado por el juez y, si fuera el caso, buscar la posibilidad de ofrecerle todas aquellas condiciones mínimas necesarias para realizar un buen dictamen pericial. En caso contrario, si acepta las condiciones sin plantear observación alguna, entonces se entiende que esas condiciones son suficientes para realizar bien su trabajo.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

 JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La denuncia referida a la infracción de las formas esenciales de los actos procesales, tampoco tiene sustento específico, dado a que los artículos doscientos sesentiocho y doscientos sesentinueve del Código Procesal Civil no son pertinentes a la prueba pericial actuada por el Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la cual es una entidad oficial del Estado para cumplir con este cometido, lo que la distingue de las pericias evacuadas por especialistas independientes propuestos por los colegios profesionales, cuya actuación sí se sujeta al procedimiento establecido en tales normas (*Cas. N° 649-95-La Libertad*).

Artículo 270 | **Daños y perjuicios**

Los peritos que, sin justificación, retarden la presentación de su dictamen o no concurran a la audiencia de pruebas, serán subrogados y sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal a que hubiere lugar.

En este caso, el dictamen pericial será materia de una audiencia especial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 53, 264, 265 últ. párr., 269, 478 inc. 11, 491 inc. 10; C.P. arts. 371, 395, 398, 409; C. de P.P. arts. 162, 163; L.O.P.J. art. 278; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ arts. 27 y ss.

César Higa Silva

La reflexión en el presente artículo materia de comentario se refiere a la responsabilidad profesional del perito en el ejercicio de su actividad profesional. En ese sentido, como se señaló en el análisis del artículo anterior, corresponde señalar que la actuación negligente o descuidada del perito que demore la presentación del dictamen pericial o su falta de concurrencia a la audiencia de pruebas es pasible de responsabilidad civil.

El perito debe presentar su dictamen en la fecha otorgada, a efectos de que las partes puedan analizarla y evaluarla y, si fuera el caso, formular las observaciones que consideren pertinentes. Si el perito se demora en la presentación de su dictamen, ello podría afectar la marcha del procedimiento, lo cual podría perjudicar a las partes. Si este fuera el caso, el perito debería responder por los daños que ocasione a las partes.

Ahora bien, si el perito se percata que necesitará más tiempo para elaborar su dictamen, él deberá comunicarlo al juez con la debida anticipación, el cual deberá ser evaluado a efectos de determinar su procedencia.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 271**Honorario**

El juez fija el honorario de los peritos, estando obligada al pago la parte que ofrece la prueba.

Si no lo hiciera dentro del plazo que el juez le señale, este puede ordenar que se prescinda del medio probatorio, salvo que la otra parte ofrezca efectuar el pago, con cargo a repetir.

Cuando el medio probatorio es ordenado de oficio, el honorario será pagado proporcionalmente por las partes. El incumplimiento de una parte faculta a la otra a efectuar el pago con cargo a repetición. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 527 párr. 3; C. de P.P. art. 161; L.O.P.J. art. 279; R.ADM. 351-98-SE-T-CME-PJ art. 24.

César Higa Silva

La finalidad de la norma materia de comentario es que los honorarios de los peritos sean asumidos por la parte que lo ofreció. En efecto, la realización de una pericia, por lo general, irrogará una serie de gastos que deberían ser asumidos por la parte que lo ofrece. Si esta parte se verá beneficiada con la decisión que se emita a su favor, entonces debe asumir los costos que conlleva la producción de ese medio probatorio. En caso contrario, esos costos serán trasladados al sistema de justicia y, por tanto, asumidos por todos los ciudadanos, dado que el sistema se financia en gran medida vía los impuestos.

Como regla general, no creo que existan razones para que el público asuma los costos de la defensa de una de las partes, salvo que hubiese razones de interés público que justifiquen ese traslado. Ello se podría justificar en los casos penales, familia u otros donde halla interés público en que la sociedad asuma ese costo.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2015): *Comentarios al Código Procesal Civil*, 5ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

CAPÍTULO VII INSPECCIÓN JUDICIAL

Artículo 272 | Procedencia

La inspección judicial procede cuando el juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos.

CONCORDANCIAS:

*C.P.C. arts. 188, 192 inc. 5, 208 párr. 6, 300, 505 inc. 5, 606; C. de P.P. art. 170;
C.T. art. 125; L.P.T. art. 46 inc. 5.*

Sergio Natalino Casassa Casanova

1. INTRODUCCIÓN

Este medio de prueba ha sido –y es– denominado de diversas maneras. Por ejemplo se le conocía como “vista del juzgador” (Las Partidas), “vista de ojos” o “vista ocular” o “prueba por vista” (Curia Philipica) “*inspectio*” en el Derecho romano en el periodo formulario, “reconocimiento judicial” (España), *Bewis durch Augenschein*, cuya traducción equivale a “inspección ocular” (Alemania); *vefications personelles du juge* (Francia); *ispezione giudiziale* (Italia); *prova per ispezione diretta* (Vaticano). En nuestro antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912 lo conocimos bajo la denominación de “inspección ocular”, lo cual es muy criticado por la doctrina en sentido que el juzgador percibe los hechos no solo a través del sentido de la vista. Hoy en nuestro CPC lo conocemos con el nombre de “inspección judicial”.

2. CONCEPTO Y OBJETO

Como sabemos la finalidad de los medios probatorios es acreditar los hechos expuesto por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Es por ello que entre los medios de prueba (regulados en nuestro CPC) tenemos a la “inspección judicial”, la cual consiste en la percepción por parte del juez, de una forma directa, de los hechos que son objeto de prueba.

Definitivamente no podemos limitarnos a enunciar que son las “cosas” en sentido estricto lo que puede ser objeto de ser “percibido” directamente por el juez, ya que también puede ser susceptible de “percepción directa”: lugares, cosas o personas para comprobar su estado, condición y caracteres. En sí puede ser

cualquier “hecho” (controvertido) susceptible de apreciación por medio de los sentidos, o todo aquel supuesto fáctico de una consecuencia jurídica, inclusive podríamos afirmar que se puede referir también a la persona humana, pudiendo recaer tanto sobre sus características físicas como sobre sus aptitudes mentales y cualidades.

3. CARACTERÍSTICA

Dentro de las características que tiene este medio de prueba podemos señalar, en primer lugar, que constituye una prueba de percepción, pues importa un proceso racional y pensante por parte del juez quien recibe una impresión sensorial de los hechos y a partir de ella forma convicción. En segundo lugar podemos definir qué es una prueba “judicial” ya que el juez es quien realiza directamente este medio de prueba, pues a diferencia de los demás medios probatorios, la inspección es una que se realiza “por el juez” y no que se practique “ante el juez”. Por último importa una prueba directa o inmediata pues entre el juez y el lugar, objeto o la persona a quien refiere los hechos controvertidos susceptibles de fijación a través de este medio de prueba no existe intermediario. Sin embargo, MONTERO nos comenta que precisamente esta característica es la que ha llevado a una parte de la doctrina a negar al reconocimiento la condición de verdadera prueba (MONTERO, 2011: p. 434). Según nos refiere MONTERO, lo mismo que ha servido para destacar su fuerza probatoria, la percepción directa del juez, se ha utilizado para concluir que esa percepción, al no existir algo que represente a los hechos o actos, no puede calificarse de prueba. Sin embargo PALACIO nos refiere que se trata empero de una tesis errónea, por cuanto la cosa sobre la que versa el reconocimiento no configura en sí mismo una prueba sino un instrumento probatorio del cual cabe extraer un dato (fuente de prueba) que, cotejado con los hechos controvertidos (objeto de prueba), permitirán al juez convencerse de la existencia o inexistencia de estos (PALACIO, 2011: p. 426).

Compartimos la posición de PALACIO en sentido de que si se excluye el concepto de la prueba a la percepción del juez como proceso de fijación del hecho controvertido conduciría al absurdo, advertido por WACH, de que “sería tan solo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna”. De hecho la prueba es la inspección judicial en sí y no el hecho inspeccionado, en otras palabras no se trata de que el hecho inspeccionado sea prueba en sí mismo, sino que su prueba consiste en la confirmación del juez mediante sus sentidos, y como tal existe inexorablemente una actividad probatoria. El hecho inspeccionado es el objeto de la inspección; sin que esto impida que tal hecho, a su vez, pueda servir de prueba indiciaria de otro hecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MONTERO AROCA, Juan (2011): *La prueba en el proceso civil*, 7ª ed. España: Aranzadi; Palacio, LINO E. (2011): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 20ª ed. Argentina: Abeledo Perrot.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, 10ª ed. Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En la apelación se enfatiza que la recurrida no hace una clara distinción entre un acto administrativo y un acto de administración, y sostiene que las diligencias de inspección constituyen un acto administrativo, y que no hay motivación expresa. Como ya se ha señalado en la recurrida, las referidas inspecciones son actuaciones materiales, que no pueden ser comprendidas como un acto administrativo, según el artículo 3 de la Ley N° 27444, de Procedimiento Administrativo General (*Apelación N° 1647-2007-Lima*).

Es pertinente ofrecer como medio probatorio la inspección judicial sobre el inmueble de litis y la visión de un videocasete, para acreditar las condiciones en que se encontraba el terreno antes del contrato de compraventa, cuya resolución e indemnización se demanda (*Exp. N° 3941-1998-Lima*).

Si en el curso del proceso no aparece determinada con claridad el área del predio cuyo desalojo se persigue, y si no se ha aportado ningún elemento de juicio que permita evidenciarlo, resulta necesaria la práctica de una inspección judicial a efectos de precisar la ubicación y extensión del bien subjúdice (*Exp. N° 1109-1998-Lima*).

Los medios probatorios deben admitirse en función a los puntos controvertidos materia de prueba. En acciones reivindicatorias, si la prueba pericial no presta convicción ni tiene coherencia con el punto controvertido es necesaria la actuación de una inspección judicial para que el juzgador se forme convicción (*Exp. N° 1297-1997-Lima*).

El juez debe apreciar personalmente los hechos relacionados con los puntos controvertidos. Dada la naturaleza del medio probatorio, como es la inspección judicial, no cabe legalmente que el juez de la causa encargue el cumplimiento de ella, al juez de paz (*Exp. N° 1657-1995-Lima*).

Artículo 273 | Asistencia de peritos y testigos

A la inspección judicial acudirán los peritos y los testigos cuando el juez lo ordene, con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 222, 267.

Sergio Natalino Casassa Casanova

1. LA POSIBILIDAD DE ACTUACIÓN CONJUNTA CON OTROS MEDIOS DE PRUEBA

La inspección judicial se podrá practicar simultáneamente y en un solo acto con la actuación de la prueba pericial y con la testimonial. La redacción del artículo bajo comentario daría como primera impresión que esta actuación solo se podría gestar a iniciativa del juez (de hecho el término “cuando el juez lo ordene” es muy sugerente), sin embargo, consideramos que esta actuación “conjunta” de los medios de prueba (testimonial y pericial) puede también ser propuesta a iniciativa de parte. Para lo cual, el juez deberá de señalar día y hora para realización de dichas diligencias con notificación de los peritos y testigos de ser el caso. Un ejemplo podría ser en el caso de que se ordene la inspección judicial en un proceso de interdicto de recobrar, en donde los vecinos del predio materia de proceso sean los testigos respecto de los hechos controvertidos en el referido proceso. En ese caso, y con buen criterio, se puede ordenar la actuación conjunta de la inspección judicial y citación a los testigos para que en el mismo acto presten su declaración.

No existe inconveniente alguno para la actuación –conjunta– de todos estos medios probatorios, si consideramos que la prueba pericial ha tenido que adjuntarse con anterioridad a la realización de la “audiencia especial” citada por el juez en el lugar donde se practicará la inspección judicial. En efecto, recordemos que el informe pericial debe de adjuntarse con ocho días de anticipación, a la realización del a audiencia, en donde los peritos procederán a explicitar dicho informe en presencia del juez y de las partes en una locación propicia para el debate sobre los hechos controvertidos y procurar coadyuvar a formar mejor la convicción judicial.

Inclusive puede ser propicia –en estos casos especiales– que los peritos concurren con las partes y el juez a la inspección judicial, y poder –en ese mismo acto– dejar constancia de diversas observaciones que sean registradas en el acta respectiva, que puedan ayudar –llegado el momento– a la dilucidación de la controversia.

Cuando el artículo materia de comentario refiere que dicha actuación se realizará con arreglo a las disposiciones referidas a dichos medios probatorios, vemos que la norma de remisión nos lleva a que dicho medio de prueba deberá ser actuado conforme a sus propias reglas. Dicho esto, veremos que tendremos que tener en cuenta las reglas de actuación de medios probatorios regulado en el artículo 208 del CPC. Aunque el Código no hace mención, no vemos inconveniente de que si en la misma locación se encuentran todas las partes y existiera declaración de parte por actuarse, en el mismo acto se pueda practicar dicho medio de prueba, considerando que es el último medio probatorio por actuarse y sería “inútil” culminar la “audiencia especial” para reanudarla en el despacho del juez –de acuerdo a su ajustada agenda– en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ABEL LLUCH, Xavier; PICÓ I JUNOY, Joan (2012): *La prueba de reconocimiento judicial*. Barcelona: Bosch.

Artículo 274 | **Contenido del acta**

En el acta el juez describirá el lugar en que se practica la inspección judicial, los hechos, objetos o circunstancias que observe directamente, según sea el caso, y un resumen pertinente de las observaciones de los peritos, los testigos, las partes y sus abogados.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222, 266, 272.

Sergio Natalino Casassa Casanova**1. EL ACTA Y LOS EVENTUALES ERRORES DE PERCEPCIÓN**

Como la inspección judicial es una prueba “directa” en donde el juez entra en contacto inmediato con el lugar, objeto o persona que represente los hechos en controversia, dicha percepción –a decir de nuestro CPC– se registrará en un acta donde el juez describirá el lugar en que se practica la inspección, los hechos, objetos o circunstancia que observe directamente, y un resumen de las observaciones de los peritos, testigos, partes y sus abogados. Sin embargo, un aporte –que esperamos que en algún momento se incorpore– es que se debería registrar, en especial este medio probatorio por las razones que ya hemos expuestos en los comentarios precedentes, en una grabación (audio y video) a fin de que en aquellos casos en donde el juez que practicó la inspección no sea el mismo que tenga que emitir sentencia pueda evitar un error de percepción.

Existe la posibilidad del error en este medio probatorio. En primer lugar podemos encontrar un error en la “percepción” por parte del juez, pudiendo ser este error de tipo objetivo (cuando las partes falsean de modo consciente el objeto a observar) o subjetivo (cuando el juez percibe un lugar, objeto, o persona de modo distinto al existente en la realidad).

Puede existir también un error en la “transcripción de la percepción”, si consideramos que del acto de la inspección se extiende un acta con las percepciones y apreciaciones del juez. Sin embargo, el acta suele extenderse por un auxiliar jurisdiccional quien recogiendo de viva voz las percepciones que traslada el juez en el lugar o ante el objeto, o persona a reconocer y como tal se puede trasladar y dejar constancia de percepciones erradas o errores al momento del dictado o de la transcripción que pueden distorsionar los hechos que se pretenden dejar constancia. Debemos tener en cuenta que al momento de registrar observaciones en el acta, estas deben referirse a hechos concretos y no conjeturas o conclusiones de ninguna de las partes.

Por último, puede existir un error al momento de “interpretar” el acta de inspección judicial, lo cual ocurre cuando el juez que realizó el medio de prueba es distinto al juez que tiene que valorarla para resolver. Es muy común en nuestros días, que luego de la realización de este tipo de medios de prueba se remita el expediente a un nuevo juez (sea por una descentralización de la carga procesal, la promoción del juez y el avocamiento de uno nuevo, o porque dicho medio de prueba, en forma excepcional se tuvo que realizar por exhorto), con lo cual lo registrado en el acta puede ser susceptible de mala interpretación.

Aunque registrar este medio de prueba en un sistema de videograbación no elimina –por completo– los eventuales errores de percepción, consideramos que sí los puede reducir, al punto que sirva de apoyo inclusive a los jueces superiores al momento de reexaminar la actividad probatoria (de ser el caso) para poder emitir una sentencia ajustada a los hechos y al derecho.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Al haberse realizado la inspección judicial (...) sin la notificación de la parte demandada, máxime que esta se ha realizado dentro del proceso, se ha incurrido en causal de nulidad, por haberse privado del derecho de defensa (*Cas. N° 2704-97-Apurímac*).

CAPÍTULO VIII SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Artículo 275 | Finalidad de los sucedáneos

Los sucedáneos son auxilios establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 188, 191.

Roger Zavaleta Rodríguez

1. SUCEDÁNEOS: CONCEPTO

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra sucedáneo es un adjetivo: “Dicho de una sustancia: Que, por tener propiedades parecidas a las de otra, puede reemplazarla” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: p. 2001). Solemos llamar chocolate a los preparados que mediante formatos o moldeados especiales son susceptibles de ser confundidos con el verdadero chocolate, pero no son más que sucedáneos de aquel. Otro sucedáneo es la leche en polvo. Ambos productos son sustitutos y, si bien comparten ciertas características o propiedades con los productos originales o auténticos, no tienen la misma calidad, sino una inferior.

Este concepto de sucedáneo, como elemento de suplencia y de menor nivel, se ha utilizado para caracterizar a determinados instrumentos procesales a los que el juez puede recurrir por falta de prueba directa.

Para entender mejor este punto es necesario precisar que mientras la *prueba directa* tiene por función acreditar un hecho principal; es decir, un hecho particular que puede ser subsumido en un hecho – tipo previsto en el supuesto de una norma jurídica. La *prueba indirecta* sirve para acreditar un hecho secundario; esto es, un hecho particular que si bien no se subsume directamente en el hecho – tipo, es útil para construir inferencias en virtud de las cuales se puede establecer un hecho principal. Por tanto, será relevante para efectos de la decisión todo medio probatorio cuyo objeto sea acreditar un hecho principal (relevancia jurídica) o un hecho secundario (relevancia lógica). En el primer caso, estamos frente a una prueba directa, en el segundo frente a una prueba indirecta o indiciaria. Por ejemplo, para probar que “X mató a Y disparándole un tiro en la cabeza” será relevante

la declaración del testigo Z que dice haber presenciado el evento (prueba directa), así como la pericia destinada a acreditar que “X tenía rastros de pólvora en sus manos” (prueba indirecta).

Los procesalistas se refieren a los sucedáneos de los medios probatorios en alusión a aquellos instrumentos procesales que no teniendo la calidad de medios de prueba directos, pueden suplirlos en su ausencia. En esta línea, DEVIS ECHANDÍA (1994: p. 193) anota: “El concepto de sucedáneo de prueba es útil para aplicarlo a los casos en que el juez puede recurrir a otro expediente para suplir la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, con el fin de resolver en el fondo de cuestión debatida”. Por su parte, LORCA NAVARRETE (2000: p. 779), desarrollando el concepto de presunción, sostiene: “como señala el TC la presunción solo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los medios de prueba (STC de 3 de octubre de 1986, en la Ley N° 8214-R, 1986) y, por tanto, suple a la prueba directa”.

El CPC considera como sucedáneos de los medios probatorios: (i) al indicio, (ii) la presunción legal relativa o *iuris tantum*, (iii) la presunción legal absoluta o *iuris et de iuri* (iv) la presunción judicial; y, (v) la ficción legal. Todos estos elementos son calificados como auxilios para lograr la finalidad de los medios probatorios, la cual según el artículo 188 del mismo Código consiste en acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Nuestro legislador, al considerar a estos elementos bajo el rótulo de sucedáneos de los medios probatorios y calificarlos como auxilios, parece situarlos en un escalón inferior a los medios probatorios. Bajo esta concepción, TRAZEGNIES GRANDA sostiene: “Notemos cómo el Código Procesal Civil en su artículo 191 dice que todos los medios de prueba así como sus sucedáneos son idóneos para probar. Pero idóneo no significa que son iguales. Y lo sucedáneo tiene un cierto carácter de inferioridad y de incompletitud. Más adelante el mismo autor anota: “El propio Código Procesal Civil, en su artículo 275, da a este término [sucedáneo] no el carácter de medio probatorio propiamente dicho sino de ‘auxilio’ de los medios probatorios; con lo cual deberíamos concluir que la prueba indiciaria o por presunciones (lógicas, no jurídicas) no es una verdadera prueba sino un sustituto de menor calidad disponible solo para cuando no puede encontrarse una prueba auténtica”.

2. SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS: UNA DENOMINACIÓN EQUIVOCADA

No comparto ni el uso de la locución “sucedáneos de los medios probatorios” para englobar a todos estos elementos que prevé nuestro CPC, ni la caracterización

del indicio como suplente de la prueba directa y “sustituto de menor calidad”. Del mismo modo, cuestiono la regulación del indicio y la presunción judicial como si se tratasen de categorías independientes.

En relación con lo primero, hemos visto que el término sucedáneo se refiere a un sustituto; es decir, a un elemento que por tener propiedades parecidas a otro, puede reemplazarlo. En el proceso lo auténtico y principal serían los medios probatorios típicos y atípicos; y, lo sucedáneo y auxiliar los indicios, las presunciones legales relativas y absolutas, la presunción judicial y la ficción legal.

Esta distinción es absurda, en principio, porque un medio probatorio puede acreditar tanto un hecho principal como un hecho secundario; de manera que es imposible sostener, por ejemplo, que un indicio es auxiliar o suplente de un documento (entendido como clase de medio probatorio), no solo porque no se conoce qué hecho (principal o secundario) puede probar un documento específico, sino porque, como veremos más adelante, la diferencia entre prueba directa e indirecta es solo de grado y ambas tienen por función establecer la verdad de las afirmaciones sobre los hechos.

Por otro lado, la distinción no toma en cuenta que las presunciones legales y la ficción legal son distintas de los medios probatorios y, si bien la presunción judicial constituye una inferencia probatoria construida sobre la base de indicios, definitivamente, ninguno de estos elementos puede considerarse en una categoría inferior ni como suplentes de los medios probatorios. Al respecto, téngase en cuenta que una característica esencial de los medios probatorios es que cumplen una función epistémica, consistente en corroborar o falsar una determinada hipótesis fáctica y, por tanto, en establecer la (probable) verdad de los hechos. Esto no puede sostenerse de las presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iuri*, ni de las ficciones legales, las cuales tienen carácter normativo (son reglas) y no cumplen una función epistémica, sino institucional. Dada esta distinción, es erróneo considerar a estos elementos como sucedáneos de los medios probatorios. Lo mismo vale para la prueba indiciaria, la cual puede concurrir con el razonamiento mediante prueba directa, a fin de corroborar o falsar la hipótesis fáctica.

Ciertamente, el artículo bajo comentario prescribe que los “sucedáneos” también pueden complementar el valor de los medios probatorios, sin embargo, dicha denominación –como hemos visto– coadyuva a que se mal entiendan las funciones de las categorías que comprende.

Respecto a mis cuestionamientos relativos al indicio como “hermano menor” y suplente de la prueba directa, y su regulación como una figura desconectada e independiente de la presunción judicial, me remito al comentario del artículo siguiente.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La teoría de la prueba indiciaria*, ítem 9. Disponible en: <<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.htm>>; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 10ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike; LORCA NAVARRETE, Antonio Mª. (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Dykinson; REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): *Diccionario de la Real Academia Española*, 22ª ed.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

En el establecimiento de cuentas corrientes por personas naturales y en las operaciones que se efectúe con las mismas, se presume de pleno derecho el consentimiento del cónyuge del titular de la cuenta por lo que al tratarse de una presunción legal absoluta, debe continuarse el proceso contra la cónyuge Marla Hortensia Barrenechea Calderón, a fin de cautelar su derecho al debido proceso y a la defensa, por haber sido válidamente emplazada en la demanda (*Cas. N° 1749-2002-Lima*).

Recurrir a los sucedáneos de prueba constituye una facultad del juzgador, con la finalidad de corroborar o complementar el valor de los medios probatorios, no siendo exigible acudir a ellos cuando se llega a la convicción sobre un hecho con los medios que se tiene (*Cas. N° 2783-1999-Lima*).

El artículo doscientos setentecincos del Código Adjetivo faculta a los jueces para valerse de auxilios sucedáneos para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando o complementando el valor o alcance de estos; sin embargo, el recurrente pretende que el juzgador solo puede basarse en dichos medios sucedáneos cuando han sido actuados u ofrecidos por una parte, posición errada que desconoce una potestad del juzgador (*Cas. N° 2546-99-Piura*).

La probanza para los fines de la filiación debe ser contundente, lo que no debe ocurrir tratándose de los alimentos para un hijo alimentista. La propia naturaleza de los hechos hace difícil acreditar objetivamente las relaciones íntimas que hubiera mantenido la madre con la persona contra quien se reclama los alimentos, razón por la cual se tiene que recurrir a indicios y a presunciones para llegar a la conclusión determinante sobre las relaciones imputadas (*Exp. N° 606-1998-Lima*).

Artículo 276**Indicio**

El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 275, 277, 281; C.D.I.P. art. 407; L.P.T. art. 23 inc. 23.5.

Roger Zavaleta Rodríguez

1. CÓMO RAZONAMOS CON INDICIOS: INVESTIGACIÓN Y PRUEBA DE LOS HECHOS

Al ingresar a la habitación la vio tirada al costado de la cama y amordazada. Su cuerpo estaba ensangrentado, pero no rígido. Miró su reloj y calculó que llevaba muerta no más de una hora; eran las 4:27 a.m. Notó que tenía un vestido de noche y que algunas uñas de sus manos estaban quebradas. ¿Quién pudo hacer algo así? –pensó–. Su muerte había sido muy cruel. En todos los años que llevaba como investigador criminal nunca había visto algo parecido: su rostro había sido desfigurado y tenía cortes en diversas partes del cuerpo, sobre todo en los pies. La puerta de ingreso al departamento no había sido forzada y los cajones de la cómoda tampoco. El collar y el anillo de compromiso permanecían en su cuerpo y su cartera estaba intacta. La víctima vivía sola. Él infirió que probablemente ella conocía al asesino o asesina, quien tal vez tendría rasguños o marcas de uñas en su cuerpo. El móvil: pudo ser pasional o venganza –le dijo a su asistente–.

Lo que acaba de hacer nuestro criminalista es formular una hipótesis explicativa; esto es, elaborar una conjetura provisional, pero plausible, sobre la ocurrencia de determinados hechos. Para tal efecto, ha razonado hacia atrás: ha observado ciertos indicios y se ha preguntado sobre qué los explica (BONORINO RAMÍREZ, 2014: p. 173). Su hipótesis constituye la respuesta a esa pregunta; es una proposición que pretende explicar –de manera preliminar y aún incipiente– cómo sucedieron los hechos en cuestión–. Dicho de otra forma, el hecho pasado u oculto, formulado a manera de hipótesis, es explicativo del hecho observado o percibido, dada la conexión que existe entre ambos, de tal modo que si el primero fuera cierto, sería totalmente comprensible y razonable la presencia del segundo (DE MIRANDA VÁSQUEZ, 2014: p. 199). A esta forma de razonar que va “de las pruebas a las hipótesis”, se denomina *abducción* (TUZET, 2014: p. 128). Este tipo de inferencia se ubica en el *contexto de descubrimiento* de las hipótesis y da lugar a la indagación

o investigación para la reconstrucción de los hechos del caso. Su estructura es la siguiente (GASCÓN ABELLÁN, 2014: p. 152):

E (Resultado)

H → E (Regla)

..... [Es probable que]

H (Caso)

- (i) Se observa un hecho sorprendente E (la puerta de ingreso no ha sido forzada).
- (ii) Si H fuese verdadera explicaría E (si la víctima conocía al asesino, entonces, probablemente lo hizo ingresar a su departamento; eso explica que la puerta no haya sido forzada).
- (iii) Por lo tanto, hay razones para pensar que H es verdadera.

Si la hipótesis explicativa resulta correcta, probablemente, permita la recolección de nuevas pruebas directas e indirectas que le otorguen un mayor nivel de corroboración y generen la formulación de otras hipótesis que vayan reconstruyendo los hechos del caso (IGARTÚA SALAVERRÍA, 2010: p. 139). Esto no siempre ocurre, pues un hecho puede tener múltiples explicaciones (v. gr. el hecho de que la puerta no haya sido forzada, también puede explicarse si la víctima fue obligada a abrirla, como dice FERRER BELTRÁN, 2007: p. 134: “De hecho, es lo normal que puedan formularse distintas hipótesis sobre los hechos que sean capaces de explicar los mismos datos”, por lo que no se descarta la posibilidad de que la hipótesis sea refutada por otras pruebas y deba ser sustituida por una nueva hipótesis que oriente otra línea de investigación. Lo que en ningún caso puede ocurrir es que partamos de una teoría de los hechos construida sobre la base de prejuicios, suposiciones o ideas preconcebidas para buscar su confirmación en la realidad. En este caso no existiría una abducción sino una mera especulación. Es sobre la base de los indicios que se van formulando hipótesis explicativas sobre los hechos del caso, y no al revés.

Si ya contamos con datos adicionales que nos permitan formular una hipótesis más completa sobre cómo ocurrieron los hechos, será necesario verificarla o falsarla. Esta última dimensión del razonamiento probatorio se inserta en el *contexto de justificación* de la hipótesis y se caracteriza porque va *de las hipótesis a las pruebas*. Se trata de someter “a prueba” a las hipótesis (TUZET, 2014: p. 128). Acá, a diferencia de lo que ocurre en el contexto de descubrimiento, conocemos desde el inicio el hecho que debe ser probado (*factum o thema probandum*), por lo que la labor del juez consistirá en determinar si la evidencia que obra en el proceso

fundamenta o no tal hecho, para lo cual deberá echar mano de la *inducción probabilística*, cuya estructura es la siguiente:

E \rightarrow es probable H (Regla)

E (Resultado)

..... [Es probable que]

H (Caso)

Como puede advertirse, la afirmación de que una determinada hipótesis explica uno o varios hechos sorprendentes (o sea que *HE*), que es la médula de argumento abductivo, equivale a afirmar que si ocurre ese evento, es probable que el hecho que configura la hipótesis también ocurra (o sea que E es probable H), que es la esencia de la inducción probabilística (GASCÓN ABELLÁN, 2014: p. 153). Esta situación se debe a que: "(...) el argumento abductivo es, en realidad, una inducción, que se caracteriza porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y porque tiene carácter derrotable, revisable, pues a lo que se hace referencia cuando se habla de abducción es más a la actividad de argumentar que al argumento visto como un resultado" (ATIENZA, 2013: p. 179).

Ahora bien, como en el *contexto de justificación* se evalúa el resultado, para tener por probada la hipótesis final sobre cómo ocurrieron los hechos del caso, será necesario pasar de la fase de formulación de la hipótesis a la fase de control, la cual requiere contar con un indicio necesario, o bien con indicios contingentes que sean concordantes, apunten en la misma dirección y corroboren dicha hipótesis más allá de toda duda razonable. En este punto, a diferencia de lo que ocurre en la fase de formulación de la hipótesis, deben haberse descartado otras explicaciones plausibles; de otro modo el razonamiento indiciario no tendrá suficiente fuerza probatoria para superar el estándar de prueba. Desde esta perspectiva, mientras en la fase de formulación la hipótesis se caracteriza por ser provisional y, por tanto, revisable, en la fase de control la hipótesis debe ser definitiva y, en la práctica, no derrotable.

Esta distinción entre fases, contextos, tipos de razonamiento e hipótesis permite explicar la función que en cada caso cumplen los indicios. Se habla así de una *función heurística* cuando el indicio sirve para formular una hipótesis sobre un hecho, y una *función justificativa o probatoria*, cuando el indicio (necesario) o los indicios (contingentes) sustenta(n) una conclusión sobre el *factum probandum* (TARUFFO, 2011: p. 105).

Función de los indicios	Fase	Contexto	Dimensiones del razonamiento probatorio	Hipótesis
Heurística	De formulación de la hipótesis	De descubrimiento	De las pruebas a las hipótesis	Provisional
Justificativa o probatoria	De control de la hipótesis	De justificación	De las hipótesis a las pruebas	Definitiva

Por supuesto, no cabe hacer una distinción tajante entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, pues la formulación de una hipótesis siempre debe tener en cuenta sus posibilidades de verificación. La propia definición de hipótesis explicativa que alude a una conjetura provisional, pero plausible, a partir de ciertos datos, implica una cierta racionalidad en su formulación; de manera que potencialmente pueda ser corroborada con mayores elementos de prueba que permitan presentarla como definitiva. Por ello, como bien anota GASCÓN ABELLÁN (2014a: p. 157): “(...) el proceso de descubrimiento de una hipótesis no es estrictamente independiente del proceso para su ‘validación’, pues ambos forman parte de una misma metodología inductiva”.

Ahora bien, la distinción que hemos graficado nos sirve para dar cuenta de las dimensiones del razonamiento probatorio y los problemas relativos a cada una de ellas. En la fase de formulación de la hipótesis el problema radica en cuándo está justificado formular o seleccionar una hipótesis entre las posibles. En la fase de control el problema consiste en cuándo podemos sostener que la hipótesis está probada (TUZET, 2014: p. 129). Simplificando mucho el asunto, podría decirse que en la fase de formulación la hipótesis más plausible entre las concurrentes, es aquella que logra explicar de mejor modo los datos con los que se cuenta. Esta hipótesis explicativa marca la línea de investigación e irá perfilándose conforme la investigación avanza, pero debe ser reformulada si en el camino se descubre nueva evidencia que la falsea o refuta, o bien debe ser descartada si la nueva evidencia otorga un mayor nivel de corroboración a otra hipótesis en lid. En la fase de control, como hemos indicado, la hipótesis ya no puede ser provisional, sino definitiva, lo cual exige suficiente evidencia que la apoye y, *en la práctica*, haga improbable cualquier otra explicación.

Al finalizar sus investigaciones el criminalista concluyó que su hipótesis inicial era correcta. La víctima efectivamente conocía al asesino: era su novio, Joaquín García. Ambos ingresaron al edificio a las 3:12 a.m., y a las 4:00 a.m. él salió presurosamente (video de la cámara del edificio). Preguntado sobre los rasguños en sus brazos y cuello, Joaquín sostuvo que se produjeron cuando intentó defenderse de un asalto minutos después de salir del edificio (declaración);

sin embargo, esta afirmación era incompatible con el hecho que los restos de epidermis encontrados en las uñas de la víctima, provenían de Joaquín (análisis de ADN). Además, en su auto también encontraron la corbata que llevaba la madrugada del asesinato (video de la cámara del edificio) con manchas de sangre que pertenecían a la víctima (análisis de ADN). Para el investigador criminal la evidencia indicaba, no solo que Joaquín estuvo con la víctima a la hora de su muerte, sino que él la atacó y ella intentó defenderse. Esto explica los rasguños en el cuerpo de Joaquín y los restos de epidermis hallados en las uñas de la víctima. Fue Joaquín quien apuñaló e infirió los cortes a su novia, de allí que su corbata se manchara con la sangre de ella. Joaquín era el asesino, más allá de toda duda razonable.

Una analogía que puede servir para explicar lo que ocurre con la prueba indiciaria es la del rompecabezas (DE TRAZEGNIES GRANDA; BULLARD, 2005: pp. 227-238). Al inicio pueden encontrarse unas pocas piezas (indicios) que nos dan una vaga idea de cuál podría ser la imagen. Esa idea inicial nos sirve para buscar otras piezas que vayan encajando en el cuadro. Si es correcta, iremos sumando piezas y nos formaremos una mejor idea de cuál realmente es la imagen. Llegados a un punto, aunque no tengamos todas las piezas del rompecabezas, podemos ver qué figura contiene con bastante precisión. De igual manera, los indicios en su función heurística nos sirven para formarnos una idea de qué pudo haber ocurrido y, en consecuencia, formular una hipótesis que oriente la investigación. Si la hipótesis es correcta, probablemente, avancemos en la investigación y recojamos otros indicios, hasta llegar al punto que podamos justificar cómo ocurrieron los hechos del caso, sino todos, cuando menos los relevantes para resolverlo.

El razonamiento indiciario no concierne solo al proceso civil, sino que es transversal a todo tipo de proceso o procedimiento en el que se discuta la ocurrencia de determinados hechos; por ello no sorprende que sea utilizado en resoluciones de casos penales (Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, emitida en el Exp. N° 19-2001-09-AV, caso Alberto Fujimori), civiles (Sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, Cas. N° 88-2014-Lima Sur), administrativos (véase, por ejemplo, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi N° 276-97-TDC, caso concertación del precio del pollo) y arbitrales (véase, al respecto, el laudo arbitral emitido en el proceso de indemnización seguido por Empresa Concesionaria de Electricidad Ucayali S.A. contra Rímac Internacional Cía. de Seguros y Reaseguros S.A.C. en la página de OSCE). La razón radica en que la naturaleza, estructura y criterios de corrección del razonamiento indiciario no difieren de un tipo de proceso a otro (ABEL LLUCH, 2012: p. 445). Desde esta perspectiva, lo que expondré a continuación es aplicable a cualquier tipo de controversia en la que se discuta un problema de prueba y se cuenten con hechos secundarios o periféricos que permitan inferir una determinada hipótesis fáctica.

Es pertinente advertir que el presente comentario no cubre la dimensión heurística de los indicios, sin perjuicio que la haya resaltado en estas líneas introductorias para llamar la atención en torno a que el razonamiento indiciario es útil tanto para la investigación de los hechos como para la prueba de los mismos, que las inferencias en ambos casos tienen base inductiva; y, consecuentemente, que un aspecto central en ambas dimensiones se relaciona con el papel que cumplen las generalizaciones empíricas en la formulación de la hipótesis fáctica, así como en su justificación.

2. ¿QUÉ ES INDICIO?

Cuando se habla de indicio se alude a un concepto relacional. Ningún hecho o circunstancia es un indicio por sí misma, sino cuando se conecta con otra realidad (PARRA QUIJANO, 1992: p. 7; IGARTÚA SALAVERRÍA, (s/a): p. 33). Una puerta sin rastros de haber sido forzada no significa nada y, por tanto, no merecerá nuestra atención. Sin embargo, ese dato en la escena de un crimen puede adquirir relevancia y significado, si nos permite formular una hipótesis del tipo “la víctima conocía al asesino” y, conforme avanza la investigación, ella es corroborada. Si una circunstancia no lleva a abducir nada sobre un aspecto relativo al *thema probandum*, es lógicamente irrelevante y, por tanto, no puede ser calificada como indicio (TARUFFO, 2011: p. 105). La venta de un inmueble a un familiar cercano tampoco significa nada, pero si el vendedor tenía una deuda con otra persona, el inmueble era su única propiedad, el precio pactado era ínfimo, no hubo pago en efectivo y el familiar no contaba con solvencia económica para pagar el precio de venta, ese dato, en conjunción con estos otros (indicios), adquieren significado y nos *indican* que el referido acto jurídico fue –probablemente– simulado para perjudicar el cobro del crédito (hecho presunto), pues un vendedor con real intención de venta no transfiere su único inmueble por un valor mucho menor al de mercado, sin que exista pago ni el comprador tenga posibilidades para realizarlo (máxima de la experiencia).

Como se aprecia, no existe indicio a secas, sino “indicio de...”, por ello se relaciona al acto, circunstancia o signo; es decir, al indicio (hecho conocido - comprobado) con un hecho presunto (hecho desconocido-necesitado de comprobación), en virtud de un nexo inferencial formulado en términos generales, ya sea una regla de la ciencia o una máxima de la experiencia. Esta estructura corresponde a una presunción judicial, también llamada simple u *homini*, de la que el indicio uno de sus elementos. Desde esta perspectiva, podemos decir –en palabras de TARUFFO (2002: p. 480)– que ““indicio” hace referencia al “hecho conocido” o la “fuente” que constituye la premisa de la inferencia presuntiva: así pues, es un indicio cualquier cosa, circunstancia o comportamiento que el juez considere significativo en la medida en que de él puedan derivarse conclusiones relativas al hecho a probar.

Entre presunción e indicio hay, pues, la misma diferencia que se da entre un razonamiento y la premisa de hecho que le sirve de punto de partida”. En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ (2009: p. 607) afirma: “No existen otras diferencias entre el indicio y la presunción que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. El indicio es el elemento base de la presunción y esta la actividad intelectual del juez que partiendo del indicio afirma un hecho distinto relacionado causal o lógicamente con el primero” (coincide: MUÑOZ SABATÉ, 2007: p. 241).

La prueba del indicio es indirecta, pues tiene por objeto un hecho particular que si bien no califica como el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida, por sí solo o en conjunción con otros, sí nos sirve para inferirlo, por medio de las reglas de la ciencia o la experiencia (VÁSQUEZ SOTELO, 2006: p. 67; GORPHE, 1998: pp. 203-204; PARRA QUIJANO, 1992: pp. 10-11). El indicio o hecho secundario, por tanto, es indesligable del hecho principal o presunto y la generalización que los vincula.

En nuestro CPC la referencia a esta estructura podemos observarla en el artículo 276, relativo al indicio (acto, circunstancia o signo –que conduce– al hecho desconocido), el artículo 277, que define a la presunción (hechos indicadores –que llevan– al hecho investigado), y el artículo 281, que alude a la presunción judicial (razonamiento que parte de un presupuesto acreditado –y mediante reglas de la experiencia o conocimientos del juez– contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados). Cabe precisar que los dos primeros dispositivos no aluden directamente al nexo inferencial, sin embargo, si nos preguntamos cómo los indicios “llevan” o “conducen” al juez a la certeza del hecho desconocido relacionado con la controversia, la respuesta no puede ser otra que a través de un enlace o nexo inferencial, el cual –como veremos luego– puede ser una ley científica o una máxima de la experiencia. Así las cosas, los tres dispositivos legales antes acotados regulan la misma estructura probatoria; situación que no tiene nada de extraño si se tienen en cuenta que ella está implícita en las expresiones prueba indirecta, prueba indiciaria y prueba presuntiva (GASCÓN ABELLÁN, 2014: p. 51).

Si los indicios conforman la premisa de la que parte una presunción judicial, no existe una razón técnica para su regulación en dispositivos independientes, como si se tratasen de categorías autónomas o inconexas; situación que debe ser advertida para evitar confusiones.

3. IMPORTANCIA DE LA PRUEBA POR INDICIOS

No siempre un hecho puede acreditarse mediante prueba directa. Es más, existen hechos que fundamentalmente se acreditan mediante un razonamiento indiciario, como los hechos internos (v. gr. la intención, las emociones, las creencias

y otros hechos psicológicos, como el conocimiento de ciertas circunstancias, la buena o mala fe, etc.), los cuales, al no ser externamente observables, se infieren a partir de sus manifestaciones externas o indicios. Esto no solo es reconocido por la doctrina (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: pp. 65-66; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: pp. 189-228), sino también por la ley. Por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1106, al regular el delito de lavado de activos, prescribe que el conocimiento del origen ilícito del dinero, bienes, efectos o ganancias, que tiene o debía presumir el agente del delito, podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

Pero la importancia de los indicios no se reduce a la prueba de los hechos internos; incluso cuando se tratan de los denominados hechos externos, la prueba por indicios reviste suma trascendencia. Al respecto, debe recordarse que el razonamiento probatorio es esencialmente probabilístico, por lo que se exige que la hipótesis a probar tenga el mayor nivel de corroboración posible. En tal sentido, la prueba por indicios puede complementar a la prueba directa, siendo, por tanto, erróneo considerarla como auxiliar o suplente de esta, y descartarla si existe prueba directa, cuando es claro que mientras más elementos apoyen a la hipótesis judicial, mayor será su grado de corroboración.

La relevancia de los indicios todavía es mayor en aquellos casos en los que se busca acreditar la violación de una regla que establece una prohibición, ya sea de tipo civil, administrativo o penal. Y es que, en estos casos no es extraño que el agente infractor pretenda ocultar o borrar las huellas de su acción ilícita; de manera que la determinación de los hechos del caso solo será posible por medio de la prueba indiciaria (VÁSQUEZ SOTELO, 2006: p. 68; GARCÍA CAVERO, 2010: p. 26).

En los delitos de corrupción de funcionarios, por ejemplo, se destaca que es poco frecuente que exista prueba directa, “siendo la regla el empleo de la prueba indiciaria para su probanza” (SALAS BETETA, 2012: p. 211).

Para el caso de la concertación de precios entre competidores también se afirma que la prueba indiciaria es plenamente aplicable, pues exigir que estos acuerdos se acrediten mediante prueba directa equivaldría a dotarlos de impunidad (O'NEILL DE LA FUENTE, S/A). Al respecto, en la Resolución N° 008-2010/CLC-INDECOPI se anota: “82. En los procedimientos por infracción a las normas de libre competencia, los indicios y presunciones son una herramienta particularmente importante, toda vez que las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de su conducta, suelen desarrollarla de manera que su detección sea más difícil. Muchas decisiones empresariales no son registradas por escrito o, si lo son, se usa un lenguaje del que no se puede derivar la intencionalidad o la manera en la que ocurrieron exactamente las cosas. Así, no suelen dejarse rastros de cómo sucedieron los hechos”.

En relación con la simulación del acto jurídico, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Cas. N° 4636-2013 señala: “Debe señalarse que el recurrente cuestiona que el pronunciamiento de la Sala Superior se haya basado, entre otros, en indicios. Sobre el punto debe señalarse que no hay impedimento legal alguno para una sentencia se base en la prueba indiciaria; por el contrario, los artículos 276 y 277 del CPC, expresamente admiten esta posibilidad y el uso de dichos sucedáneos probatorios son además indispensables en materia de simulación, pues precisamente un acto jurídico pretende también borrar la huellas del negocio que oculta, de allí que esa discordancia entre lo declarado y la voluntad de las partes exige valorar esta última circunstancia”.

4. ¿LA PRUEBA INDIRECTA TIENE MENOR VALOR PROBATORIO QUE LA PRUEBA DIRECTA?

Como hemos visto al comentar el artículo anterior, nuestro CPC trata a los indicios como sucedáneos y auxiliares de los medios probatorios. Pues bien, más allá que legalmente también se establezca que los sucedáneos y, consecuentemente, los indicios, pueden complementar o sustituir el valor o alcance de los medios probatorios, dicho tratamiento se vincula a la concepción consistente en que la prueba indirecta tiene un menor valor probatorio que la prueba directa y, por tanto, solo cabría recurrir a la primera como suplente, esto es, cuando ya no quepa más remedio por la falta de prueba directa que acredite el hecho en cuestión (rol subsidiario).

La distinción entre prueba directa e indirecta se establece según la relación existente entre el hecho a probar y el objeto de prueba. En tal sentido, la prueba es directa cuando versa sobre el hecho que se busca probar para que se derive la consecuencia jurídica pretendida (hecho principal), y es indirecta cuando el objeto de prueba es un hecho distinto (secundario o periférico), pero que tiene la virtud de sustentar –por sí mismo o en conjunción con otros– una inferencia o cadena de inferencias por medio de las cuales se puede acreditar el hecho principal.

Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 4278-2011-HC, f. j. 4 destaca que el razonamiento lógico de la prueba indiciaria se caracteriza porque, “si bien los hechos objeto de prueba en un proceso penal no siempre son comprobados mediante los medios probatorios directos, para lograr este cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente, sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones”. El mismo Tribunal, en la STC Exp. N° 00728-2008-HC, f. j. 24: anota: “En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un

“hecho inicial-indicio” que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final-delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”).

Así, por ejemplo, si el hecho a probar fuese que A mató a B de un disparo, el testimonio de alguien que afirma haber presenciado el evento será prueba directa, mientras que el testimonio de una persona que sostiene haber observado cómo A amenazó de muerte a B, será prueba indirecta o indiciaria.

La concepción que postula una diferente calidad epistemológica y menor valor probatorio de la prueba indirecta *versus* la directa se asienta en la idea errónea de que la primera, al tratar sobre un hecho secundario requeriría razonamientos o inferencias; mientras la segunda, al tener por objeto al hecho a probar (hecho principal), lo acreditaría espontáneamente con prescindencia de cualquier razonamiento.

Esta concepción debe ser rechazada; tanto la prueba directa como la indirecta requieren de inferencias probatorias, por lo que entre ellas no existe una diferencia ontológica, sino de grado (GONZÁLEZ LAGIER, 2005: p. 94; GASCÓN ABELLÁN, 2014: p. 48; IGARTÚA SALAVERRÍA, S/A: pp. 49-50). Siguiendo con el mismo ejemplo, la declaración del testigo T: “vi como A disparó contra B y como este cayó muerto”, no acredita por sí sola el hecho que se pretende probar. Para ello previamente debe establecerse la credibilidad del testigo T y descartar errores de percepción o memoria (GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 101), lo cual como es obvio exige desarrollar inferencias probatorias.

La simple observación de la prueba directa, sumada a la intermediación del juez, no basta para tener por acreditada una hipótesis fáctica. Como bien anota MUÑOZ SABATÉ (1997: p. 187): “eso que se llama vulgarmente observación no es de ordinario más que un resultado compuesto en el cual esta operación no entra más que en una décima parte, y las nueve restantes provienen de inferencias. (...) Metafóricamente podría decirse que la inferencia sigue a la observación como el trueno al relámpago”.

Así, pues, si tanto en la prueba indirecta como en la directa deben desarrollarse inferencias probatorias, su solidez debe valorarse siguiendo similares criterios de racionalidad epistemológica (FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2005: pp. 66-67).

Desde luego, la prueba indirecta –para que tenga sentido– no solo exige inferencias dirigidas a contrastar su fiabilidad, sino que además las requiere para conectar el hecho secundario, que constituye su objeto, con el hecho principal. Podría pensarse que la necesidad de estas últimas inferencias incide en un menor valor probatorio de la prueba indirecta, bajo la premisa que la debilidad de una prueba es directamente proporcional al número de eslabones que componen la cadena

inferencial, pues mientras más inferencias sean necesarias para probar un hecho, mayores serán las posibilidades de errar en el razonamiento. Sin embargo, aunque *prima facie* la premisa es correcta, no debe perderse de vista que el valor probatorio tanto de la prueba directa como de la indirecta, no se establece en abstracto, sino en el caso concreto y, en último término, no depende del número de inferencias utilizadas, sino de su calidad epistemológica y, en especial, de la fortaleza de las reglas inferenciales empleadas (GASCÓN ABELLÁN, 2014: p. 50).

Un ejemplo de IGARTÚA (s/a: p. 52) nos puede aclarar el panorama: “(...) el cotejo del ADN de los restos orgánicos que el forense halla en el cuerpo de la víctima con el ADN del imputado –ejemplo de prueba indiciaria–, proporciona informaciones mucho más fiables que la identificación del agresor directamente realizada por la persona agredida. De dónde, lo que finalmente cuenta es la validez de la regla con la que se construye la inferencia: fuerte si se trata de una ley lógica o científica, débil si se funda en máximas de la experiencia corriente”.

En la misma línea, VÁSQUEZ SOTELO (2006: p. 69) sostiene que el error de atribuir a las pruebas directas un mayor valor probatorio que a los indicios se debe a la confianza en la fiabilidad de las primeras, cuando es indudable que pueden ser incluso más falibles que los indicios. “Todo depende de la calidad probatoria del indicio”, afirma. Y pone un ejemplo: “(...) en el año 2004 los vecinos de un edificio venían oyendo en un domicilio fuertes discusiones entre la pareja ocupante. Un día los gritos fueron mayores que nunca, por lo que avisaron a la policía. Al llegar poco después y serles abierta la puerta, encontraron en el suelo de la cocina el cuerpo sin vida de la mujer, que había recibido múltiples puñaladas, así como a su compañero con diversas manchas de sangre y en el suelo el cuchillo utilizado para el homicidio. Nadie ha presenciado la comisión del delito. Nadie ha presenciado las puñaladas con las que el hombre mató a la mujer. No hay testigos ni documentos y puede no haber confesión del sospechoso; por lo tanto, no existe prueba directa del crimen y, sin embargo, nadie podrá tener la menor duda sobre el autor de los hechos”.

5. LOS INDICIOS SEGÚN SU FUERZA O EFICACIA PROBATORIA

No todos los indicios otorgan la misma fuerza probatoria a la presunción judicial. Se distingue así entre el *indicio necesario*, caracterizado porque conduce sin excepciones al hecho desconocido; y el *indicio contingente*, el cual puede deberse a muchas causas o ser la causa de muchos efectos (MIRANDA ESTRAMPES, 2012: p. 25; GORPHE, 1998: p. 208).

Para ser más explícito, el primero debe su denominación a su característica de ser *condición necesaria* del hecho presunto o desconocido. En este caso

el enlace es una ley científica o un enunciado de carácter general que no admite excepciones. La doctrina coloca como ejemplos: el embarazo del que se deduce la fecundación previa, o las cenizas de las que se infiere que hubo fuego (GARCÍA CAVERO, 2005: p. 96).

El indicio contingente, por su parte, constituye *condición suficiente* del hecho presunto; por ello, si bien puede ser causa del hecho desconocido, no se descarta que existan otras causas. Por ejemplo, el hecho de que X haya amenazado de muerte y jurado venganza a Y, es un móvil para el asesinato de Y, pero no implica necesariamente que X sea el asesino. En la misma línea, la característica antes anotada tampoco permite descartar que existan otras posibles explicaciones para el hecho que se reputa como indicio. Un par de ejemplos: la venta de un inmueble a un familiar no acredita por sí sola la simulación del acto jurídico, pues es probable que la venta sea real; la posesión de la cosa robada por parte de X, no acredita necesariamente que él la robó, ya que podría tratarse de un receptor.

El grado de apoyo de los indicios contingentes al hecho desconocido, hipótesis o hecho a probar, puede tener distintos grados de probabilidad. Desde esta perspectiva, IGARTÚA (s/a: pp. 54-55) distingue entre:

- i) *Indicios equiprobables.*- Conducen a dos hipótesis distintas con el mismo grado de probabilidad. Por ejemplo, en el arma homicida aparecen las huellas de X y Y, de manera que este indicio apunta indistintamente a X o a Y como autor del homicidio.
- ii) *Indicios orientados o de probabilidad prevalente.*- Conectan no solo con la hipótesis a probar, sino también con otra hipótesis alternativa, pero con un grado de probabilidad superior a favor de la primera. Por ejemplo, en el lugar del homicidio aparecen casquillos de bala de dos calibres diferentes. Este indicio permite sustentar dos hipótesis: a) participaron dos individuos en los disparos; o, b) un único individuo utilizó dos armas. Si tomamos como máxima de la experiencia el principio de economía en el comportamiento humano (“simplicidad en la explicación” y “adecuación” de medio a fin), no hay duda que debe privilegiarse a la primera hipótesis, pero no por ello queda excluida la segunda, pues bien pudo ocurrir que el atacante quiso incrementar la eficacia de su acción empuñando dos armas.
- iii) *Indicios cualificados o de alta probabilidad.*- Se caracterizan porque acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis a probar, fundamentalmente porque no se vislumbra una hipótesis alternativa; y, en caso la hubiera, solo el imputado/demandado estaría en condición de formular la contrahipótesis correspondiente. Por ejemplo, si con posterioridad al asalto a un banco, se encuentran en el interior de la caja fuerte las huellas del

imputado, quien nunca ha mantenido algún tipo de relación con la entidad bancaria, no se ve una hipótesis que pueda contraponerse a la de su participación en dicho asalto, salvo que las explicaciones del interesado confieran alguna verosimilitud a algo que no se nos ha pasado por la cabeza.

Dado que el indicio contingente constituye *condición suficiente* del hecho presunto se exigen como criterios de corrección de la inferencia probatoria: pluralidad, concordancia y convergencia de indicios, así como ausencia de contraindicios consistentes. Estos criterios serán desarrollados más adelante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Madrid: Bosch; ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta; BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (2014): “Ni deducción ni inducción: abducción”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.). Granada: Comares; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2005): “Armando rompecabezas incompletos: el uso de la prueba indiciaria”. En: *Derecho & Sociedad*, N° 25; DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos (2014): “La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.). Granada: Comares; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 10ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (2005): *Prueba y presunción de inocencia*. Madrid: Iustel; FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons; GARCÍA CAVERO, Percy (2005): *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2014): *Cuestiones probatorias*. Bogotá: Universidad Externado; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2014a). “¿Lógica del descubrimiento para las pruebas?”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.). Granada: Comares; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis; GORPHE, François (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan (2010): “Los indicios tomados en serio”. En: *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Pablo Raúl Bonorino Ramírez (editor). España: Bubok Publishing; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012): “Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal”. En: *Aequitas*, Revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, N° 1, año 1, 3ª época; MUÑOZ SABATÉ, Lluís (1997): *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis; O’NEILL DE LA FUENTE, Cecilia (s/a): “La colaboración eficaz y la libre competencia: Indecopi atrapado en el dilema del prisionero”. Disponible en: <http://www.forseti.pe/sites/default/files/oneill_1.pdf>; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, 2ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional; SALAS BETETA, Christian (2012): “La dificultad probatoria en los delitos de corrupción de funcionarios en un sistema acusatorio”. En: *Derecho probatorio contemporáneo*. Mónica María Bustamante Rúa (coord.). Medellín: Universidad de Medellín; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel

(2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta; TARUFFO, Michele (2011): "Observaciones sobre la prueba por indicios". En: *Nuevas tendencias de Derecho probatorio*. Horacio Cruz Tejada (coord.). Bogotá: Universidad de los Andes; TUZET, Giovanni (2014): "Usos jurídicos de la abducción". En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.). Granada: Comares; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis (2006): "Presunción de inocencia y prueba indiciaria". En: *Investigación y prueba en el proceso penal*. Nicolás González-Cuellar Serrano (dir.). Madrid: Colex.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No hay, en nuestra legislación, nada que impida que los indicios no puedan acreditar los hechos expuestos en la demanda; por el contrario, el artículo 276 del Código adjetivo menciona que debidamente acreditados y en conjunto "conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia" porque ellos sirven para "lograr la finalidad de los medios probatorios" (*Cas. N° 1012-2013-Lima*).

El ordenamiento jurídico establece según el artículo 1361 del CC que el contrato es el acuerdo de dos partes o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; siendo esto así el contrato no requiere de estar materializado en un documento, sino que este, cuando se presenta, constituye una prueba del acto celebrado; Que cuando no existe contrato materializado en un soporte de papel, los magistrados de mérito deben utilizar los sucedáneos de los medios probatorios, los cuales son instrumentos tendientes a resolver el conflicto intersubjetivo de intereses (*Cas. N° 1010-2003-Jaen*).

Para un hijo alimentista no cabe discutir la paternidad sino la obligación alimentaria del que debe prestar los alimentos, razón por la que tampoco se requiere de prueba tan completa como para establecer la paternidad extramatrimonial sino de elementos probatorios que al ser evaluados, persuadan al juzgador sobre las relaciones habidas del demandado con la demandante durante la época de la concepción (*Exp. N° 713-1994-Junín*).

No obstante no haberse acreditado debidamente los ingresos del demandado, sus frecuentes viajes al extranjero revelan que tiene capacidad económica suficiente para que acuda con alimentos en la proporción debida y en forma prudencial (*Exp. N° 3356-1995-Lima*).

Artículo 277**Presunción**

Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

La presunción es legal o judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. 188, 524; C.D.I.P. art. 406.

Marianella Ledesma Narváez

El CPC distingue los indicios de las presunciones. Los primeros operan como base o supuesto de hecho de las presunciones judiciales y que estas concurren en la valoración de aquellos, puesto que son principios lógicos basados en la experiencia común o en conocimientos especializados, que guían el criterio del juzgador al apreciar el mérito probatorio de aquellos.

Las presunciones se basan en lo que hay de ordinario y constante en los fenómenos físicos, síquicos, sociales y morales (reglas de la experiencia) para inferir lo ocurrido en el caso particular. A esa regla se llega por un proceso inductivo, que se apoya en la observación de casos particulares análogos; pero en la presunción de origen legal, el juez prescinde de este proceso inductivo, que está implícito en la norma.

Las características fundamentales que distinguen a una verdadera norma de presunción son:

- i) La norma debe hallarse contenida en una ley positiva, de carácter procesal y con repercusión probatoria.
- ii) Es preciso asimismo el enlace entre dos afirmaciones y que estas sean cualitativamente distintas entre sí. Pero, sobre todo, la afirmación base debe ser distinta de todas las restantes afirmaciones que concurren con la afirmación presumida para integrar el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica pretendida.

La prueba de presunciones ofrece la particularidad de no precisar procedimiento para su ejecución, pues la demostración del hecho base ha de hacerse por otro medio de prueba (documentos, testigos, etc.) y la deducción del hecho consecuencia es una operación puramente lógica o de interpretación legal que no exige formalidades procesales.

La presunción legal y judicial es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el juez deducen de su propia experiencia.

Las presunciones judiciales constituyen la regla general; las legales, la excepción. Las presunciones legales son más arriesgadas que las judiciales, porque reposan sobre un simple cálculo de probabilidades, muy expuesto a error.

Las presunciones judiciales se diferencian de las legales porque la ley las autoriza, pero no las establece especialmente. La presunción legal no existe *sine lege*; la presunción judicial, cuando es admisible por ley, puede existir siempre que la obtenga el criterio del juez.

Las presunciones legales son deducciones de carácter general que la ley hace y a las que atribuye una determinada eficacia, por ejemplo, en el caso del hijo nacido dentro del matrimonio, se presume como padre al marido. Las judiciales no están sometidas a reglas inflexibles y presentan la variedad infinita de los hechos humanos.

Por otro lado, el juez puede apreciar la presunción de la prueba aun cuando esta no sea ofrecida por las partes, pues esa especie de prueba no la requiere, ya que es el resultado del ejercicio de la función judicial, por cuanto la ley define las presunciones como la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido.

La presunción judicial es la consecuencia que el juez, según su prudente arbitrio, deduce de un hecho conocido para obtener otro desconocido.

En la presunción legal el ordenamiento jurídico establece que probados ciertos presupuestos, el juez debe tener por ciertos los hechos. Importa la prueba indiciaria impuesta por el legislador ante la evidencia judicial de determinados hechos desconocidos.

La presunción judicial deja al juzgador para que haga la inferencia, de modo que de determinados hechos por deducción llega al conocimiento de otros. Aquí el juez establece medios de examen de indicios acreditados, recurriendo a sus conocimientos, a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica, etc.

Rafael DE PINA señala que: "la prueba de presunciones se aprecia más segura que la directa. Raramente hay que esperar de los indicios el perjuicio, la falsificación, ni la parcialidad o de la venalidad en el testigo; sin embargo, el único peligro de esta prueba está en que la consecuencia que el juez obtenga pueda ser falsa, pues si los hechos no mienten, pueden en cambio ser malinterpretados; la consecuencia deducida puede ser errónea; el vicio reside, no en el indicio mismo, sino en el razonamiento del juez" (DE PINA, 1942: p. 236).

La presunción invierte la carga de la prueba. Quien invoca la presunción debe acreditar los antecedentes, los indicios alegados para que la presunción opere y al

que pretende destruir sus efectos corresponde prueba en contrario. En ese sentido, resulta coherente aceptar que la declaración del codemandado debe ser valorada como una presunción o indicio oponible al otro codemandado, si no ha sido desvirtuada por prueba en contrario. La absolución de posiciones de los codemandados debe valorarse como presunciones e indicios oponibles a otro litisconsorte.

Un pronunciamiento judicial que es corregido por el Tribunal Constitucional, por un mal manejo de la prueba indiciaria, lo encontramos en el caso Llamuja Hilares (ver STC Exp. N° 0728-2008-PHC/TC). El tribunal señaló que al haberse sustentado la sentencia condenatoria sobre la base de la prueba indirecta (prueba por indicios), esta no ha explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicitado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico ha motivado dicha conclusión. En consecuencia, al no haberse obrado de ese modo, la sentencia (ejecutoria suprema) resulta arbitraria, y, por tanto, inconstitucional. También señala el TC, que la Corte Suprema de Justicia de la República está habilitada para evaluar cualquier tipo de razonamiento contenido en la sentencia condenatoria expedida por la Sala Superior Penal, esto es, para verificar la falta de corrección lógica de las premisas o de las conclusiones, así como la carencia o incoherencia en la narración de los hechos; pero además para verificar la deficiencia en la justificación externa, incluso para resolver sobre el fondo del asunto si es que los medios probatorios o la prueba indiciaria le genera convicción, solo que en este último caso deberá cumplir con el imperativo constitucional de la debida motivación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE PINA, Rafael (1942): *Tratado de las pruebas civiles*, 3ª ed. México: Porrúa.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

En Derecho se reconocen dos clases de presunciones: La presunción absoluta, conocida como *iuris et de jure*, que no admite prueba en contrario, y la presunción relativa, *Juris tantum*, que puede ser destruida por prueba en contrario, de tal manera que surte efecto mientras no se demuestre su falsedad o inexactitud. Las presunciones son verdades legales dispuestas por la ley, que permiten establecer un hecho desconocido, a partir de un hecho conocido. Las presunciones son unas deducciones establecidas por la ley que dispensan de toda prueba adicional a los favorecidos por ellas. La presunción legal, por tanto, se establece para favorecer a personas en determinadas situaciones (*Cas. N° 1331-2004*).

Tanto las presunciones legales así como las reglas que regulan la carga de la prueba, son sucesdaneos que sirven para lograr la finalidad de los medios probatorios; por ende, son reglas que ayudan a la valoración de las pruebas (...) (*Cas. N° 3351-1999-Ucayali*).

Artículo 278

Presunción legal absoluta

Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción solo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.

CONCORDANCIA:

C.P.C. art. 190 inc. 3, 277, 283.

Marianella Ledesma Narváez

La presunción legal implica que por mandato legal se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso.

Las presunciones legales *iuris et de iure* tienen tal consistencia que más que pruebas parecen declaraciones o reglas positivas de Derecho. La ley no se dirige, en este caso, a producir en el juez un grado más o menos elevado de convencimiento. La disposición legal no vale en este caso como prueba, sino como mandato, que el juez ha de acatar teniendo por verdad lo que la ley presupone. En ese sentido, la presunción legal absoluta no es realmente una presunción, sino una ficción legal, dado que pese a tener una forma semejante a la primera, posee la esencia de esta última al no admitir prueba en contrario.

El razonamiento del juez que aplica una presunción legal parte de la regla general (implícita en la norma legal) que indica lo ordinario en esa especie de fenómenos materiales o morales y que constituye la premisa mayor (por ejemplo, el hijo de mujer casada suele tener por padre al marido de esta, por lo que se presume que así es en los casos concretos); la premisa menor es el razonamiento del juez, que le permite considerar el hecho probado como idéntico o análogo al que sirve de presupuesto a esa norma (este es un hijo de mujer casada); la conclusión es la consecuencia deductiva de aplicar aquella regla general a este caso concreto análogo o idéntico (luego este hijo es del marido de la madre). Es, pues, un razonamiento lógico basado en el principio de identidad o analogía.

Con relación a las presunciones legales, BONNIER considera que: “no siempre es posible para el hombre llegar al conocimiento perfecto de la verdad en cada caso particular, y, no obstante, las necesidades sociales no siempre le permiten suspender su juicio y abstenerse finalmente; la necesidad de seguridad y de calma para una multitud de intereses preciosos, obligan al legislador a tener por verdaderos gran número de puntos que no están demostrados, pero cuya existencia se halla probada por una inducción más o menos poderosa. El orden público, lo

mismo que el orden social, solo se funda en presunciones legales. La aptitud para ejercer ciertos derechos, para llenar ciertas funciones, solo se reconoce por medio de ciertas condiciones, determinadas a priori, siendo, evidentemente, impracticable una comprobación respecto de cada individuo. Cuando más se complican las relaciones sociales, más necesario llega a ser multiplicar estas presunciones" (cit. por DE PINA, 1942: p. 240).

En ese sentido DEVIS ECHANDÍA considera que "las presunciones legales tienen también una función sustancial y extraprocesal, muy importantes, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar y patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio, a la posesión de la tierra, al ejercicio de los derechos políticos (presunción de capacidad para su ejercicio por mayores de edad), etc. Desde este punto de vista reconocen ciertos derechos sustanciales y permiten su ejercicio extrajudicial y judicialmente (...) las judiciales cumplen exclusivamente la función procesal mencionada. Es una diferencia muy importante entre los dos tipos de presunciones, que determina la verdadera naturaleza de las primeras" (DEVIS, 1994: p. 538).

PLANIOL Y RIPERT no consideran a la presunción legal como medio de prueba. Dicen que la ley invierte el orden material de la prueba y, tomando en consideración circunstancias determinadas, dispensa de toda prueba al que reclama un derecho u opone un medio de defensa; en tal caso, el litigante no tiene nada que probar, si no es que se encuentra en el caso previsto por la ley y, ordinariamente, esta circunstancia resulta de hechos evidentes que no son negados. Se dice, entonces, que tienen una presunción legal en su favor. Por consiguiente, la presunción legal no es medio de prueba, sino la inversión legal de la carga de la prueba. El que tiene a su favor una presunción legal, solo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción.

La presunción legal y la prueba son cosas distintas. La generalidad de la primera es contraria al carácter singular del verdadero medio de prueba; por su objeto, la prueba busca formar la convicción del juez y la presunción legal dispone imperativamente tomar como cierta una deducción general fundada en un mero cálculo de probabilidades, y porque las prohibiciones o limitaciones que las presunciones establecen con relación a las deducciones de la ley exteriorizan su carácter extraprocesal y su pugna con los principios fundamentales del Derecho Probatorio.

Con relación al artículo materia de comentario, en los últimos años han aparecido algunas corrientes de pensamiento que afirman la necesidad de su derogación, entre otras razones, porque la regulación de la presunción legal absoluta es contradictoria con la noción de presunción que establece el artículo 277 del CPC. Es antitécnica no solo su ubicación sino la existencia y designación de esta mal

llamada presunción, siendo en puridad una ficción legal, la cual ya viene regulada con propiedad en el artículo 283 del CPC.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

DE PINA, Rafael (1942): *Tratado de las pruebas civiles*, 3ª ed. México: Porrúa; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, 13ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Artículo 279 | **Presunción legal relativa**

Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 912, 914; C.P.C. arts. 196, 461, 838.

Marianella Ledesma Narváez

En la presunción *iuris tantum*, o relativa, el juez acepta por cierto el hecho presumido, acreditando que sea el antecedente. La ley admite prueba en contrario. En ese sentido, hay diversos supuestos en el Derecho sustantivo que recogen este tipo de presunciones, por citar, “el poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario” (ver el art. 912 del CC) o el caso que regula el artículo 914 del CC “se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario”.

Cuando el enlace entre una afirmación base y una afirmación presumida está predeterminado y fijado por la ley nos encontramos ante una presunción legal, señala RAMOS (1992: p. 639). En ocasiones, la propia ley extrae una determinada consecuencia jurídica, seleccionándola previamente, en presencia de un determinado dato de hecho, con el fin de facilitar la prueba.

Por ejemplo, la existencia de una pared divisoria de dos edificios contiguos no prejuzga su carácter privativo de uno de los predios, sin embargo, en este caso, la ley a la vista de los dos elementos de hecho (pared divisoria + edificios contiguos) selecciona una de las consecuencias posibles en torno a su naturaleza y la establece previamente: se considera medianera. Al estar establecida por la ley, la aplicación de la norma de presunción es obligatoria para el juez, que no puede poner en duda el criterio de oportunidad escogido por el legislador.

La carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de la presunción, correspondiéndole a este acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto. Señala RAMOS MÉNDEZ que teniendo en cuenta la estructura de la presunción de la actividad de la parte puede ir encaminada a destruir la realidad de la afirmación base o bien a demostrar una consecuencia distinta de la afirmación normalmente presumida.

En el primer caso se habla de contraprueba; en el segundo, de prueba de lo contrario. Si la contraprueba tiene éxito, no podrá formarse la afirmación presumida

por carecer de los presupuestos en que se habría de apoyar. En cambio, si prospera la prueba de lo contrario, se habrá excluido, asimismo, la afirmación presumida por demostrar su irrealidad, es decir, por justificarse que positivamente ha ocurrido otra cosa distinta.

La parte favorecida por la presunción siempre tendrá que probar la realidad de la afirmación base, pero en este contenido no se diferencia del régimen de las presunciones legales y judiciales. En ambos casos es precisa la prueba del presupuesto en que se apoya la pretensión. Acreditada esta, se sigue la afirmación presumida.

La parte favorecida por una presunción legal tiene seguro dicho extremo, porque la ley lo señala previamente; en cambio, en las presunciones judiciales, solo el convencimiento del juez impone la conclusión presumida.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO (1992): *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 5ª ed. Barcelona: Bosch.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No se infringe la regla de la carga de la prueba por cuanto por imperio de la ley la buena fe se presume y a (sic) quien pretenda negar tal presunción corresponde probarla (*Cas. N° 1689-1999-Lima*).

El artículo 1374 del Código Civil establece una presunción iuris tantum de que la oferta es conocida en el momento en que esta es recepcionada, y que la prueba de que su destinatario no se encontraba en condiciones de conocer dicha aceptación, sin culpa suya, porque en ese entonces se encontraba en otro lugar, corresponde a quien alega esta afirmación (*Cas. N° 491-1999-Lambayeque*).

En la ineficacia, se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro. Esta presunción relativa produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo la parte demandada demostrar que mantiene solvencia suficiente que desvirtúe tal presunción (*Exp. N° 15676-1998-Lima*).

Cuando el pago debe efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario, tal como lo dispone el artículo mil doscientos treintiuno del citado Código Sustantivo. (...) estando a la norma acotada, el deudor puede pagar una o algunas de las prestaciones, aunque otras queden insolutas, pero el acreedor puede rechazar el pago correspondiente a una prestación, habiendo otras anteriormente vencidas y no satisfechas, sin embargo, si el acreedor recibe tal pago, otorgando el recibo respectivo, la ley presume iuris tantum, a favor del deudor, que las prestaciones anteriores también se hallan pagadas (*Cas. N° 1697-1996-Lambayeque*).

Artículo 280 | **Duda sobre el carácter de una presunción legal**

En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el juez ha de considerarla como presunción relativa.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 277, 278, 279.

Marianella Ledesma Narváez

Cuando el legislador ordena que en determinadas condiciones o ante determinados hechos se debe concluir en una calificación fáctico-legal determinada, nos encontramos ante las presunciones legales; por citar un ejemplo, se reputa como padre del hijo nacido dentro del matrimonio al marido.

Las presunciones legales son de dos tipos: la absoluta y la relativa. Si la conclusión del legislador es inevitable y no puede ser modificada en ningún caso, se dice que la presunción legal es absoluta o *iuris et de iure*; en cambio, cuando la conclusión colocada por el legislador puede ser enervada por prueba en contrario, entonces nos encontramos ante una presunción legal relativa o *iuris tantum*.

Frente a estas presunciones, la norma en comentario señala que: “en caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el juez ha de considerarla como presunción relativa”.

La mayoría de las presunciones son *iuris tantum*; sin embargo, se puede conservar en los procesos dispositivos preclusivos la presunción *iure et de iure* de cuando frente al traslado de los documentos privados acompañados por la contraria, la parte que tiene la carga de tachar no lo hace, teniéndose por verdaderos *iuris et de iure*.

Hay algunos autores que consideran a todas las presunciones procesales como *iuris tantum*. No pueden ser *iuris et de iure*, pues ellas son simples ficciones del legislador, no sustentados en ninguna regla de la experiencia, ni en los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en el sentido común, sino en la voluntad del legislador, que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta. En tal sentido, el artículo en comentario marca la prevalencia de la presunción *iuris tantum* sobre la *iuris et de iure*, pues esta última se construye sobre ficciones y no sobre realidades contrastables y verificables. La dinámica de las presunciones legales en la prueba, es esbozada por FALCÓN quien señala que: “las presunciones legales, tributarias del sistema de prueba legal, han ido cediendo en el tiempo y desapareciendo de la legislación al punto que resulta difícil encontrarlas

en toda su pureza, porque incluso en aquellos supuestos en que se conservan, la jurisprudencia les va imponiendo diversas excepciones” (2003: p. 453).



BIBLIOGRAFÍA CITADA

FALCÓN, Enrique (2003): *Tratado de la prueba*, tomo II. Buenos Aires: Astrea.



JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Es deber del juzgador exponer las razones por las cuales no le es suficiente una presunción legal de relativa verdad, y en su caso deberá precisar cuáles fueron las pruebas utilizadas como medio para acreditar los hechos que reputa como probados, con el fin de dar a conocer sus razones, poniendo así de manifiesto que no actúa arbitrariamente (*Cas. N° 2516-1999-Cono Norte-Lima*).

En la pretensión de reivindicación de bienes hereditarios, la ausencia de pruebas que desvirtúe la buena fe del adquirente conlleva la no aplicación del artículo 665 del Código Civil. La buena fe se presume, en tanto que la mala fe debe probarse. Si solo se ha adjuntado un recibo por la tasa judicial, es inadmisibile por diminuta, toda vez, que ha debido acompañarse tantos recibos como impugnantes se refiera la apelación (*Exp. N° 4231-1998-Lima*).

Artículo 281 | Presunción judicial

El razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 158, 277.

Roger Zavaleta Rodríguez

1. ESTRUCTURA DE LA PRESUNCIÓN JUDICIAL

Como hemos visto, el concepto de indicio es relacional. Esto supone que el indicio siempre va asociado a una hipótesis o hecho a probar, mediante un nexo inferencial. En nuestro ejemplo sobre la simulación del acto jurídico se advierte claramente esta estructura:

NEXO INFERENCIAL:**MÁXIMA DE LA EXPERIENCIA**

Si un vendedor tiene una deuda con un tercero y transfiere su único inmueble a un familiar, por un valor menor al del mercado, sin que exista pago en efectivo ni el comprador tenga posibilidades para realizarlo, es probable que dicho acto sea simulado para perjudicar el cobro del crédito.

AFIRMACIÓN BASE

X tenía una deuda con Y, y vendió su único inmueble a Z, quien es su hermano. El valor de venta era ínfimo, no hubo pago en efectivo y Z no tenía posibilidades de pago.

AFIRMACIÓN PRESUMIDA

Es probable que el contrato de compraventa celebrado entre X y Z haya sido simulado para perjudicar el cobro del crédito por parte de Y a X.

Por supuesto, he simplificado la inferencia respecto de la mala fe de Z. La decisión requeriría desarrollar el argumento en este extremo, aunque se encuentre implícita. Sobre el particular debe advertirse que, por lo general, los argumentos se encadenan con otros o se ramifican en subargumentos. Sin embargo, he buscado presentar la inferencia de modo muy concreto para mostrar su estructura, los elementos que la componen y la estrecha vinculación entre los mismos, al punto

que no pueden escindirse sin desvirtuar la prueba por indicios. Ello no obsta que, para efectos analíticos, los trataremos por separado.

1.1. Afirmación base

Uno o más indicios (acto, circunstancia o signo) conforman la afirmación base que servirá para probar, mediante inferencia, bien sea otro indicio o el hecho principal (SERRA DOMÍNGUEZ, 2009: p. 667). El indicio que integra la afirmación base es, por su naturaleza, un *hecho conocido*. Esta caracterización pone énfasis en la forma como el juez conoce el hecho y en la calidad epistemológica del mismo, como fuente de la presunción judicial.

El primer aspecto está dominado por las normas procesales. En este contexto, un *hecho conocido* es cualquier circunstancia de hecho que el juez conozca de los modos admitidos por las normas procesales: los hechos probados en el proceso, los hechos notorios, los hechos admitidos como verdaderos por las partes (si lo autorizan las normas que rijan el respectivo proceso); y, en general, todas las circunstancias de las que el juez tome conocimiento en el proceso, incluyendo el comportamiento de las partes. El segundo aspecto es gobernado por las denominadas *reglas de la sana crítica*, las cuales –como bien ha apuntado GONZÁLEZ LAGIER (2005: p. 80)– se identifican con los criterios de solidez de la inferencia probatoria proporcionados por la epistemología de la ciencia. En este caso se pone énfasis en la necesidad de que el indicio ofrezca una base cognitiva sólida para fundamentar la presunción judicial; de otro modo el resultado que se presenta como hipótesis no sería más que una conjetura o una mera especulación.

No es posible identificar *a priori*, las circunstancias, signos o hechos conocidos que puedan ser considerados como indicadores de otros hechos desconocidos. Toda circunstancia, en el sentido amplio del término, puede servir como fuente de una presunción judicial, con la única condición que sea relevante para la determinación de un hecho controvertido. Acá entra en juego el criterio de relevancia de los medios probatorios y los enunciados relativos a las circunstancias o hechos secundarios que con ellos se pretende acreditar.

La relevancia es un estándar lógico que sirve de presupuesto para la admisión de un medio probatorio: solo deben admitirse los medios probatorios relevantes; es decir, aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos del litigio, de manera que puedan ofrecer una base cognitiva para establecer la verdad de tales hechos. En consecuencia, será relevante todo medio probatorio que, en el supuesto que acreditase los hechos con los cuales se conecta, incidiera –de algún modo– en el resultado de la decisión judicial.

En el caso de la prueba indirecta, la relevancia es lógica, pues, como su objeto es el hecho secundario debemos contar con un enlace o criterio lógico que nos permita inferir el hecho principal. En este contexto, el *juicio de relevancia* exige, primero, que explicitemos cuál es el hecho secundario que pretendemos acreditar con la prueba indirecta; y, segundo, cómo ese hecho guarda conexión con el hecho principal. Esto, como es obvio, exige que se exponga el razonamiento indiciario. Solo así el juez podrá conocer y evaluar si la prueba indirecta y el hecho o circunstancia que constituye su objeto son pertinentes para resolver la controversia.

1.2. Afirmación presumida

La conclusión de la presunción judicial es un enunciado relativo a un hecho distinto del que le sirve de base, pero conectado con él. Esta conclusión o afirmación presumida puede ser: (i) necesaria, si el nexo entre ambos elementos es una regla general que no admita excepciones, en cuyo caso la inferencia será deductiva; o, (ii) probable, si el enlace es una generalización que admite excepciones; supuesto en el cual la inferencia tendrá la estructura de una inducción probabilística. Por lo general, el razonamiento indiciario es inductivo, por lo que el valor probatorio de la conclusión es relevante para establecer si logra superar el estándar de prueba que rija en el respectivo proceso.

La doctrina caracteriza a la afirmación presumida como un *hecho desconocido* en oposición al *hecho conocido* que le sirve de base. Se busca así resaltar que mientras el *hecho conocido* debe estar plenamente acreditado, el *hecho desconocido* es el hecho a probar que se obtiene mediante una presunción judicial. La distinción entre ambos elementos debe ser precisada para evitar confusiones. Es cierto que el hecho presunto es el resultado de una inferencia probatoria que nos lleva a conocer algo nuevo o no conocido antes de ella. Sin embargo, nada obsta para que ese hecho –hasta ese momento desconocido– pueda servir como premisa de otra presunción judicial. Desde esta perspectiva, el *hecho desconocido* en una presunción judicial puede ser –ya como resultado de aquella presunción– el *hecho conocido* en una subsiguiente presunción. Parece paradójico, pero no lo es si se tiene en cuenta que la distinción se sustenta en que toda inferencia nos lleva de un hecho conocido a otro hecho desconocido. Es claro, entonces, que esta distinción se formula desde un punto de vista lógico y en el marco de una sola presunción judicial, lo cual desde luego no excluye que el juez pueda desarrollar una cadena de inferencias en la que un indicio pueda ser acreditado por medio de una inferencia con base en otro indicio. Sobre este punto regresaremos más adelante.

1.3. El nexo inferencial

Para pasar de la afirmación base a la afirmación presumida se requiere de un enunciado de carácter general que sirva de enlace entre ambas. Este elemento dota de sentido al *hecho conocido* como indicador de la existencia (o inexistencia) del *hecho presunto*; asimismo, incide en el grado de corroboración de este último. En pocas palabras, el nexo inferencial determina la relevancia lógica y la fuerza probatoria del indicio respecto del hecho presunto. Sin nexo inferencial no hay posibilidad alguna de razonamiento probatorio.

El enlace de la inferencia probatoria es una generalización o una regla cuya función consiste en describir regularidades que pueden ocurrir en el mundo (regla descriptiva). Al respecto, afirma SCHAUER (2004: p. 76):

“Al emplear reglas descriptivas informamos o explicamos una regularidad o uniformidad. El uso de una regla descriptiva presupone, pues, una multiplicidad de casos, siendo lo que distingue a las reglas descriptivas de las observaciones singulares su carácter general en lugar de particular. Es verdad que ayer fui caminando a mi oficina, pero es verdad en un sentido diferente decir que *regularmente* voy caminando a mi oficina. Observar que ‘los Alpes, por regla, están cubiertos de nieve en mayo’ no es lo mismo que observar una cumbre de los Alpes nevada. Afirmar la existencia de una regla descriptiva implica necesariamente generalizar. No existen reglas para casos particulares”.

Nosotros, como integrantes del mundo, tomamos contacto con individuos concretos o particulares –esta persona, ese carro, tal oficina, aquellas palabras, este perro, etc.–, pero solemos guiar nuestro comportamiento, presumir el comportamiento de otros y adoptar decisiones, sobre la base de una regla o patrón que generaliza la relación entre los individuos y sus circunstancias. Esas regularidades se fijan a partir de observaciones singulares que, debido a su frecuencia y uniformidad, luego se generalizan para casos tipo. La generalización, por tanto, otorgará mayor fuerza probatoria a la hipótesis fáctica cuanto mayor sea la base observada y menores sean las excepciones a la regla. Se distinguen así –*grosso modo*– a las generalizaciones que tienen una validez absoluta y universal; de modo que si se da X, entonces, necesariamente se concluye Y (leyes científicas); de otras que admiten excepciones y, por tanto, si se da X, entonces, es probable que ocurra Y (máximas de la experiencia).

El tipo de inferencia que puede formularse y, sobre todo, el grado de confirmación de la hipótesis, dependen del tipo de enlace que se utilice (TARUFFO, 2002: pp. 271-273). Cuanto mayor fundamento tenga enlace, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis; y, a la inversa, cuanto menor fundamento posea el enlace, menor será el grado de confirmación de la hipótesis. Así, desde

la perspectiva del fundamento del enlace, podemos distinguir varias situaciones (la clasificación corresponde a TARUFFO, 2009: pp. 439-453; 2010: pp. 237-239):

i) *Generalizaciones que corresponden en realidad a leyes científicas de carácter universal*

Estas generalizaciones tienen su fundamento en conocimientos científicos confirmados, aunque estén expresadas en un lenguaje ordinario. Por ejemplo, nosotros sabemos –porque forma parte de nuestra experiencia– que todos los cuerpos pesados caen de arriba hacia abajo, aunque la Ley de la Gravitación sea más precisa y esté formulada como un *enunciado universal* (TARUFFO, 2010: p. 238).

Una generalización es universal cuando, sin excepciones, correlaciona todos los supuestos de un caso con determinadas propiedades, como ocurre con la Ley de la Gravitación o la ley “todos los metales se dilatan con el calor”. Estamos ante generalizaciones que se fundan en conocimientos que se consideran válidos para todos los casos posibles. Este tipo de enlaces pueden dar lugar a la inferencia que HEMPEL definió como “nomológico-deductiva”, refiriéndose a aquella cuya estructura deductiva tiene como premisa mayor a una ley de validez universal, de la cual podía derivarse una conclusión necesaria (MENDONCA, 1997: p. 194).

Podría pensarse que este tipo de inferencias son infalibles, dado que sus conclusiones son necesarias; sin embargo, conviene separar las cuestiones lógicas de las epistemológicas, recordando que la validez de un argumento deductivo no tiene que ver con el contenido de sus premisas, sino con su forma. En consecuencia, incluso una inferencia cuya premisa mayor sea una ley universal, puede dar como resultado una conclusión falsa, si los enunciados sobre los hechos particulares son falsos. La coartada, por ejemplo, se presenta como un argumento sólido por la ley universal en la que se apoya (nadie puede estar al mismo tiempo en dos lugares) y su forma lógica (*modus tollens*); sin embargo, a pesar de su validez lógica, puede ser un argumento falso, si se demuestra que el acusado no estaba en el lugar que indica, a la hora que ocurrió el hecho delictivo (GASCÓN ABELLÁN, 2004: pp. 99-100).

ii) *Cuasigeneralizaciones*

Se trata de enlaces que si bien no corresponden a generalizaciones de carácter universal, tienen un alto grado de probabilidad, confirmado por una elevada frecuencia estadística. La conclusión que se deriva de este tipo de enlaces no es la de una certeza deductiva, pero sí puede considerarse dotada de certeza práctica. En este caso la inferencia sería *cuasinomológica-deductiva* y su conclusión puede considerarse dotada de una certeza práctica.

iii) *Generalizaciones que expresan la “normalidad” de ciertos acontecimientos o conductas*

Este tipo generalizaciones se refieren a lo que normalmente o con cierta habitualidad ocurre en determinadas situaciones: “si sucede A normalmente ocurre B”. Aluden al comportamiento normal o esperado ante una situación específica. Por su naturaleza, admiten excepciones y pueden ser falsadas, de modo que su fiabilidad debe ser evaluada caso por caso. A esta clase de generalizaciones nos referimos cuando hablamos de *máximas de la experiencia*.

En su clásica definición, STEIN (1999: p. 27), caracteriza a las máximas de la experiencia del siguiente modo: “Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos” (véase también: MUÑOZ SABATÉ, 1997: p. 191).

Las máximas de la experiencia –*stricto sensu*– constituyen generalizaciones de una multiplicidad de casos, hechos o comportamientos que enuncian cierta frecuencia, regularidad y uniformidad. Son el resultado de una *inducción ampliativa o generalizadora*, en donde a partir de una serie de casos particulares se extrae una regla que los correlaciona, la cual sirve para predecir o explicar futuros acontecimientos. Así, la observación constante de la relación (de causalidad, consecutividad temporal, contigüidad espacial, etc.) entre X y Y nos conduce a generalizarla en una regla que enuncia su asociación epistemológica, de manera que en presencia de uno de los términos (que puede ser un hecho o conjunto de ellos), podemos inferir el otro (DE MIRANDA VÁSQUEZ, 2014: pp. 190-197).

En la película *12 angry men*, por ejemplo, uno de los jurados cuestiona la fiabilidad de la testigo de cargo, quien afirmó que, encontrándose a punto de dormir, escuchó gritos, por lo que inmediatamente se puso de pie y vio a través de las ventanas de un tren en marcha, cómo en el departamento del frente el joven acusado le asestaba una puñalada en el pecho a su padre. El jurado advirtió que la testigo tenía unas marcas en la parte superior de la nariz, las mismas que asoció al uso de gafas o lentes. Luego, como la testigo había dicho que estaba a punto de dormir, infirió que al momento en que ella escuchó los gritos y fue hacia la ventana, no llevaba puestas sus gafas, de modo que no podría haber identificado al asesino, máxime si era de noche y había un tren en marcha entre el departamento de la testigo y el de la víctima. Ambas inferencias se basan en reglas descriptivas obtenidas a partir de la generalización de casos particulares (máximas de la experiencia): “las marcas homogéneas presentes a cada lado de la parte superior de la nariz son causadas por el uso de gafas”; y, “las personas se quitan las gafas antes de dormir”.

Ahora bien, como la inducción ampliativa o generalizadora se caracteriza porque siempre hay un salto de las premisas a la conclusión, esta puede calificarse como más o menos probable, pero nunca como verdadera. Y es que, como bien anota LAUDAN (2005: p. 110): “Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas” (en similar sentido: ANDRÉS IBÁÑEZ, 1992: p. 287; UBERTIS, 1999: p. 468; GONZÁLEZ LAGIER, 2005: p. 86; GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 103). Por consiguiente, la fuerza de las máximas de la experiencia dependerá de la solidez de la inferencia de la que proviene; esto es, de la amplitud de la base empírica y la regularidad observable en todos los casos que conforman dicha base. “Cuanto más alto sea el número de casos examinados y mayor la regularidad observada, la probabilidad de una máxima subirá en esa proporción; y a la inversa” (IGARTÚA SALAVERRÍA, 2003: p. 168; GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 180).

Esta clase de generalizaciones son las de mayor uso por parte de la judicatura, por lo que conviene señalar algunas condiciones que deben cumplir (IGARTÚA SALAVERRÍA, 2009: pp. 150-154; TARUFFO, 2009: pp. 451-452; RODRÍGUEZ BOENTE, 2004: p. 387):

- No deben haber sido falsadas por conocimientos científicos, pues de lo contrario carecerán de base empírica o fundamento epistemológico.
- No deben entrar en contradicción con otras máximas de la experiencia tan de sentido común como aquellas, pues, si así fuera, la hipótesis no tendría la fuerza probatoria suficiente para superar el estándar de prueba.
- Se deben tratar de máximas que comúnmente formen parte de la cultura media del lugar donde el juez se desenvuelve.
- Mientras mayores sean las excepciones, mayor debe ser la justificación que está obligado a dar el juez, para descartar que el caso no cae en ninguna de ellas.
- Las máximas de la experiencia deben ser universalizables; de modo que puedan ser aplicadas a otros casos similares al que es materia de juzgamiento.

iv) *Generalizaciones espurias*

Se trata de enunciados formulados como reglas generales, pero que carecen de base empírica o fundamento epistémico y, por tanto, no aportan ningún contenido cognoscitivo que permita atribuir algún grado de confirmación a la hipótesis. Al respecto, dice FERRER BELTRÁN (2007: p. 106): “Una generalización espuria es aquella que no tiene base empírica, pudiendo ser un prejuicio, por ejemplo.

Una generalización no espuria es aquella que dispone de base empírica, aunque no sea una generalización universal”.

Son generalizaciones espurias enunciados del tipo: “la víctima no tiene ninguna razón para venir a mentir” (ejemplo tomado de Mauricio OLAVE, en COLOMA *et al.*, 2010: p. 11), “las confesiones son normalmente verdaderas”, “cuanto más seguro esté de sí el testigo hay más probabilidades de que dice la verdad” (IGAR-TÚA SALAVERRÍA, 2003: p. 167), “los niños siempre dicen la verdad” (CASTILLO ALVA, 2013: p. 429), etc.

Los estereotipos o perfiles contruidos sobre la base de patrones culturales previamente establecidos, en tanto se dirigen a explicar o predecir un determinado comportamiento, también suelen adoptar la forma de “generalizaciones”. El juez debe estar muy atento a los estereotipos y a los “argumentos efectistas” que buscan presentar a una determinada posición como plausible o digna de protección, cuando en realidad se basan en prejuicios o formas de discriminación (BUGUEÑO, en COLOMA *et al.*, 2010: pp. 15-16). Un claro ejemplo de estereotipo es la expresión “los hombres siempre mienten”, emitida por una funcionaria de la Oficina de Violencia Doméstica de Argentina, contenida en el documental “Borrando a papá” (véase en particular a partir del minuto 23.50. <<https://www.youtube.com/watch?v=TmyAkAGj2Bg>>).

Si el juez en su razonamiento emplea generalizaciones espurias; prejuicios, estereotipos o, en general, enunciados que carecen de base empírica, en realidad no aporta razones que hagan plausible o apoyen su posición. Estaremos ante una motivación meramente ficticia o aparente (TARUFFO, 2009: p. 450). Pensando en estos casos, el Tribunal Constitucional ha establecido que el uso de las máximas de la experiencia debe ser sometido a un cierto control, “pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada” (STC Exp. N° 728-2008-HC, f. j. 27).

2. CRITERIOS DE CORRECCIÓN DE LA PRESUNCIÓN JUDICIAL

Dado que no existe una distinción esencial entre la prueba directa y la indirecta, y las inferencias que se utilizan en ambos casos son, por lo general, inductivas, los criterios de corrección de la presunción judicial establecidos por la doctrina, la legislación (véase el artículo 158 del CPC); y, la jurisprudencia (Sentencia de fecha 6 de setiembre de 2005, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, R.N. N° 1912-2005-Piura, la cual –en mérito del Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de octubre de 2006– constituye precedente vinculante en el extremo de su cuarto fundamento jurídico) coinciden

con los criterios de racionalidad inductiva establecidos por la epistemología de la ciencia (GONZALEZ LAGIER, 2005: pp. 92-93; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012: p. 60).

Así, se exige que el indicio se encuentre fehacientemente probado (fiabilidad), que exista pluralidad de indicios cuando estos son contingentes (cantidad), que el enlace entre los indicios y el hecho a probar sea preciso y directo, o que la inferencia se base en reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia (garantía bien fundada), que no existan contraindicios consistentes (no refutación de la hipótesis), etc. A continuación trataremos sobre estos requisitos:

2.1. El indicio debe estar fehacientemente probado

Como hemos visto, el indicio se caracteriza por ser un *hecho conocido*. Desde una perspectiva epistemológica esto significa que debe encontrarse plenamente acreditado; de lo contrario el hecho presunto no sería más que una mera sospecha o una conjetura sin valor probatorio.

A partir de un hecho desconocido (no acreditado) no se puede inferir ni justificar el hecho a probar (hipótesis). Por tanto, una forma de refutar el hecho presunto consiste en atacar la probanza del indicio, lo cual puede hacerse cuestionando la validez de los medios de prueba que le sirven de apoyo, o su fiabilidad. Si, por ejemplo, el medio probatorio en cuestión ha sido obtenido en forma ilícita, o si –luego de su valoración individualizada– se determina que su fiabilidad es escasa o nula, en rigor, no existirá indicio.

La doctrina discute si el indicio puede ser acreditado mediante prueba indirecta o solo mediante prueba directa. Quienes se alinean a la última posición aducen que cuando se utiliza una cadena de indicios para llegar del hecho base al hecho consecuencia, la fuerza de la presunción disminuye, de manera que para minimizar los riesgos en el razonamiento probatorio, solo se acepta que un indicio se acredite por prueba directa (defiende esta posición VÁSQUEZ SOTELO, 2006: p. 71, aunque, paradójicamente, también sostiene que la prueba indirecta tiene el mismo valor probatorio que la prueba directa). Esta posición se condensa en el aforismo *praesumptio de presumptionis non admittitur*.

El prejuicio que encierra esta concepción es evidente, pues en realidad se cuestiona la solidez epistemológica del indicio. Se trataría así de un elemento probatorio de menor fuste y, como tal, necesario para evitar la impunidad, pero siempre suplente de la prueba directa; útil e incluso eficaz, pero limitado a no más de una inferencia, e incapaz de enervar una presunción legal (en sentido crítico, MUÑOZ SABATÉ, 2001: pp. 407-409). Estos criterios tienen el mismo origen: la minusvaloración de la prueba indiciaria en comparación con la prueba directa. Ya vimos, sin embargo, que entre ambas no existe una diferencia ontológica, sino de grado,

por lo que la fuerza de la hipótesis no dependerá en último término del número de presunciones que se encadenen para llegar a ella, sino de la calidad de las inferencias probatorias. Como anota TARUFFO (2002: p. 276): “no importa la longitud de la cadena si cada uno de sus eslabones ‘se mantiene’ dentro del ámbito de la racionalidad de la adopción de hipótesis para la inferencia sucesiva sobre la base de la inferencia precedente”.

No existe, pues, ninguna limitación respecto al tipo de elemento probatorio con el que puede acreditarse el indicio (IGARTÚA SALAVERRÍA, s/a: pp. 59-60; SERRA DOMÍNGUEZ, 2009: p. 614). Y es que, si se asume la aptitud del procedimiento indiciario para probar hechos, no puede negarse su idoneidad para la acreditación de un indicio, es decir, un hecho que será utilizado, a su vez, como fuente de una presunción judicial (GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 155; MUÑOZ SABATÉ, 2001: pp. 409-410). En el ejemplo propuesto anteriormente sobre la simulación de un contrato de compraventa, la falta de solvencia económica del comprador (indicio de la simulación) podría inferirse a partir de otros indicios, como el atraso en el pago de sus deudas, acreditado mediante el reporte de una Central de Riesgo que registra tal situación (prueba indirecta).

2.2. La inferencia debe basarse en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia

Para que exista un argumento se requiere que la conclusión venga apoyada por razones y que entre ambos elementos exista un enlace o nexo inferencial. En la inferencia probatoria esas razones son los datos probatorios; es decir, las proposiciones o afirmaciones que extraemos de la evidencia que obra en el proceso. Esos datos nos permiten justificar la conclusión (hipótesis definitiva) sobre cómo ocurrieron los hechos del caso, en virtud de un nexo o enlace que vincula a ambos extremos. Sin este elemento no tendríamos argumento, tan solo una pila de proposiciones o datos, de un lado, y una afirmación que pretende fungir de conclusión de una inferencia inexistente, del otro. Por supuesto, la hipótesis definitiva puede ser el resultado de inferencias correlacionadas, pero en cualquier caso no se podrá hablar de un razonamiento presuntivo o indiciario sin el nexo inferencial.

En el apartado anterior hemos analizado las clases de generalizaciones empíricas y las inferencias probatorias a las que cada una de ellas da lugar, con obvia exclusión de las generalizaciones espurias que no permiten ningún tipo de razonamiento. No regresaremos sobre lo mismo, pero sí es necesario precisar dos aspectos: i) qué papel desempeñan las reglas de la lógica en la inferencia probatoria; y, ii) cuándo debe explicitarse el nexo inferencial.

Sobre lo primero, es conveniente tener en cuenta que la lógica constituye un sistema teórico que recopila, generaliza, abstrae y reconstruye en fórmulas las relaciones admisibles entre las proposiciones, con total prescindencia de su contenido. Se trata, por tanto, de un sistema formal y universal que nos brinda métodos para establecer si una proposición se desprende o no de otras a través de una inferencia válida (ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 1991: pp. 19 y 26; ATIENZA, 2007: pp. 111-112). La lógica se ocupa de controlar la corrección formal de los razonamientos y de ofrecer un método sistemático para separar las inferencias correctas de las que no lo son (COPI y COHEN, 2002: p. 19; ITURRALDE SESMA, 2003: p. 379). Sin embargo, no garantiza que las proposiciones de la inferencia sean verdaderas, solo asegura que si ellas son verdaderas la conclusión también será verdadera. Como sostiene MORESO (2005: p. 21): "(...) la validez lógica es independiente de la verdad. La validez lógica solo es, por decirlo de algún modo, un transmisor fiel de la verdad".

La lógica nos proporciona esquemas de razonamiento que nos permiten controlar la corrección formal de una inferencia, pero no nos da pautas para controlar su validez material. La valoración de la verdad o aceptabilidad de las premisas no le incumbe a la lógica; de manera que puede darse una relación de implicación entre proposiciones falsas; y, entre una proposición falsa y otra verdadera; y, estar ausente entre proposiciones verdaderas (ITURRALDE SESMA, 2003: p. 379; ATIENZA, 1997: p. 26-31). Y es que, la lógica fue concebida y sirve para evaluar la *relación formal* entre las premisas y la conclusión. No nos sirve para evaluar la aceptabilidad de las premisas de un argumento, ya que para ello están los criterios de aceptabilidad materiales (FETERIS, 2007: p. 57).

Pues bien, si esto es así no podemos poner en el mismo plano a las reglas lógicas con las reglas de la ciencia y las máximas de la experiencia. En efecto, las dos últimas como generalizaciones empíricas, tienen por objeto transmitir un conocimiento respecto a cómo es el mundo y, por tanto, sobre la verdad de la conclusión de la inferencia a partir de determinados datos probatorios que la fundamentan. Por ejemplo, la conclusión: "el oro es un metal" tiene fundamento en el hecho de que "los metales se dilatan con el calor", y su fuerza radica en la regla de la ciencia que expresa: "todos los metales se dilatan con el calor" (deducción). La proposición "el contrato de compraventa celebrado entre X y Z fue sido simulado para perjudicar el cobro del crédito por parte de Y a X" tiene su fundamento en los datos probatorios expresados en el ejemplo puesto sobre el particular, y su fuerza proviene de la máxima de la experiencia que sirve de enlace entre ambos extremos (inferencia probabilística).

En ambos casos la conclusión expresa el conocimiento sobre la verdad de ciertos hechos, necesaria en el primero, probable en el segundo, y ello se debe al papel que cumplen las generalizaciones empíricas como reglas descriptivas que

enuncian las relaciones que se producen en el mundo. Esto, como hemos visto, no puede predicarse de las reglas lógicas, que son independientes de la verdad de las proposiciones. Entonces, ¿cómo entender cuando la doctrina, la jurisprudencia e incluso la legislación nos exige que el razonamiento probatorio se base en las reglas de la lógica? Considero que en el sentido que sean respetadas o no vulneradas. El juez, por tanto, deberá observar los principios lógicos (identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente), así como las ocho reglas de la lógica categórica (sobre estas reglas, consúltese: CASTILLO, LUJÁN y ZAVALETA (2007: pp. 277-281), pues, en caso contrario, su razonamiento sería formalmente incorrecto.

Respecto al segundo punto, relativo a cuándo debe explicitarse el nexo inferencial, debe considerarse que normalmente cuando razonamos damos por presupuestas ciertas premisas y expresamos aquellas que no son evidentes. Con las leyes de la ciencia (confirmadas o no discutidas) no existe mayor problema. Este se presenta cuando damos por evidente una máxima de la experiencia que no lo es. Puede distinguirse, entonces, entre máximas de la experiencia *hipercodificadas* e *hipocodificadas*. Las primeras se presentan como evidentes en una inferencia; de manera que sin necesidad de que sean enunciadas o expresadas, podemos advertirlas fácilmente. Por ejemplo, si en un estadio de fútbol vemos a un espectador saltar de júbilo cuando uno de los equipos anota un gol, inferimos que es hincha o simpatizante de ese equipo, pues lo habitual es que se celebren los goles del equipo del que se es hincha o cuando menos simpatizante (IGARTÚA SALAVERRÍA, 2009: p. 126). Las segundas, son lo opuesto; difícilmente podemos saber de qué máxima de la experiencia se trata. En este caso, si no se enuncian no existirá argumento probatorio, tan solo una colección de hechos probatorios y una hipótesis desconectada de aquellos. Por tanto, cuando la máxima de la experiencia que sirve de enlace o nexo inferencial no funciona tan mecánicamente, es necesario expresarla para que las partes puedan analizarla y debatirla (IACOVELLO, 1997: pp. 179-180).

En la misma línea, MUÑOZ SABATÉ (2001: p. 404) sostiene que cuando la *presunción homini* tiene un alto grado de consolidación, esto es, cuando se considera obvio el juicio omitido o se acepta de manera implícita dentro de su contexto, en la práctica puede ser suficiente la mención de los indicios sin que se exprese la máxima de la experiencia, pero resalta que cuando la presunción ha sido debatida en el proceso y la parte perjudicada ha formulado alguna infirmación (hipótesis alternativa) o el indicio la emite, entonces, “el deber de motivación se extiende a tener que explicar las razones por las cuales a juicio del juez, resulta descartable en el supuesto litigioso la otra conclusión posible. De no hacerse de esta manera, el cumplimiento del deber de motivar devendría incompleto, dificultando su control”.

En un proceso judicial, cuando concurren hipótesis alternativas para explicar los mismos hechos, no basta con enunciar los medios de prueba y los datos proporcionados por aquellos, así la máxima de la experiencia parezca evidente. La razón se encuentra en que la hipótesis, como explicación de los hechos del caso, está íntimamente relacionada con la máxima de la experiencia que la conecta con los datos probatorios. Cuando las hipótesis son alternativas, cada hipótesis concurre al proceso con su respectiva máxima de la experiencia; de modo que no solo las hipótesis son alternativas, sino también lo son las máximas de la experiencia (IGARTÚA, 1995: p. 211; FERRER, 2007: p. 134; BAYÓN, 2010: p. 22). Así las cosas, si en la sentencia solo se enuncian los medios de prueba y se describen los datos probatorios, y se pasa, de un salto, a dar por probados los hechos del caso, la motivación será insuficiente; pues, frente a una máxima de la experiencia e hipótesis alternativas, se exige que el juez explicita la máxima de la experiencia que le sirve para pasar de los datos o hechos probatorios a los hechos probados, mostrando, además, por qué el razonamiento que se le opone debe ser desechado.

Nuestro Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 00728-2008-HC, declaró la nulidad de la sentencia emitida por la Primera Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema, que condenó a Giuliana Llamoya Hilares por el homicidio calificado de su madre, entre otros argumentos, porque no había cumplido con explicitar “qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico” justificaba el paso de los hechos probatorios a los hechos probados. Anota el tribunal en el fundamento 27 de dicha sentencia:

“Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos *supra*, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos”.

De lo expuesto resulta claro que frente a hipótesis alternativas con máximas de la experiencia también alternativas, el razonamiento no puede ser entimemático, así la máxima de la experiencia que le sirve de garantía a la hipótesis judicial parezca evidente (IGARTÚA, 1995: pp. 202-203). El juez está obligado a explicitar dicha máxima de la experiencia y, a la par, está obligado a mostrar por qué ella debe ser preferida a la máxima alternativa, mostrando, por ejemplo, que esta última es una generalización espuria o bien es improbable a la luz de todos los indicios del caso.

Finalmente, es importante advertir que ni el hecho de que la máxima de la experiencia haya sido explicitada por el juez, ni la mayor o menor dificultad para identificarla, garantiza su solidez y, consecuentemente, tampoco del argumento que la contiene. Y es que, es posible que se explicita o se identifique una máxima de la experiencia que carezca de fundamento. Acá lo que, en buena cuenta, se cuestiona es la inferencia de la que proviene el enlace, que en el esquema de TOULMIN vendría a ser el “respaldo” de la máxima de la experiencia, la cual –en el mismo esquema– sería la “garantía”. En este caso, podría exigirse que se pruebe la propia máxima de la experiencia, a efectos de determinar su grado de corroboración (FERRER BELTRÁN, 2007: p. 133).

2.3. Si el indicio es único debe tener singular fuerza probatoria; si son contingentes deben ser plurales, concordantes y convergentes, además, la hipótesis probatoria no debe haber sido refutada por conindicios consistentes

En atención a su fuerza probatoria los indicios pueden ser clasificados en necesarios y contingentes. Los primeros conducen al hecho desconocido sin admitir ninguna excepción. La prueba en este caso responderá a la estructura de una inferencia deductiva, en la que el paso de las premisas a la conclusión es, precisamente, necesaria. Los indicios contingentes, en cambio, se caracterizan porque admiten excepciones y, en esa medida, dan lugar a una inferencia inductiva (inducción probabilística), cuyas conclusiones son siempre probables.

Para que una presunción pueda sustentarse en un único indicio este debe ser necesario. Algunos procesalistas incluyen dentro de los indicios necesarios a los que IGARTÚA, con mayor rigor denomina indicios cualificados, de alta probabilidad o certeza práctica (REYES ALVARADO, citado por PARRA QUIJANO, 1992: p. 7). La razón se debe a que, si bien teóricamente es posible alguna otra explicación para el hecho indiciario, en la práctica el juez no advierte ninguna mínimamente plausible.

Sin embargo, la distinción entre indicios necesarios y contingentes no radica en la calificación que pueda realizar el juez y, por tanto, no está sujeta a su discrecionalidad, por mínima que sea. La distinción se sustenta en la naturaleza del enlace que vincula al indicio con el hecho indicado. Solo cuando se trata de una generalización universal, que sin ninguna excepción nos conduce del primero al segundo, estamos ante un indicio necesario y una inferencia cuya conclusión es también necesaria, en cualquier otro caso el indicio es contingente.

Los indicios necesarios en la práctica son muy raros. Los más comunes son los indicios contingentes, los cuales, como revela su misma denominación, implican cierto grado de inseguridad como elementos de prueba individualmente considerados. Así, con el objeto de minimizar el riesgo de sustentar una hipótesis probatoria en indicios contingentes, apreciados en forma aislada o desconectados unos

con otros, se exige que el juzgador observe determinados criterios de corrección al formular sus presunciones. Estos criterios son los siguientes:

Criterios de corrección para los indicios contingentes

2.3.1. Pluralidad de indicios

Dado que los indicios contingentes pueden dar lugar a varias hipótesis fácticas y no a una sola, se exige, en principio, que sean plurales. Desde luego, la mera acumulación de estos indicios (criterio cuantitativo) no nos sirve para sustentar una determinada hipótesis (GORPHE, 1998: p. 286), pues, como bien resalta IGARTÚA (s/a: p. 58), “una inconsistencia, unida a tres inconsistencias más, suman cuatro inconsistencias”.

La pluralidad, entonces, debe ir de la mano con la concordancia y la convergencia entre los indicios, así como con la ausencia de contraindicios consistentes que refuten la hipótesis probatoria (criterios cualitativos). La idea es que los indicios –utilizando el símil del rompecabezas– vayan encajando en una historia que nos revele cómo ocurrieron los hechos del caso.

No debe confundirse la pluralidad de medios de prueba con la pluralidad de indicios (GORPHE, 1998: pp. 284-285; GARCÍA CAVERO, 2005: p. 98). Si distintos medios probatorios se dirigen a acreditar un solo hecho secundario, probablemente se habrá cumplido con el requisito de que el indicio se encuentre fehacientemente probado, pero no con el de la pluralidad de indicios. Este último requisito exige la presencia de hechos secundarios diversos, pues, como señala el Tribunal Constitucional, “su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido” (STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, f. j. 26).

Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que el hecho puede ser complejo, de manera que es posible descomponerlo en hechos más específicos que manifiesten una pluralidad de indicios. La jurisprudencia española ejemplifica lo dicho: “Es numerosa la doctrina legal tanto del Tribunal Constitucional como de este Tribunal Supremo en orden a que el solo indicio de la ocupación en poder del acusado de los objetos procedentes de un apoderamiento patrimonial no es por sí solo prueba indirecta suficiente para estimar la existencia de aquel, pues son compatibles varias sesiones (entre ellas las de una receptación) y por ello no deben (sic) escogerse la menos favorable para el acusado. Sin embargo, cuanto esta ocupación ocurre inmediatamente después de cometido el tipo de injusto de apoderamiento y a escasa distancia del lugar de este, este único hecho-base de la ocupación o aprehensión se descompone en varios, como son las circunstancias de tiempo y lugar que conducen a que el hecho-base se descomponga en varios”

(Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 5 de marzo de 1998, R.J. 1998/1768. En ABEL LLUCH, 2012: pp. 447-448).

2.3.2. Concordancia de indicios

Los indicios deben estar interrelacionados o coherentemente enlazados como elementos de una misma construcción, de tal forma que se refuercen recíprocamente y no se neutralicen. Este requisito no solo exige que los indicios sean consistentes o no contradictorios, sino que va más allá, en el sentido que los indicios, además, deben ser coherentes o complementarios, ofreciendo así una base sólida para inferir la hipótesis definitiva sobre el *thema probandum*.

La fuerza probatoria de los indicios no se determina por el valor de cada uno de ellos, sino del conjunto coherente y convergente de todos, el cual puede eliminar la contingencia que se predica del indicio individualmente considerado. El Tribunal Supremo español en su sentencia del N° 8484/2009, de 23 de diciembre, resalta esta situación cuando anota:

“Pues bien, el recurrente se limita a cuestionar cada uno de los anteriores indicios de forma individual, olvidando que la fuerza convictiva de la prueba indiciaria deriva de su interrelación y que nos encontramos con una serie de indicios que, si bien cada uno de ellos en sí mismos considerados y valorados aisladamente, pudieran ser insuficientes a los fines que resolvemos, en su conjunto arrojan a juicio de la sala de instancia una convicción que despliega del análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria (...). Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta de varios hechos-base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso, que en una global y conjunta valoración han permitido a la sala de instancia construir un juicio de inferencia y llegar al hecho consecuencia que se quería acreditar y que se describió en el *factum* (...)”.

La fuerza probatoria de los indicios no se determina por el valor de cada uno de ellos, sino del conjunto coherente y convergente de todos, el cual debería eliminar la contingencia que se predica del indicio individualmente considerado. Así, cuanto más concuerden los indicios, menos se podrá aducir que la relación entre ellos es producto del azar o la casualidad (GORPHE, 1998: p. 286).

2.3.3. Convergencia de indicios

Mientras el anterior requisito pone el acento en el vínculo que debe existir entre cada uno de los indicios, este se refiere a la necesaria relación entre los indicios y la hipótesis a probar. Se busca así que los indicios concordantes o interrelacionados, además apunten a una sola hipótesis fáctica. Como señala TARUFFO (2002: p. 282): “Se está ante una situación de convergencia de distintos elementos

de prueba respecto de la misma hipótesis cuando todos ellos tienden a producir el mismo resultado”.

Recuérdese al respecto que los mismos indicios pueden tener más de una explicación plausible. En este sentido, se habla de *información* en referencia a la hipótesis antagónica susceptible de ser inferida a partir de los mismos indicios (MUÑOZ SABATÉ, 1997: p. 230; DE MIRANDA VÁSQUEZ, 2014: p. 203). Será necesario, por tanto, que el juez dé cuenta y se pronuncie expresamente sobre las posibles infirmaciones, dado que solo en la medida que estas vayan perdiendo consistencia podrá considerarse verificado el hecho presumido judicialmente.

Es importante, en este sentido, señalar que el requisito de la convergencia de los indicios, que exige –y así también se le conoce– precisión o univocidad de la inferencia presuntiva, no puede ser entendido de forma lógicamente absoluta (TARUFFO, 2002: p. 473). En efecto, no se exige que la inferencia esté dotada de univocidad teórica, pues de un hecho –considerado en abstracto– pueden derivarse infinitas conclusiones sobre otros hechos, sino que se garantice y justifique *univocidad práctica*, la cual se produce cuando entre las diversas conclusiones que se pueden obtener a partir del “hecho conocido” y en el contexto del caso concreto, la conclusión que se asume o defiende es aquella que confirma en mayor grado la hipótesis sobre el hecho a probar. Desde luego, para que el juez dé por probada la hipótesis fáctica deberá justificar que esta supera el estándar de prueba que rige en el respectivo proceso: “más allá de toda duda razonable” o “probabilidad prevalente” (para mayores alcances sobre los estándares de prueba, véase FERRER BELTRÁN, 2007: pp. 139-143; LAUDAN, 2013).

Por otro lado, es importante no confundir la formulación de la hipótesis con su posterior control (IGARTÚA SALAVERRÍA, s/a: p. 39). El móvil, por ejemplo, es un indicio que explica una determinada acción, pero por sí solo no la prueba. Desde esta perspectiva, si a una persona se le imputa responsabilidad solo porque tiene un móvil para la realización de un hecho jurídicamente relevante en el caso, se vulneraría su derecho a la presunción de inocencia.

El caso que dio lugar a la sentencia de fecha 6 de setiembre de 2005, R.N. N° 1912-2005-Piura, que constituye precedente vinculante en el extremo de su cuarto fundamento jurídico, es un buen ejemplo de confundir la fase de formulación de la hipótesis con la fase de control de aquella:

“Quinto.— Que, en el presente caso, no se ha desvirtuado fehacientemente la presunción de inocencia y por ende no está acreditada la responsabilidad penal del acusado Romero Páucar por el delito de homicidio calificado, ya que del análisis de las pruebas aportadas en el proceso solo se tiene la mera sospecha de que el acusado pudo haber sido el autor del homicidio [la víctima estaba a cargo de la investigación en su contra]; que a partir de esas referencias, débiles

en sí mismas, estimar que atentó contra la vida de una persona –indicio de móvil delictivo–, sin mayores datos periféricos adicionales –y debidamente enlazados– en orden a su presencia u oportunidad física para la comisión del delito, a la oportunidad material para hacerlo, a una actitud sospechosa o conducta posterior, y a una mala justificación –que no han sido acreditadas–, son evidentemente insuficientes para concluir que el acusado mató al agraviado”.

2.3.4. No refutación de la hipótesis probatoria mediante contraindicios consistentes

Para que una inferencia probatoria sea sólida, la hipótesis no debe haber sido refutada directa o indirectamente (ITURRALDE SESMA, 2003: p. 349; GASCÓN ABELLÁN, 2004: p. 184; Andrés IBÁÑEZ, 1992: p. 284; COMANDUCCI, 2004: p. 112). Estamos frente a una refutación directa cuando ella resulta incompatible con otra afirmación que se ha dado por probada. A su vez, la refutación es indirecta cuando implica una afirmación que se demuestra que es falsa o poco probable (GONZÁLEZ LAGIER, 2005: p. 88).

Si en el proceso se acredita un indicio relevante para la decisión, pero que da lugar a una hipótesis que es incompatible con la que es objeto de la presunción judicial, o bien con otra que necesariamente se deriva de aquella, sin que quepa escindir las o separarlas, entonces, el juez estará en la obligación de descartar la hipótesis que *prima facie* asumió.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho probatorio*. Madrid: Bosch; ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (1992): “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”. En: *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 12. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante; ATIENZA, Manuel (1997): *Las razones del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; ATIENZA, Manuel (2007): *El Derecho como argumentación*, 2ª ed. Barcelona: Ariel; BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos (2010): “Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano”. En: *Revista Jurídica Mario Alario D’Filipo*, ejemplar 4, vol. 2, N° 2. Colombia: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena; CASTILLO ALVA, José Luis (2013): *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*. Lima: Grijley; COLOMA, Rodrigo *et alii* (2010): “Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal”. En: *Ius et Praxis*, año 16, N° 2, disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200002>>; COMANDUCCI, Paolo (2014): *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. México D.F.: Fontamara; COPI, Irving y COHEN, Carl (2002): *Introducción a la lógica*, trad. Edgar González Ruíz, 6ª reimpresión. México D.F.: Limusa; DE MIRANDA VÁSQUEZ, Carlos (2014): “La prueba indiciaria: ¿deducción? ¿inducción? ¿abducción? ¿o inferencia a la mejor explicación?”. En: *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho. Debates sobre abducción*. Juan Antonio García Amado y Pablo Raúl Bonorino (coords.). Granada: Comares; ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG (1991): *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires, Astrea; FERNÁNDEZ

LÓPEZ, Mercedes (2012): "Valoración judicial y reglas probatorias". En: *Derecho probatorio contemporáneo. Prueba científica y técnicas forenses*. Medellín: Universidad de Medellín; FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons; FETERIS, Eveline T. (2007): *Fundamentos de la argumentación jurídica*, trad. Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; GARCÍA CAVERO, Percy (2005): *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis; GORPHE, François (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis; IACOVELLO, F. M. (1997): *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milán: Giuffrè; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan (2003): *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan (2010): "Los indicios tomados en serio". En: *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Pablo Raúl Bonorino Ramírez (ed.). España: Bubok Publishing; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan (2005): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan (2009): *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis; ITURRALDE SESMA, Victoria (2003): *Aplicación del Derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch; LAUDAN, Larry (2005): "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar". En: *Doxa*, N° 28. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad de Alicante; LAUDAN, Larry (2013): *Verdad, error y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons; MENDONÇA, Daniel (1997): *Interpretación y aplicación del Derecho*. Almería: Universidad de Almería; MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2012): "Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal". En: *Aequitas*, Revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa, N° 1, año 1, 3ª época; MORESO I MATEOS, Josep Joan (2005): *Lógica, argumentación e interpretación en el Derecho*. Barcelona: Editorial UOC; MUÑOZ SABATÉ, Lluís (1997): *Técnica probatoria*. Bogotá: Temis; MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2001): *Fundamentos de la prueba judicial civil*. Barcelona: Bosch; PARRA QUIJANO, Jairo (1992): *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, 2ª ed. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional; RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia (2004): "Argumentación fáctica. Los enunciados declarativos de hechos probados". En: *La argumentación jurídica. Problemas de concepto método y aplicación*. Francisco Puy Muñoz y Juan Guillermo Portela (ed.). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela; SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (2009): *Estudios de Derecho probatorio*. Lima: Communitas; SCHAUER, Frederick (2004): *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons; STEIN, Friedrich (1999): *El conocimiento privado del juez*, trad. Andrés De la Oliva Santos, 2ª ed. Bogotá: Temis; TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta; TARUFFO, Michele (2009): *Páginas sobre la justicia civil*, trad. Maximiliano Aramburo Calle. Madrid: Marcial Pons; TARUFFO, Michele (2010): *Simply la verdad*, trad. Daniela Accatino Scaglioti. Madrid: Marcial Pons; UBERTIS, Giulio (1999): "Profili epistemologici della prova". En: *La prova nel processo civile. Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, vol. II; VÁSQUEZ SOTELO, José Luis (2006): "Presunción de inocencia y prueba indiciaria". En: *Investigación y prueba en el proceso penal*. Nicolás González-Cuellar Serrano (dir.). Madrid: Colex.

Artículo 282

Presunción y conducta procesal de las partes

El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. art. IV, 188, 216, 246, 247, 261, 442 inc. 2; D. LEG. 822 art. 186.

Marianella Ledesma Narváez

La conducta de las partes en juicio es una fuente de convicción, equiparable a un indicio, que puede ser recabada por el juez de acuerdo con las circunstancias específicas del caso y genera una presunción en contra de quien viola el deber de cooperación y, con ello, frustra el aporte de elementos idóneos para dilucidar el caso.

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. En atención a esas máximas de la experiencia se permite que el juez valore la conducta que estas asumen en el proceso. Esta valoración se justifica por la influencia del principio dispositivo en el proceso civil, que convierte a las partes en las principales protagonistas del escenario procesal. De allí que este se sirva de ciertas presunciones para evaluar las actitudes asumidas por los justiciables que sean demostrativas de su desinterés o despreocupación para con la marcha del proceso, colocándolos, en esos casos, en una posición desventajosa frente al adversario.

Cuando se aprecia la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, u otras actitudes de obstrucción, nos hace presumir que dicha parte procesal no tiene el derecho que reclama o resiste. El tenerlo conllevaría actuar con la celeridad y cooperación procesal necesaria y urgente para restablecer el derecho conculcado.

En ese sentido, cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación; o cuando por cualquier medio entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; o cuando obstruya la actuación de los medios probatorios una manifiesta falta de cooperación para los fines del proceso, permitiría ello que el juez construya, a través de la presunción, conclusiones adversas a los intereses de estas partes, atendiendo a la conducta asumida en el proceso.

El sentido común nos dice que quien alega un derecho, sea como pretendiente o como resistente, intentará no solo demostrarlo sino protegerlo y exigir que se respete. En aras de ello, se presentará a todo acto en el que tenga que defenderlo y sobre todo brindará toda su colaboración para reivindicar su vulneración; todo lo contrario de quien asume conductas dilatorias, renuentes a colaborar, generando tropiezos procesales, pues estos son indicios para presumir la inexistencia del derecho que alegan.

La tesis de la conducta equiparada a la presunción no siempre es admitida. Se dice que la conducta procesal general de una parte no es fuente de “presunción” alguna, sino “elemento de convicción corroborante de las pruebas”. Para MUÑOZ SABATÉ, la conducta que siguen las partes dentro del proceso puede convertirse también en un dato indiciario sobre el cual basa la inferencia heurística. Señala Jorge KIELMANOVICH que: “el comportamiento procesal de las partes, en tanto aparezca razonablemente vinculado con los hechos llamados a constituirse en objeto de la *litis* y la prueba, puede encajar naturalmente dentro del concepto de indicio, esto es, de un hecho a partir del cual lógicamente puede presumirse la existencia de otro u otros indicados por aquel” (KIELMANOVICH, 1996). Con relación a los diversos tipos de conducta en el proceso, MUÑOZ SABATÉ refiere que: “en el proceso civil la conducta puede ser omisiva (negativa genérica, falta de contestación, pasividad, ocultación de hechos por el actor) oclusiva (destrucción de pruebas, negativa a la exhibición de estas) hesitativa (o de inconsistencia por contradicciones incompatibles entre afirmaciones) aunque en este aspecto debemos hacer notar que ello no puede considerarse cuando se presentan enroladas en el sistema de eventualidad o acumulación eventual y mendaz (mentirosa). Naturalmente que la consideración de la conducta incriminante debe considerarse con rigor y relacionada expresa y directamente con otras pruebas como apoyo” (cit. por FALCÓN, 2003: p. 469).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

FALCÓN, Enrique (2003): *Tratado de la prueba*, tomo 1. Buenos Aires: Astrea; KIELMANOVICH, Jorge (1996): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juez, para hallar el conocimiento de la verdad en un caso, debe valerse de cualquier medio que esté a su alcance, por lo que obviamente la conducta procesal de las partes independientemente de las pruebas ofrecidas puede y debe servirle para intuir quién está utilizando indebidamente el proceso y, por lo tanto, quién tiene o no tiene la razón (*Cas. N° 2824-2012-Arequipa*).

Artículo 283**Ficción legal**

La conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario.

CONCORDANCIA:

C.C. arts. 212, 885 inc. 4; C.P.C. art. 190 inc. 3.

Marianella Ledesma Narváez

La ficción legal es un hecho conscientemente inexistente. Responde a exigencias del sistema jurídico de formular mentiras técnicas consagradas por la necesidad. Véase el caso que regula el artículo 885, inciso 4 del CC, que consideraba como bienes inmuebles a las naves. No se permite medios probatorios para acreditar que no son inmuebles.

Otro supuesto de ficción lo encontramos en el caso que: “toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones existentes en Registros Públicos”. Esta presunción absoluta contenida en el artículo 2012 del CC, parte de asumir *erga omnes* la publicidad del contenido de las inscripciones registrales. Se parte de un antecedente falso e irreal. No es posible que toda la colectividad tome conocimiento de los Registros Públicos, sin embargo, se recurre a la ficción para establecer la presunción legal *iure et de iure*.

La ficción, a diferencia de las presunciones, señala DEVIS ECHANDÍA:

“Solo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosa a otra diferente, como si fueren iguales. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iure et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento que la realidad es distinta.

Estas ficciones se fundamentan en razones de conveniencia social y de técnica legislativa, como por ejemplo, la que existe en la norma según la cual la ley es conocida de todo el mundo, a sabiendas que esto es imposible; o la que le otorga personalidad jurídica al ser humano concebido, como si tuviera vida propia, a sabiendas que esto es falso; o la que considera que hay identidad entre la persona del causante y la del heredero, siendo diferentes” (DEVIS, 1994: p. 551).

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1994): *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas judiciales*, tomo II, 10ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

CAPÍTULO IX PRUEBA ANTICIPADA

Artículo 284 Disposición general

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.

CONCORDANCIAS:

C.C. art. 2, 129, 275, 1219 inc. 4, 1498, 1499, 1987, 1999; C.P.C. arts. IV, 60, 82, 192, 287, 293, 296, inc. 5, 298, 3 D.F., 688 incs. 6 y 7; L.G.M. art. 54; L.T.V. arts. 91, 96.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a probar es un componente esencial del ordenamiento jurídico procesal, sobre el que se asienta el debido proceso, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y, en definitiva, su ejercicio es indispensable para obtener una decisión justa (o al menos que se aproxime a lo justo). Por ello, la sentencia final siempre contendrá el término del proceso (y, formalmente, de la controversia), pero solo si se tuvo el aporte probatorio adecuado, con el debate correspondiente realizado, la decisión del juzgador podrá contener una auténtica (o una aceptable y legitimada) solución de la controversia. Así, si la parte demandante vio amparada/s su/s pretensión/es, con la ejecución de la sentencia (salvo que esta haya sido declarativa) alcanzará la efectividad de sus derechos sustanciales; de igual forma, la parte demandada, en caso se desestime la demanda, verá cristalizados sus derechos.

Y es así como el sistema jurídico adquiere sentido para las personas: cuando aterriza en la realidad. Ciertamente, como se viene diciendo hasta el cansancio, de poco o nada puede servir tener un derecho si este no puede ser probado. No puede pensarse en “paz social en justicia” como fin *macro* del proceso sin la comprensión de su rol instrumental.

El universo en que se mueve la prueba (para quien demanda y para quien se defiende de la demanda) se enfoca primordialmente en el objeto de la controversia sustantiva; apunta a esclarecer lo ocurrido —hechos o circunstancias— en el caso concreto y, sobre la conclusión a la que se arribe, se aplicará el derecho, con la consecuencia jurídica correspondiente. Decimos “primordialmente”, porque también

pueden ser materia de probanza hechos o situaciones que sustenten la procedencia o improcedencia de la demanda, entre otros supuestos fuera de la controversia de fondo, lo que reviste gran importancia, dado que de no superarse estas vallas no se podrá siquiera debatir el tema de fondo.

El camino para llegar a tal desenlace puede ser altamente complejo, pues dentro del proceso de acreditación de *hechos* puede encontrarse el establecimiento de *verdades*, la persuasión respecto de la existencia de *acontecimientos*, *situaciones*, *sentimientos* (como el dolor), o *motivaciones* (personales o colectivas) y otros aspectos de orden subjetivo, como la *intencionalidad* (como el dolo en la inejecución de obligaciones, el aprovechamiento del estado de necesidad en la lesión contractual, el dolo como inducción a error, entre otros), la *negligencia*, la *diligencia* (y sus respectivos estándares, que a su vez dependerán de lo que se demuestre eran las circunstancias específicas en las que estos elementos se evalúan), etc., todo ello tanto en forma aislada como en contexto, lo que puede requerir de confrontaciones entre pruebas antagónicas presentadas por las partes, del auxilio de presunciones, de estadísticas de probabilidad, de razonabilidad y, en definitiva, de una construcción que el juzgador realizará, la que a su vez tendrá como componente sus propios sesgos, heurísticas y enfoques personales (reto adicional a ser enfrentado por los litigantes).

Con ello la cuestión debatida quedará zanjada, generando una cosa juzgada (culminada la dialéctica procesal, que incluye las instancias procedimentales), por lo que el derecho a probar se erige como un derecho de gran entidad, indispensable para que el proceso cumpla su finalidad y no se convierta en una mera sucesión de actos formales, en un camino que privilegia lo procedimental y no lo sustantivo, perdiendo la perspectiva de que lo que está en juego es esto último. La acreditación de los *hechos* y su adecuación a la hipótesis de la norma (conjuntamente con la ejecución de la sentencia) es lo que da sentido real a la noción del proceso como instrumento para hacer *efectivos* los *derechos sustanciales*.

La verdad es un bien esquivo (además de ser relativa) y su relevancia es enorme. Por ello, si bien su esclarecimiento y obtención dentro de un proceso se va produciendo, en principio, en etapas determinadas (pues el derecho a probar convive con otros derechos), con reglas de juego claras y conocidas, para culminar con una verdad procesal inamovible, por esa grandísima importancia se le ha otorgado un tratamiento procesal especial, con reglas favorecedoras a su aportación y actuación, como por ejemplo la posibilidad de incorporar el juez medios probatorios de oficio (en momentos procesales muy flexibles –hasta en segunda instancia, es decir, contando ya con una sentencia–), la posibilidad de las partes de ofrecer medios probatorios extemporáneos (inclusive en etapa de apelación), la prueba anticipada (antes del ingreso a la etapa probatoria).

Así, el esquema de ofrecimiento de medios probatorios solamente en los actos postulatorios (con la demanda, la reconvencción, las excepciones, las defensas previas y las cuestiones probatorias), con la correspondiente etapa de actuación en la que se encuentra prevista una audiencia de pruebas para llevar a cabo la actividad probatoria (de rigurosa fijación y consecuencias importantes en caso de inasistencia a la misma), ha sido dotado de una gama de oportunidades de la que carecen otras figuras procesales, para maximizar su posibilidad y alcanzar la finalidad del proceso.

El rol fundamental que juega la prueba en todo proceso constituye la base de la regulación de la denominada “prueba anticipada”, cuyo propósito es esencialmente garantista y de preservación eficaz del derecho a probar en un proceso a ser instaurado posteriormente. La prueba anticipada no tiene como fin *probar* algo, sino *poder probarlo* en un proceso.

2. LA PRUEBA ANTICIPADA: NOCIÓN, OPORTUNIDAD, LEGITIMACIÓN, REQUISITOS Y FINALIDAD

Partiendo de la importancia de la actividad probatoria en el proceso, la normativa se coloca correctamente en supuestos reales (recuérdese siempre que el proceso es un instrumento, una herramienta para obtener el respeto o la realización de uno o más derechos, y por ello las reglas procedimentales deben tener como fin básico la realización de ese derecho al interior de un juego de debate en el que se respeten principios y derechos como la defensa, la equidad, etc.) y permite actuar medios probatorios en un momento distinto (previo) a la etapa establecida en el proceso.

De ese modo, se parte de la existencia de situaciones especiales en las que esperar el momento procesal formal correspondiente puede tornar en inútil la realización de la actividad probatoria, lo que puede arrastrar al fracaso e inutilidad al proceso mismo. Obviamente, esto significaría perder o no poder ejercer el derecho sustantivo cuya insatisfacción constituye el fundamento de la pretensión.

2.1. Oportunidad

La prueba anticipada importa la posibilidad de solicitar la actuación de medios probatorios antes del inicio del proceso. Este *antes* debería leerse como *desde antes del inicio del proceso*.

En efecto, con demanda ya presentada y ofrecido el medio probatorio (por ejemplo, prueba testimonial o pericia), sí se tienen motivos para considerar que de esperar a que llegue la etapa procesal correspondiente ya no se podrá actuar, o

no se podrá actuar satisfactoriamente (el testigo sufre de enfermedad degenerativa que puede desencadenarse en cualquier momento, o el lugar en que se encuentra el bien a ser analizado/inspeccionado está en zona que será afectada por el Fenómeno del Niño, siendo previsible la precipitación de fuertes lluvias y posibles derrumbes), porque por ejemplo la parte demandada ha deducido excepciones y nulidades, prolongando la etapa postulatoria, entonces la parte afectada puede solicitar al juez la actuación anticipada de estos medios probatorios.

Es anticipada entonces respecto a su momento de actuación en el proceso, lo que puede ocurrir, por tanto, en un rango que empieza antes de la interposición de la demanda y hasta (con proceso ya iniciado) antes de la audiencia de pruebas.

Una lectura literal y cerrada del artículo podría acarrear problemas, pues se establece que se puede solicitar esta actuación anticipada *antes* del inicio del proceso, pero esta interpretación debe descartarse, tanto porque la norma no restringe expresa ni categóricamente la solicitud para ese momento, sino porque si se puede antes, con mayor razón se puede después (con demanda ya presentada y por tanto con la seguridad de que la prueba corresponde a la pretensión) —lo que es similar a lo que ocurre con la medida cautelar que se plantea antes y la que se plantea dentro del proceso—, y porque la finalidad se mantiene.

La norma, cierto, no menciona la solicitud de prueba anticipada con proceso instaurado y es que en principio no parecería útil, pero de acreditarse el supuesto previsto por la norma (como el peligro de perder el medio probatorio), el juez no puede despojar al justiciable de la protección al derecho a probar. El límite sería encontrarse ya en la etapa probatoria en el proceso, pues en ese caso desaparece la finalidad y sentido de la prueba anticipada (como en el caso de las medidas cautelares: ya no caben en etapa de ejecución, correspondiendo en esta etapa las medidas de ejecución propiamente).

Cuando se solicita ya dentro del proceso, considero innecesario que se forme un cuaderno o expediente separado, sino que debe ser incluida dentro del principal, al igual que las actuaciones probatorias previstas en el proceso, por economía procesal y racionalidad.

En ocasiones he visto que, al no estar prevista en forma expresa esta actuación anticipada dentro del proceso (por ejemplo, en plena etapa postulatoria, antes del saneamiento, se pide que se actúen medios probatorios), y siendo que el proceso judicial conserva un *status* de rigidez reglamentaria, algunos jueces han opinado que: i) no se puede; o, ii) que debe abrirse un expediente de prueba anticipada, separado del proceso. Como he expresado, considero que no solo sí se puede, sino que debería actuarse dentro del expediente.

Por otro lado, la norma no establece como limitación que el trámite de la prueba anticipada deba culminar para aportarla al proceso; nada impide que sea solicitada y que durante su tramitación se presente la demanda (deberá ofrecerla, señalando que se encuentra en trámite).

Así también, no debe poder emplearse la prueba anticipada como un recurso para contrarrestar o suplir la falta de ofrecimiento oportuno de medios probatorios; de ese modo, si ya se presentó la demanda, no cabe que se solicite la actuación anticipada de algún medio probatorio que no haya sido ofrecido, salvo que se trate de un medio probatorio que pueda ser incorporado de forma extemporánea (debe pedirse su inclusión en tal calidad al proceso).

2.2. Legitimidad para solicitarla

2.2.1. Legitimidad de ambas partes del conflicto

El artículo 284 señala que el solicitante de la prueba anticipada deberá expresar la pretensión que va a reclamar, y el artículo 287 establece como regla general para la actuación de la prueba el contradictorio y como excepción la posibilidad de no citar a la futura contraparte por razones de garantía y seguridad, lo que deberá ser sustentado por el solicitante, debiendo especificar además el petitorio de la futura demanda. De ceñirse al texto de las normas citadas parecería que la prueba anticipada solo puede ser solicitada por quien va a demandar.

Tal interpretación es errónea por restrictiva e inconstitucional. El derecho a probar es un derecho fundamental y en modo alguno puede considerarse que alguna de las modalidades para su ejercicio sea exclusiva de una de las partes, lo que incluye el derecho de preservar el medio probatorio y en general todas las finalidades que sustentan la institución de la prueba anticipada. Lo contrario vulneraría además el principio de igualdad, que es aplicable para todos los derechos, y que por cierto tiene un contenido y desarrollo especial dentro del proceso. La prueba anticipada forma parte del derecho a probar, por lo que si la finalidad de la prueba anticipada se presenta para quien prevea ser demandado (mantiene una controversia con la contraparte, ha recibido cartas notariales, o inclusive recibió la invitación a conciliar), debe poder solicitarla para preparar su defensa.

Si una de las partes en el conflicto niega responsabilidad respecto de un evento dañoso (contractual o extracontractual), alegando por ejemplo ruptura del nexo causal, o algún factor eximente de responsabilidad, sabe que necesitará acreditar sus afirmaciones en caso sea demandado; si las pruebas que acreditarían los hechos o circunstancias en que sustenta sus descargos son susceptibles de desaparecer,

la prueba anticipada es un derecho que le asiste, tan igual como al posible futuro demandante.

Debe tenerse en mente, por lo demás, que en una controversia cada una de las partes puede tener la intención de demandar, pero una se adelanta. La otra puede optar por solo contestar, como también puede decidir reconvenir. Y para cualquiera de los casos ambas partes están habilitadas, de cumplirse con los requisitos de la norma, para solicitar la actuación anticipada de ciertos medios probatorios. De interpretarse que solo quien va a demandar puede ejercer este derecho (de actuación anticipada), entonces también debería concluirse con este absurdo: el demandado (que actuó su prueba anticipada porque pretendía demandar, pero la otra parte lo emplazó antes) no podría aportar su expediente de prueba anticipada al proceso en su contestación de la demanda (solo en la reconvenición, así que tendría que reconvenir para no perder su prueba). Inconstitucional e irracional.

La legitimidad para solicitar la prueba anticipada está dada por la afirmación del solicitante acerca de la vinculación jurídica sustantiva entre él y su futura contraparte procesal –de la que se ha generado la situación de conflicto o de la que derive la pretensión de tutela jurisdiccional que planea plantear–, expresada de modo complementario a la indicación de la pretensión genérica que reclamará.

Si en la demanda la legitimidad requerida no necesita más que la exposición sobre la identidad en la relación jurídica sustantiva (si existe o no dicha relación formal de correspondencia) sin ingresarse a evaluar ni la titularidad del derecho alegado ni la justicia de la pretensión, en la solicitud de prueba anticipada este requisito es, a lo sumo, igual, aunque en la práctica es menos riguroso, dado que no se necesita explicar las razones de la pretensión futura ni menos exponer los hechos en los que la misma será sustentada.

Finalmente, debe recordarse que solo los *futuros* demandantes o demandados pueden solicitar la actuación probatoria anticipada; ya se ha explicado en el punto anterior (sobre oportunidad para solicitar la prueba anticipada) que puede ejercerse este derecho de actuación anticipada cuando ya se es demandante o demandado, esto es, cuando ya se encuentra instaurado el proceso.

2.2.2 Legitimación extraordinaria

No deben dejar de considerarse los supuestos de legitimación extraordinaria previstos en la normativa, basados en el legítimo interés de personas distintas al titular de un derecho material en su declaración, realización o cumplimiento. Considero que la prueba anticipada no está limitada para supuestos de legitimidad ordinaria, por cuanto el legítimo interés de estas personas se encuentra también

amparado en forma expresa, siéndoles aplicables las reglas que viabilizan el derecho a probar.

De ese modo, la persona legitimada puede solicitar actuaciones anticipadas de medios probatorios, en tanto se cumplan con los requisitos establecidos por el artículo 284 en comentario. Algunos de dichos supuestos se describen a continuación:

- El artículo 60 del CPC incluye este tipo especial de legitimación.
- El artículo 1219, inciso 4 del CC (al que hace referencia el art. 60 del CPC) habilita al acreedor a ejercer los derechos de su deudor en vía de acción o de defensa, siempre que sustente su interés en el resultado de ese proceso –se denomina acción (pretensión) subrogatoria u oblicua a la pretensión que formula el acreedor en estos casos–.
- El artículo 1987 del CC autoriza demandar indemnización de los daños sufridos contra el asegurador.
- El artículo 82 del CPC, que regula el patrocinio de intereses difusos, otorga legitimación a determinadas entidades y a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro (en estos últimos casos la legitimación será evaluada y decidida por el juez), norma que debe apreciarse en forma sistemática con el artículo IV del Título Preliminar del CPC, que exonera de invocar legitimidad para obrar a quien promueve el proceso en defensa de intereses difusos.
- El artículo 275 del CC otorga legitimidad para demandar la nulidad del matrimonio a quienes tengan interés legítimo y actual.
- El artículo 1999 del CC faculta a quienes tengan legítimo interés a alegar la suspensión y la interrupción de la prescripción extintiva.
- El artículo 54 de la LGM subroga al acreedor garantizado que hubiese recibido títulos valores en garantía mobiliaria, en los derechos de su deudor y de ese modo pueda practicar los actos necesarios para conservar la eficacia del título y los derechos de su deudor, así como para su cobro o la enajenación en caso de incumplimiento.
- Los artículos 1498 y 1499 del CC prevén la intervención sustitutoria y la coadyuvante en los procesos de evicción.
- El artículo 129 del CC otorga legitimidad para solicitar judicialmente la afectación de los bienes de una fundación no inscrita a otra fundación quien tenga legítimo interés.

2.3. Prueba anticipada y medida cautelar

En ciertas circunstancias esperar el momento procesal establecido para actuar pruebas puede resultar inútil o ineficiente, lo que podría conllevar perder el ejercicio real del derecho a probar. La prueba anticipada, en este sentido, guarda similitud con la medida cautelar, siendo ambas instituciones que protegen aspectos fundamentales del proceso: la primera, la efectividad del derecho a probar; la segunda, la efectividad de la sentencia (asegura el resultado práctico de la sentencia); la primera quiere que la decisión final pueda basarse sólidamente en hechos y circunstancias reales, a las que le aplique la norma pertinente, y la segunda, que esa sentencia justa a la que se aspira pueda hacerse realidad. Se diferencian tanto por lo que específicamente salvaguardan como por cuanto la prueba anticipada no es ni provisional ni mutable, aspectos característicos de la medida cautelar.

En ambos casos se requiere como base sustentar las razones justificatorias (que vendrían a ser el peligro en la demora que consistiría en el daño irreversible en caso no se conceda por el juez). Sobre esto se hará un desarrollo en el siguiente punto de estos comentarios, por cuanto el CPC ha agrupado bajo el capítulo de “prueba anticipada” a actuaciones probatorias previas a su etapa procesal, con finalidades diferentes (tres finalidades distintas, las que resultarían entonces tres tipos de “prueba anticipada”), de las cuales solo una merece ser contrastada con la tutela cautelar.

Se ha señalado que otra diferencia entre ambas instituciones de tutela es el trámite, en lo relativo a la participación de la contraparte (hay que recordar que en prueba anticipada antes del proceso como en medida cautelar fuera de proceso es contraparte sustantiva, porque aún no hay proceso; y cuando la prueba anticipada y la medida cautelar son solicitadas dentro del proceso es contraparte procesal), siendo que la medida cautelar se dicta *in audita pars* y la prueba anticipada no. Esto no es inamovible en ninguna de las dos figuras. En la prueba anticipada cabe pedir al juez –basándose en razones de “garantía y seguridad”– que se actúe el medio probatorio sin citación del otro (art. 287 del CPC) y, en lo referente a las medidas cautelares, el legislador ha optado por incorporar el contradictorio en ciertos procesos (contencioso-administrativo en materia tributaria, por ejemplo), o las medidas cautelares en el arbitraje (en las que la tramitación sin la otra parte es la excepción), lo que parecería el esbozo de una posible tendencia en nuestro sistema jurídico.

La actuación probatoria es en principio una actividad que tiene *de suyo* el principio del contradictorio. No cabe que se haga declarar a un testigo sin que la contraparte (o futura contraparte) pueda hacerle repreguntas y detectar las faltas a la verdad, las contradicciones, etc. La esencia del proceso es la bilateralidad, el derecho de defensa, el contradictorio, y uno de los momentos estelares para ejercer

estos derechos es en las actuaciones probatorias. Por ello, esta posibilidad de obtener la actuación probatoria en ausencia del otro debe estar sustentada en razones puntuales, que por lo general apuntan al riesgo de que la propia contraparte obstaculice o frustre el objetivo de la actuación. Por ejemplo, cuando se pretenda una inspección judicial a fin de que se registre una situación de vulneración (basura acumulada, maltrato a una persona, ruidos molestos, perturbaciones en general a la posesión, colocación de tranqueras que impiden el tránsito, colocación de carteles ofensivos, entre otros), pero si se avisa a la otra parte esta podría alterar tales situaciones o circunstancias. Aquí es cuando la prueba anticipada se encuentra más próxima a la tutela cautelar.

En todo caso, las razones de garantía y seguridad para actuar la prueba anticipada pueden consistir en, precisamente, no perder el elemento sorpresa a fin de que la futura contraparte procesal no frustre la actuación probatoria, lo que se asimila al motivo por el que las medidas cautelares se decretan *in audita pars*.

2.4. Requisitos. Finalidad

2.4.1. Indicación de la pretensión

La norma en comento establece que los requisitos son la indicación de la pretensión genérica (no es necesario presentar la estrategia procesal de planteamiento con base en acumulación de pretensiones –subordinadas, alternativas, accesorias–) de la demanda a ser presentada y la razón justificatoria para esta actuación anticipada.

Ahora bien, recordando que como la prueba anticipada se rige, en principio, por las reglas generales de actuación probatoria, el contradictorio es esencial. Empero, cuando se haga uso de la excepción contenida en el artículo 287 del CPC (prueba anticipada sin citación de la futura contraparte por razones de garantía y seguridad) para que no se frustre el objetivo de la prueba, no bastará con expresar la pretensión genérica de la futura demanda, sino que deberá especificarse el petitorio de la misma, lo que debe entenderse como la exigencia de describir de modo más puntual y detallado las pretensiones (acumulación) a plantear y los hechos que se requieran acreditar.

Evidentemente esta regla se aplica, como ya se ha señalado, para cualquier sujeto legitimado para solicitar la prueba anticipada (futuro demandante, futuro demandado, actual demandante y actual demandado).

Un tema importante que se abordará más adelante es si la prueba anticipada procede para todo tipo de medios probatorios o solamente para los que se regulan expresamente en el capítulo (pericia, testigos, reconocimientos de documentos

privados, exhibición, absolución de posiciones e inspección judicial). Nótese que la norma no señala que los medios probatorios indicados son los únicos que pueden actuarse de forma anticipada.

2.4.2. Razón justificatoria

La razón justificatoria para dar “luz verde” al solicitante guarda estrecha relación con la finalidad de la prueba anticipada. Y es aquí donde se encuentra la riqueza y los consiguientes problemas interpretativos de esta institución.

¿Cuáles son las razones justificatorias para actuar un medio probatorio antes de su hora procesal? Hay situaciones que pueden considerarse de urgencia y otras que no, por lo que la excepcionalidad con que suele calificarse al instituto de la “prueba anticipada” aplica a los supuestos considerados críticos (de conservación de la prueba); en cambio, hay otros supuestos que no son críticos pero que se encuentran cubiertos por esta facultad (de actuación previa).

En efecto, el CPC ha agrupado bajo la nomenclatura única de “prueba anticipada” a supuestos de distinta finalidad.

Revisando el texto de las normas del CPC en el capítulo de prueba anticipada, encontramos tres distintas “razones justificatorias”, las cuales tienen relación con la distinción doctrinaria de las tres grandes categorías de actuaciones probatorias previas: i) diligencias preliminares (que es en realidad un nombre genérico); ii) diligencias preparatorias (por su especial significado); y, iii) diligencias conservatorias.

i) Aseguramiento de la prueba. Diligencias conservatorias

- a) Ante el riesgo de que el propio medio de prueba se pierda o deteriore por el transcurso del tiempo o por las circunstancias que atraviesa; estos medios de prueba pueden ser bienes, documentos, lugares o personas, para lo cual se puede actuar pericia y/o inspección judicial). Se incluye el riesgo de que la contraparte (futura o no) frustre el objetivo o la finalidad de la prueba, modificando las circunstancias.
- b) En el caso de los testigos, cuando peligre la posibilidad de obtener su declaración (o de obtener una declaración adecuada) por enfermedad, ancianidad o ausencia inminente del testigo. Se debe incluir el riesgo (sustentado) de que la futura contraparte sea quien ponga en peligro la obtención de esta declaración.

En estos casos el solicitante debe expresar/explicar la razón que justifica esta actuación anticipada. El rigor con que se sustente el pedido dependerá del estándar que maneje cada juez. Así, si por ejemplo se basa en la ancianidad del testigo,

¿cuál es la edad que pueda considerarse razonable para que sea necesaria esta actuación? ¿la edad cronológica o la condición física de “ancianidad” del testigo? También debe sustentarse el riesgo de la pérdida o deterioro de documentos, bienes, lugares, etc.

Estos supuestos son los que contienen el espíritu tradicional de la “prueba anticipada”, la que se asemeja a la medida cautelar, y la que puede actuarse en ciertos casos sin citación de la otra parte.

Es importante señalar que esta actuación, si bien se sustenta en la conservación de la prueba, sirve también para determinar posiciones de las partes antes del proceso, para establecer las estrategias procesales (que incluyen las definiciones de las pretensiones), o inclusive (si para el solicitante esta prueba es fundamental) para descartar la decisión de plantear demanda alguna, y más bien centrarse en la transacción o conciliación con su antagonista.

ii) **Diligencias preliminares. Obtención de información para plantear la demanda**

Se trata de supuestos que no son de orden garantista, sino que apuntan a aclarar cuestiones previas, buscando obtener la información necesaria para preparar el proceso a instaurarse.

Con el resultado de ellas puede optarse por no demandar—por considerar inútil hacerlo—, o por elegir cómo diseñar la demanda, porque con estas pruebas puede dotarse de solidez al proceso lo que incide en la estrategia al elaborar las pretensiones (según los elementos probatorios con que realmente se cuente se plantean las pretensiones y la estrategia procesal, en una inversión del orden: primero las pruebas seguras y después la pretensión, y no al revés).

Estas actuaciones anticipadas tienen cierta semejanza con la figura de derecho procesal del *common law* denominada *discovery*, cuya función esencial es obtener información para perfilar la posición de las partes en el proceso judicial, lo que aportará a la delimitación de las cuestiones a debatir, cuestión de no poca importancia porque ayudará a la realización de la justicia y además ahorrará costos al sistema judicial.

El ejemplo en el Código de estas actuaciones preliminares se encuentra en la regulación de la exhibición (art. 293 del CPC: “Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición (...”).

En estos casos el solicitante solamente deberá expresar estas razones básicas al juez (necesidad de esclarecimiento previo de una situación), y señalar la

pretensión genérica de su futura demanda, por cuanto no se trata de riesgos sino de economía, razonabilidad, viabilidad y/o eficiencia.

Ahora bien, cuando se trata de este tipo de “prueba anticipada” (con esta finalidad), no tiene sentido solicitar la actuación cuando ya se ha planteado la demanda, por lo que en este caso solo procedería la prueba anticipada antes del inicio de un proceso. No se relaciona con la tutela de urgencia (que la asemeja a la medida cautelar).

Finalmente, si se considera que solo cabe esta actuación anticipada en la exhibición de documentos (único medio probatorio señalado en el CPC bajo esta modalidad de prueba anticipada), no debería proceder la actuación sin citación de la otra parte.

Pero de considerarse que la mención que hace el CPC a la exhibición no es limitativa sino solo referencial (véase que los apercibimientos son solo para las actuaciones que deban realizarse por la futura contraparte), y que por ende podría solicitarse la exhibición por terceros (aquí no hay apercibimientos) e inclusive también otros medios probatorios, *por la misma finalidad (esclarecimiento previo para preparar la demanda)*, entonces podría darse el supuesto de “garantía y seguridad” y actuarse sin citación a la contraparte. En estos casos no sería necesario que el pedido se sustente en el riesgo del medio probatorio, sino en la finalidad de obtención de información para plantear la demanda. Es de señalar que esta interpretación no es fácil de encontrar a nivel judicial, donde predomina la circunscripción de esta actuación (por esta finalidad) a la exhibición por la futura contraparte. Más aún, en muchos casos la interpretación (que considero errónea) que se realiza apunta a que el pedido debe sustentarse *además* en el riesgo de pérdida o deterioro de la prueba.

Ahora bien, este mismo objetivo se puede lograr mediante cualquiera de las actuaciones probatorias anticipadas, pues del resultado de las mismas el solicitante puede obtener lo que necesita para interponer sus pretensiones con sustento probatorio necesario, o comprobar que no lo tiene (no obtuvo ese esclarecimiento previo) y así optar por no demandar.

iii) Diligencias preparatorias

La finalidad de la “prueba anticipada” en este caso es la preparación de títulos y más aún, la creación de títulos ejecutivos (art. 688, incs. 6 y 7 del CPC). Estas actuaciones previas cumplen un rol facilitador para el proceso ulterior, pues se busca obtener lo requerido para la viabilidad de dicho proceso.

El CPC considera a la absolución de posiciones y al reconocimiento de documento privado dentro de este rubro: “cualquier interesado en el contenido o efectos

de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan”, “puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso”.

Nótese que, a diferencia del caso anterior (las *diligencias preliminares*), no se exige ni siquiera que este pedido se sustente en el esclarecimiento previo de alguna relación o situación jurídica, por lo que en principio el solicitante no tendría que indicar para qué desea la actuación de estos medios probatorios (lo que se inferirá de la pretensión genérica que indique). Empero, como el artículo en comento establece como requisito que se exprese la “razón justificatoria”, deberá señalarse que se pretende la preparación de un título facilitador para un proceso ulterior. Y, al igual que el caso anterior, estas diligencias preparatorias pueden culminar sin que el proceso de ejecución (o el de cognición, de ser el caso) sea promovido.

Muchos consideran que la exclusiva finalidad en estos casos es la creación de títulos ejecutivos, pero ello no es así: ello es un *plus* (un *bonus*) que otorga la normativa procesal (que se encuentra en el Título V –proceso único de ejecución– y no en el capítulo de prueba anticipada), siempre y cuando el documento reconocido o las respuestas a las preguntas contengan todos los elementos de los títulos ejecutivos: deben concurrir (para que sea título ejecutivo) los demás requisitos: obligación cierta, expresa, exigible, líquida o liquidable mediante operación aritmética simple. El juez de ejecución debe calificar estos títulos y verificar si cumplen con los requisitos para constituir títulos ejecutivos.

El documento privado puede contener una gama de declaraciones diversas y no solo obligaciones. El título ejecutivo solo puede contener obligaciones (de dar, de hacer, de no hacer). Así que el reconocimiento de documento privado es un género y el reconocimiento de documento privado que contenga obligaciones es una especie respecto de aquel. Por lo demás, tratándose de obligaciones, si no contiene una obligación líquida o liquidable, o si le falta algún otro elemento o cualidad para configurar título ejecutivo, el reconocimiento realizado en forma anticipada o, en su caso, la absolución de preguntas, vale como medio de prueba en un proceso de cognición, con lo que su finalidad se acerca a la de las diligencias preliminares.

Sobre los títulos valores reconocidos

Existe un debate acerca de si los títulos valores reconocidos recuperan mérito ejecutivo (cuando lo han perdido por causa de la falta de protesto o formalidad sustitutoria). De acuerdo al artículo 688 del CPC, no: son títulos ejecutivos los que se establecen taxativamente. Unos son los títulos valores (con todos sus requisitos), y otros son la prueba anticipada de reconocimiento y de absolución de posiciones.

Al respecto, la Ley de Títulos Valores establece (art. 91.2) que la falta de los requisitos consistentes en el protesto o la formalidad sustitutoria del mismo, “podrá subsanarse si dentro de los plazos de prescripción de la respectiva acción cambiaria señalados en el artículo 96, el tenedor logra obtener, en forma expresa o ficta, el reconocimiento judicial en su contenido y firma del título valor, por parte del o de los obligados respecto a quienes se ejercite la correspondiente acción cambiaria. (...)”, y en el artículo 96.3 señala que “(...) los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo son perentorios y no admiten interrupción, ni suspensión. El reconocimiento judicial del título valor vencido no interrumpe los plazos de prescripción señalados en el presente artículo para el ejercicio de las acciones cambiarias derivadas de él”.

Considero que se trata de dos cuestiones diferentes.

- El defecto del protesto o su formalidad sustitutoria puede subsanarse si se obtiene reconocimiento judicial del título valor dentro de los plazos de prescripción: el título valor así es subsanado y recupera su mérito ejecutivo; si se reconoce el título valor fuera de los plazos de prescripción no se subsana ese defecto específico. Si se reconoce el título valor vencido pero antes de vencida la prescripción de la pretensión cambiaria, ello no suspende ni interrumpe el plazo de prescripción, por lo que el mismo sigue corriendo; debe entenderse asimismo que si venció el plazo de prescripción el reconocimiento no podrá, obviamente, resucitar el mérito ejecutivo del título valor. Todas estas reglas aplican para títulos valores y el mérito ejecutivo de los mismos.
- En cambio, un documento que alguna vez fue un título valor o que nunca lo fue al faltarle algún requisito, es un documento privado común, y por ende le es aplicable el tratamiento de todo documento privado, lo que incluye el reconocimiento, y por ende puede ser objeto de dicha prueba anticipada. Así, no regresaría a ser un título valor ni se convertiría en uno, sino que sería un documento privado reconocido en prueba anticipada, que puede calificar como título ejecutivo (si contiene todos los elementos de los títulos ejecutivos) o, por lo menos, como medio de prueba para un futuro proceso de cognición.

En suma, en cuanto a la pericia, la inspección judicial y la declaración testimonial, la norma parece exigir riesgos de pérdida o deterioro de lo que será objeto de prueba para que se acceda a anticipar su actuación (para asegurar o conservar la prueba). Estas actuaciones se centran en la evaluación o verificación por terceros de bienes, documentos o personas (pericia e inspección), y en la declaración por terceras personas (testigos) ajenas a las partes. Se aportan estos medios de prueba

a un proceso judicial, en el cual formarán parte del elenco probatorio a ser analizado, sopesado y valorado por el juez.

En cambio, para las actuaciones probatorias en las que se confronte a la futura contraparte, es decir, en las que la actuación probatoria está en cabeza de esta (exhibición, reconocimiento de documento privado y absolución de posiciones), la normativa no exige al solicitante proporcionar razones justificatorias (solamente sería necesario la mención de la norma que regula este medio probatorio, que es básicamente autoritativa) para su actuación anticipada. Basta, en rigor, que el solicitante indique la pretensión genérica de su futura demanda (o contestación, o reconvencción, como se ha indicado anteriormente). Inclusive se establecen apercibimientos (lo que obviamente no se da en las otras actuaciones) sumamente severos si no se cumple con actuar el medio probatorio; con ellos (los apercibimientos) el solicitante obtendría prueba plena o semiplena para su futuro proceso y, en algunos casos, inclusive títulos ejecutivos.

3. MEDIOS PROBATORIOS

Se ha señalado que los medios probatorios a ser actuados anticipadamente, de acuerdo a la mención y regulación expresa del capítulo, son únicamente la pericia, los testigos, el reconocimiento de documentos privados, la exhibición, la absolución de posiciones y la inspección judicial, es decir, los medios probatorios típicos (taxativos - art. 192 del CPC).

Medios probatorios atípicos

Nótese que no hay norma que disponga que solamente los medios probatorios indicados pueden actuarse de forma anticipada, aunque una lectura encorseada del capítulo podría llevar a tal inferencia, que considero errónea.

Los medios probatorios atípicos, que se han incluido como parte de la previsión legal ante el constante desarrollo de la ciencia, la técnica y la tecnología, y su posible implicancia en los medios probatorios al crearse instrumentos más precisos y afinados para percibir las cosas (sucesos, manifestaciones, entorno, etc.), al constituir auxilios técnicos o científicos que permitan lograr finalidad de los medios probatorios, forman parte del universo al que las partes pueden acceder para acreditar sus afirmaciones y, por ende, son susceptibles de ser actuados en forma anticipada.

Se ha permitido la convivencia de la lista cerrada o taxativa con la abierta (*numerus apertus*), que da espacio y oxígeno a posibilidades no contempladas, permitiendo que eventualmente se adhieran nuevos instrumentos técnicos o científicos que ayuden a agregar elementos al juez para que este se forme mayor convicción

de los hechos, circunstancias o situaciones, con lo que la aproximación a la verdad y la justicia se ve beneficiada (finalidad del proceso).

Y siendo que la misma norma establece que estos medios probatorios atípicos se actuarán por analogía con los medios típicos (es decir, se les asimilará, según el caso, a los documentos, a la pericia, etc.), entonces nada impide que, siendo legales y sustentándose la referida analogía (que el juez evaluará), se puedan actuar como prueba anticipada, si se cumple con los requisitos del artículo 284 en comento.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ARIANO DEHO, Eugenia (2005): *Las preclusiones probatorias en el proceso civil: lugares comunes y paradojas*. ELDial.com. Diario jurídico argentino en Internet (www.eldial.com.ar); BARBOSA MOREIRA, José Carlos (2001): "Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, IV. Lima; BENTHAM, Jeremías (1971): *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I. Buenos Aires: EJE; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (1997): "El derecho fundamental a probar y su contenido esencial". En: *Apuntes de Derecho Procesal*. Giovanni Priori Posada, Reynaldo Bustamante Alarcón. Lima: Ara; CARNELUTTI, Francisco (2000): *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2000): *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1970): *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia; GARDELLA, Luis Luciano (2001): "Abuso procesal en materia probatoria". En: *Abuso procesal*. Jorge Peyrano (dir.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; GUAL GRAU, Cristian (2011): "Breves apuntes sobre el Discovery". En: *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*, 29-2011 (disponible en: <http://www.uria.com/es/publicaciones/listado-revistas/31/numero29.html>); HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (1999): *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; KAMINDER, Mario Ernesto (2002): "Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y jueces". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, V. Lima; KIELMANOVICH, Jorge (1996): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): "Prueba anticipada. Disposición General. Artículo 284". En: *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MORELLO, Augusto (1991): *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. Madrid: Civitas; PARRA QUIJANO, Jairo (2001): *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PARRA QUIJANO, Jairo (1982): *Tratado de la prueba judicial*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PAUL DIAZ, Alvaro (2006): *La prueba anticipada en el proceso civil*. Santiago: Lexis Nexis; PEYRANO, Jorge W. (1995): *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al Código Procesal Civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas; PICÓ I JUNOY, Joan (1996): *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (1999): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Lima: Grijley; RICCI, Francisco (1958): *Derecho Civil teórico y práctico. Tratado de las pruebas*. Madrid: Editorial Moderna; SENTIS MELENDO, Santiago (1979): *La Prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: EJE; TARUFFO, Michele (2011): *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta.

Artículo 285 | Admisibilidad y procedencia

El juez solo admitirá la solicitud si se cumple con los requisitos previstos en el artículo 284.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 33, 128, 284, 297, 426, 427, 749.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Si bien todos, o casi todos, los hechos preexisten al proceso –bajo la denominación técnica de *fuentes de prueba* (MONTERO, 2000: p. 45)–; sin embargo, no todos van a tener la posibilidad de constar en un *medio probatorio instrumental* que les permita trasladarlo luego al proceso y pueda allí representar los hechos suscitados –la representación es una cualidad de los *documentos* (ARAZI, 2001: p. 199)– y por tanto sea de fácil apreciación y valoración por el juez en el juicio que realiza a efectos de resolver la controversia y que técnicamente se denomina *prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: p. 323; VERGER, 2003: p. 502; PALACIO, 2004: p. 392).

Surgió así la necesidad de implementar un mecanismo para cuando se requiera contar anteladamente al proceso con *fuentes de prueba* recabadas en un expediente, al cual se denominó *prueba anticipada*, que es en realidad un tipo de *prueba preconstituida* (preexiste al proceso y tiene por finalidad operar como medio de convencimiento dentro de una litis) según la clasificación de las pruebas (HINOSTROZA, 2002: pp. 119-130) y es elaborada con la participación del mismo juez que conocerá la futura controversia donde será apreciado el referido medio probatorio.

En efecto, tal como ha sido reseñado por HINOSTROZA, la actuación de los medios probatorios ocurre casi siempre después de la etapa postulatoria de la litis o pleito judicial (en la que son suministrados), esto es, en la correspondiente audiencia de pruebas; sin embargo, el ordenamiento jurídico ha previsto un proceso especial –no contencioso– en el que puede peticionarse la práctica de un medio probatorio, anterior el momento procesal que debería por lo general corresponderle, vale decir, a la audiencia probatoria del proceso principal en el cual se solicita la tutela jurisdiccional a fin de hacer valer un derecho objeto de controversia o de incertidumbre jurídica (HINOSTROZA, 2010: p. 710).

2. LA PRUEBA ANTICIPADA

HINOSTROZA define a la prueba anticipada como aquel procedimiento excepcional (pues exige determinados requisitos para su procedencia) de actuación previa de medios probatorios que tiende a preparar o consolidar la prueba de un proceso a iniciarse posteriormente (HINOSTROZA, 2010: p. 710).

Asimismo, se ha señalado que la *prueba anticipada* puede considerarse como un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, pues solo se invoca la jurisdicción para buscar tutela en la conservación de los medios de prueba, de manera antelada y urgente o para buscar información preliminar para un futuro proceso (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 296).

CARRIÓN encuentra la justificación de tal actuación en la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar el litigio (CARRIÓN, 2000: p. 128). Por su parte HITTERS sostiene que la *prueba anticipada* importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa en que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción (HITTERS, 2010: p. 330). A su vez, DI IORIO considera que la *anticipación probatoria* tiene por objeto la realización de actos de prueba en sede judicial, que por ciertas circunstancias, valoradas por el legislador como dignas de protección, son realizadas con anterioridad a la oportunidad que la regulación legal del proceso le destina; y agrega que tiene por objeto procurar que las partes puedan obtener la conservación de pruebas de las que si se espera la oportunidad procesal que le acuerda el ordenamiento legal, se corre el riesgo de que se pierdan por el mero transcurso del tiempo o el acaecimiento de hechos fortuitos o artificialmente provocados que alteren la situación de hecho de las cosas (DI IORIO, 2003: p. 344).

De otro lado, MONTERO –partiendo de la norma procesal civil española– señala que la *anticipación de la prueba* consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que le fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Agrega que presenta dos supuestos: i) Puede producirse antes de la iniciación del proceso, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal previsto de modo general, y en tal caso solo lo puede solicitar el futuro demandante y lo dirigirá al órgano judicial que se considere competente para conocer del futuro proceso; y, ii) puede producirse también durante el curso del proceso, por las mismas razones que en el supuesto anterior, y en tal caso puede pedirla cualquiera de las partes, siendo que el órgano judicial competente es el mismo que ya está conociendo del proceso y debe practicarse antes de la celebración del juicio (ordinario) o de la vista (verbal) (MONTERO, 2000a: pp. 308-310).

3. LAS CATEGORÍAS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

Sostiene MONROY que a diferencia de lo que ocurre con la categoría de la *fundabilidad*, que implica el pronunciamiento del juez sobre toda cuestión de fondo que se discuta en el proceso y haya sido planteado, sea en la demanda, en una excepción, en una tacha, en una apelación, etc., en el caso de las categorías de *procedencia* y *admisibilidad* son utilizadas de forma complementaria para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de esta o del procedimiento sobre el cual se encarrila. Agrega que la distinción entre *procedencia* y *admisibilidad* es tan sutil que solo en el plano negativo (es decir como *improcedencia* e *inadmisibilidad*, respectivamente) puede identificarse su diferencia, y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que les sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Así, mientras la *improcedencia* constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable, pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contienen habrán concluido indefectiblemente; la *inadmisibilidad* es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. De tal manera que superada la *inadmisibilidad* nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que esta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de *improcedencia* (MONROY, 2007: p. 306).

De tal manera, diremos entonces que cuando la sumilla, título o membrete del artículo en comento hace referencia a la *admisibilidad* y a la *procedencia*, lo está haciendo casi a título de sinónimos para significar la labor de calificación positiva de la solicitud que hará el juez, ello por cuanto lo procedente es a la vez admisible y además no existe una situación procesal en que un asunto siendo admisible (o sea habiéndose admitido) sea a la vez improcedente, o a la inversa. En todo caso, como lo destaca el antes citado autor, al ser que la diferencia entre ellas solo se puede apreciar cuando las referidas categorías adoptan un sentido negativo, es decir de *inadmisibilidad* (subsancable y por tanto posible de tramitarse) e *improcedencia* (insubsancable y por tanto se concluye el proceso), que no son otra cosa que los efectos luego de la calificación, entonces colegimos que queda a la discrecionalidad del juez el determinar –guiado por las pautas del artículo 128 del CPC– cual requisito permite subsanación y cual no, y dependiendo de eso será *inadmisible* o *improcedente* la solicitud. Mayor razón si el legislador no ha identificado cuáles requisitos de los señalados en el artículo 284 del CPC son de *inadmisibilidad* y cuáles son de *improcedencia*, como si lo hacen por ejemplo los artículos 426 y 427 del CPC.

4. LOS REQUISITOS PARA LA ADMISIÓN DE LA PRUEBA ANTICIPADA Y LA VÍA PROCEDIMENTAL

En atención a lo antes expresado, podríamos catalogar como requisitos cuyo incumplimiento conllevan la *inadmisibilidad* (o sea posibles de subsanar) de la solicitud los siguientes:

- Expresar la pretensión genérica que se va a reclamar.
- Expresar la razón que justifica la actuación anticipada del medio probatorio.

A su vez, podríamos catalogar como requisitos cuyo incumplimiento conllevan a la *improcedencia* (o sea imposibles de subsanar) de la solicitud los siguientes:

- Tener legitimidad para solicitarlo.
- El medio probatorio deberá ser actuado antes del inicio del proceso.
- Dirigirlo al juez competente que por razón del grado, cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso (este requisito no está en el art. 284 del CPC, como lo exige el artículo bajo comento, pero sí en los arts. 33 y 297 del CPC y son de inobjetable observancia).

Si se cumple con los mencionados requisitos se admitirá a trámite la solicitud, en la vía del *proceso no contencioso* (véase el art. 297 del CPC), el cual se encuentra regulado en el artículo 749 y ss. del CPC.

Por el contrario, si le falta algún requisito de admisibilidad, entonces se declarará la *inadmisibilidad* y se concederá plazo al solicitante para subsanar. Trae ello, si se subsana dentro del plazo concedido se *admitirá* a trámite la solicitud. Si en cambio no se subsana o se hace fuera del plazo, se estará entonces ante una situación similar a la contemplada en la parte *in fine* del artículo 426 del CPC, es decir se procederá al *rechazo* de la solicitud.

Finalmente, si no se cumple con los requisitos de procedencia, entonces se declarará *improcedente* la demanda, por cuanto se estará ante una situación similar a la regulada en el artículo 427 del CPC.

5. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN SU APLICACIÓN

En primer orden destacamos la imprecisa regulación sobre el tipo de requisitos que hemos descrito en los dos ítems anteriores.

En segundo orden, traemos a colación –por ser recurrente– la crítica que anota CARRIÓN cuando señala que los jueces no son rigurosos en cuanto a las exigencias procesales que hemos descrito en el ítem anterior, especialmente en lo que se refiere a la justificación del pedido, lo que no es conveniente, pues en todo caso los medios probatorios deben actuarse dentro del proceso (CARRIÓN, 2000: p. 128).

Por su parte LEDESMA señala que la producción de pruebas anticipadas no fija definitivamente la competencia del juez interviniente, por cuanto de su actuación puede resultar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión (LEDESMA, 2009: p. 600).

También compartimos la posición de la citada autora cuando apunta que respecto de la legitimidad para solicitar el aseguramiento de pruebas nuestro CPC aparentemente contempla la legitimidad activa del futuro demandante, al exigir que quien solicita la prueba anticipada *expresé la pretensión genérica que va a reclamar*, pero que ello no es así, porque de la lectura del artículo 284 del CPC se aprecia que toda persona está legitimada para solicitar la actuación de un medio probatorio, antes del inicio del proceso, dado que pretender atribuir la posibilidad de la prueba anticipada solo al futuro demandante no resulta coherente con el propio artículo 284 del CPC; además de que se vulneraría el principio de igualdad al permitir esa posibilidad solo al futuro actor y no al futuro demandado. Y da para el caso el siguiente ejemplo: a una persona X se le encarga la custodia de mercancías en un almacén. La mercadería se pierde producto de un incendio causado por desperfectos eléctricos. El guardián de dicho almacén podría solicitar en prueba anticipada la inspección judicial y la pericia, a fin de tener una prueba que le permita sostener su defensa frente a la posibilidad de ser demandado –en un futuro– por los daños del siniestro.

Finalmente, en una interpretación principista de las normas procesales, concordamos también con la situación que describe la autora en cuanto a la oportunidad, es decir a que la prueba anticipada no solo es admisible frente a la eventual interposición de una pretensión de cognición, sino que además puede serlo con posterioridad a la interposición de una pretensión de este tipo, aunque con carácter previo al periodo de actuación probatoria. Para lo cual da el siguiente ejemplo valedero: en un proceso de filiación, en el que recién entablada la relación procesal fallece el demandado y es enterrado bajo tierra. En dicho proceso se había ofrecido la prueba del ADN, sin embargo, dada la muerte del demandado se podría tomar las muestras genéticas sobre el cadáver –no en la audiencia de pruebas que se fije en su momento– sino en prueba anticipada, pues concurre un criterio de urgencia que permite que se altere el momento y el ámbito de la actuación probatoria. Esa urgencia está expresada no en la posibilidad de que el cadáver pueda desaparecer, sino en que al momento de tomar las muestras sobre el cadáver para la

práctica del ADN, estas ya no se conserven, por estar enterrado en zona húmeda, bajo tierra; situación diferente si los restos permanecieran en nichos de concreto, en el que sí podría esperar la actuación pericial ordinaria en la audiencia de pruebas que fije el juez en su momento.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43, Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2002): *Medios impugnatorios en el proceso civil: Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONROY, Juan (2007): “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*, N° 1/1. Lima; MONTERO AROCA, Juan (2000): “Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; MONTERO AROCA, Juan, (2000^a): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. VERGER, Joan (2003): “Disposiciones generales de la prueba, prueba de interrogatorio de partes y de testigos”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° VI. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

Artículo 286 | **Procedimiento**

Las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. V, 189, 190, 192, 193, 202 y ss., 205, 208, 213 a 274, 284, 292 a 294, 296, 693 inc. 4.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Ya hemos referido en el comentario al artículo anterior que la prueba anticipada implica la actuación de uno o más medios probatorios de manera adelantada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (la *audiencia de pruebas* del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

En efecto, la regla general del proceso civil es que la actuación de pruebas deba realizarse en su estadio natural, que es la *audiencia de pruebas* (y en el caso del proceso *sumarísimo*, el momento pertinente de la *audiencia única*), es decir el momento del proceso que se ubica previo a la emisión de la sentencia; por lo que en el caso de la *prueba anticipada* estamos frente a una regla especial o excepcional, que responde a determinadas situaciones de urgencia, como es el caso de evitar la eventual desaparición de los medios probatorios o su dificultosa producción. Por ello es que, a fin de evaluar si se está ante tal situación de urgencia, el artículo 284 exige que el solicitante deba expresar la pretensión genérica que va a reclamar en el futuro proceso y también la razón que justifica la actuación anticipada del medio probatorio. Desde ese punto de vista comparte algunos propósitos comunes con la medida cautelar.

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS

La categoría *medios probatorios* forma parte de otra mayor, denominada *actividad probatoria* o *teoría de la prueba*, y es congénere de las categorías *fuentes de prueba* y *prueba*. Como las *fuentes de prueba* son en buena cuenta los vestigios de los hechos que dan lugar a una controversia, y por lo tanto preexisten al proceso, entonces se requiere de vehículos que los trasladen al proceso, a los cuales se les llama *medios probatorios*, y con base en esa información es que el juez analizará la situación planteada y formará su convicción, que no es otra cosa que la *prueba*, lo cual le permitirá resolver la *litis* o la incertidumbre jurídica.

Los *medios probatorios* son entonces todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. A estos nuestro CPC los recoge bajo el nombre de *medios probatorios típicos* en su artículo 192. Sin embargo, el referido ordenamiento no descarta que en algún momento se puedan presentar otros que persigan la misma finalidad y que no necesariamente se identifiquen con alguno de los ya mencionados, por lo que a fin de que también queden comprendidos dentro del género los regula en su artículo 193 bajo el nombre de *medios probatorios atípicos*.

3. LA ACTUACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Lo que se actúa en la *audiencia de pruebas* (y por lo antes dicho, también en la *prueba anticipada*) son los *medios probatorios*, básicamente los no *documentales*, como son la *testimonial*, la *pericia*, la *absolución de posiciones* –un casi símil de la declaración de parte– y la *inspección judicial*.

Coloquialmente hablando la actuación de un medio probatorio significa trasladar al papel escrito (las actas de la audiencia) las *fuentes de prueba* que no están en documentos, para que puedan ser leídas, visualizadas, por el juez, las partes y demás sujetos procesales. Excluimos a las *documentales* por cuanto en estas las fuentes de prueba pueden ser leídas y visualizadas por los sujetos del proceso, incluso desde el momento mismo que ingresaron al proceso. No obstante, con la *prueba anticipada* sí se puede hacer cierta actividad relacionada a los documentos, como es el caso de procurar su llegada al proceso (a través de la *exhibicional* de los mismos que haga la otra parte, previsto en el art. 293 del CPC) o que la otra parte reconozca el contenido de un documento (a través del *reconocimiento* del mismo que haga la otra parte, previsto en el art. 292 del CPC).

4. LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS NORMAS SOBRE ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Como la *prueba anticipada* busca actuar medios probatorios de manera adelantada, el legislador a fin de no duplicar esfuerzos en su regulación y también por simple cuestión de técnica legislativa ha dispuesto que supletoriamente se le apliquen las normas del CPC relativas a la actuación de medios probatorios.

Así, entonces, en primer orden se aplicarán las normas relativas a la audiencia de pruebas que están establecidas en el artículo 202 y ss.; y en segundo orden se

aplicarán las normas relativas a cada uno de los medios probatorios típicos (*documentos, testimonial, pericia, declaración de parte e inspección judicial*) que están recogidos en los capítulos respectivos del CPC comprendidos entre los artículos 213 a 274. Así también lo consideran HINOSTROZA y CARRIÓN en sus comentarios sobre el punto (HINOSTROZA, 2010: pp. 712-713; CARRIÓN, 2000: pp. 129-130).

Concordamos con LEDESMA cuando señala que la actividad probatoria discurre bajo diferentes etapas, desde el ofrecimiento, admisión, actuación, conservación y valoración de la prueba, y que a pesar de que no se agota en un acto, sino a lo largo de diversas etapas, la redacción del artículo en comento nos ubica en el extremo de la actuación de la prueba, lo que implicaría cuestionarse si las reglas del ofrecimiento (por ejemplo del perito, del testigo, etc.), también son aplicables a la prueba anticipada; a lo cual se responde que a pesar de que la norma en comentario limita la aplicación de las normas relativas a la actuación (entre lo que podemos encontrar la observación a los informe periciales, las contrapreguntas al testigo, etc.), nada obsta que ellas también puedan ser aplicables, en cuanto sean pertinentes, al ofrecimiento de los medios probatorios (LEDESMA, 2009: p. 601).

Resulta particularmente relevante la observación que formula la citada autora en cuanto a la actuación de la *absolución de posiciones* prevista en el artículo 294 del CPC, señalando que no se trata en realidad de la búsqueda de una prueba (que es el objetivo de una prueba anticipada), sino de la creación de un título ejecutivo (el regulado en el inc. 4 del art. 693 del CPC), por lo que las posiciones deben estar expresamente fijadas para crear títulos ejecutivos, no para constituir medios de prueba, como sería la *declaración de parte* al interior de un proceso ordinario; agregando que en esa línea debe verse que el apercibimiento que se aplica a la absolución de posiciones, conlleva a que se tenga por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado (ver el inc. 3 del art. 296 del CPC), situación diversa de lo que ocurre en la declaración de testigos. Y es que en el caso de ellos sí es congruente con el objetivo de la prueba anticipada, pues lo que se busca no es crear títulos, sino asegurar un medio de prueba por razones de urgencia, como es, recabar la declaración del tercero, por razones de ancianidad, enfermedad o ausencia inminente que hacen indispensables tomar su declaración anteladamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal". En: *Themis. Revista de Derecho*, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo*

por artículo, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu. DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La prueba anticipada puede considerarse un proceso no contencioso que busca preconstituir un medio probatorio para el futuro proceso contencioso a entablarse, en cuya medida es posible a su interior cuestionar las irregularidades en su trámite (*Cas. N° 1080-1998-Callao*).

Artículo 287 | **Emplazamiento y actuación sin citación**

El juez ordenará la actuación del medio probatorio, con citación de la persona a la cual se pretende emplazar.

A pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. VII, 50 inc. 3 y 6, 51 inc. 2, 297, 298, 424, 425, 751, 753, 754.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

A la *prueba anticipada* le es inmanente la urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310). Como hemos venido señalando, la *prueba anticipada* implica la actuación de uno o más *medios probatorios* de manera antelada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (la *audiencia de pruebas* del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

Tan latente está para algunos la urgencia que caracteriza a la *prueba anticipada*, que se ha llegado a señalar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba es resuelta *inaudita pars* por el juez, correspondiéndole a la contraria el derecho de controlar su producción formulando observaciones, oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo (LEDESMA, 2009: p. 603).

Para tal actuación urgente de medios probatorios se citará a la persona que se pretende emplazar. No obstante, el artículo en comento contiene en su segunda parte un supuesto por el cual se acentúa más la aludida urgencia: la actuación del medio probatorio sin previa citación de la persona a la que se va a emplazar basado en razones de garantía y seguridad.

2. EMPLAZAMIENTO Y ACTUACIÓN CON CITACIÓN

En un proceso *contencioso* el emplazamiento es la notificación al demandado con la demanda, sus anexos y el auto admisorio, en el domicilio real que ha señalado al efecto el demandante.

A su vez, en un proceso *no contencioso*, como lo es la *prueba anticipada* (a tenor de lo dispuesto en el art. 297 del CPC), el emplazamiento estará dado por la notificación al emplazado con la solicitud, sus anexos y el auto admisorio, en el domicilio real que al efecto ha señalado el solicitante, dado que –por indicación expresa del artículo 751 del CPC– es exigible a tal solicitud los requisitos y anexos establecidos en los artículos 424 y 425 del CPC para la demanda.

Aunque las normas de este capítulo no lo precisan así, se entiende que en el mismo auto admisorio el juez fija fecha para la realización de la audiencia de *Actuación y Declaración Judicial*, conforme lo estipula el artículo 754 del CPC, con lo que el emplazado queda citado para concurrir a la misma, teniendo además el plazo de cinco (5) días para formular oposición, tal cual lo establece el artículo 298 del CPC.

En esa audiencia se actúan los medios probatorios que son materia de la prueba anticipada; pero también deben actuarse, si fuere el caso, los que presente la parte emplazada, conforme al referido artículo 298 y al artículo 753 del CPC, que tiene la condición de supletorio.

3. ACTUACIÓN SIN CITACIÓN

Sin embargo, como ya lo adelantábamos *supra*, se ha regulado en el artículo en comento una situación que trasluce una urgencia mayor que en la generalidad de casos de prueba anticipada, la cual motiva que la actuación de los medios probatorios se haga sin citación del emplazado.

Ese supuesto está recogido en el segundo párrafo del artículo subexamen, de la siguiente manera: *A pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada.* Como se puede apreciar, son varios requisitos que deben darse para tal tipo de actuación: i) pedido de parte; ii) que esté sustentado en razones de garantía y seguridad; iii) especificar el petitorio de la futura demanda; y, iv) motivación respectiva del juez en la resolución.

Al respecto HINOSTROZA apunta: “La exención de citación previa al emplazado debe basarse en razones justificadas de garantía y seguridad (como podría ser el tratar de evitar que el futuro emplazado disponga indebidamente de su patrimonio, imposibilitando así la satisfacción de la pretensión principal a reclamarse después), siendo un requisito adicional que el solicitante señale con exactitud el petitorio de la demanda próxima a interponerse (nótese que cuando se pide que no se cite al futuro emplazado el Código adjetivo es mucho más riguroso al exigir la indicación precisa del petitorio de la demanda venidera, en cambio, si no se

hiciera dicho pedido, le bastará al solicitante de la prueba anticipada expresar en forma genérica la pretensión que va a reclamar en el proceso principal a iniciarse luego)” (HINOSTROZA, 2010: p. 715).

Por su parte LEDESMA sostiene que si el juez admite la prueba anticipada, se practicará con citación de la futura parte contraria, salvo que resultare imposible por razones de urgencia; que en ese caso el juez puede ordenar –pedido de parte– la actuación del medio probatorio, sin citación, por resolución motivada y sustentada en razones de garantía y seguridad, tomando en cuenta para ello el petitorio de la futura demanda, como por ejemplo, si se quiere registrar los ruidos molestos que los fines de semana realiza una discoteca contigua al domicilio del peticionante, se tendría que actuar dicha prueba sin citación, pues en la fecha señalada para el reconocimiento judicial, podría darse la posibilidad que notificados de lo que se busca, no produzcan en ese momento los futuros demandados el ruido que cotidianamente realizan, frustrando el objetivo de esta prueba (LEDESMA, 2009: p. 603).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II, Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2000): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*, Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu. DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois, 1998: *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se infringe las formas esenciales para la eficacia y la validez de los actos procesales cuando se da validez de medio probatorio a una prueba anticipada actuada sin el conocimiento de la parte contra la que se pretende hacer valer (*Cas. N° 951-1997-Sullana*).

Artículo 288 | **Habilitación de día y hora**

Cuando la urgencia del caso lo requiere, el juez puede habilitar día y hora para la actuación solicitada.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 141, 142; L.O.P.J. arts. 122 a 128.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Pensemos en el siguiente ejemplo que propone la profesora LEDESMA: Se precisa constatar a través de una inspección judicial los ruidos molestos de una discoteca que solo funciona los sábados durante la noche y parte de la madrugada, entonces se deberá practicar la actuación de dichos medios probatorios vía prueba anticipada, para lo cual el juez habilitará el día y la hora para tal fin, pues (conforme lo señala el art. 141 del CPC) solo son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, y solo son horas hábiles las comprendidas entre las siete y las veinte horas (LEDESMA, 2009: p. 604).

Esta facultad incorporada puntualmente por el legislador dentro del capítulo de la *prueba anticipada* es un indicador más de la urgencia que le es inmanente a la figura bajo análisis. Revela pues la preocupación del legislador por imprimirle en varias de sus normas las características de inmediatez y prevención (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 296; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344) que identifican a la *prueba anticipada* –algo muy parecido a lo que ha hecho con las normas referidas a la *medida cautelar*–, tanto así que lo ha fijado como norma especial, cuando ya tal posibilidad (de habilitar día y hora) está prevista en una norma genérica del ordenamiento procesal civil (art. 142 del CPC) para ser utilizado en cualquier proceso que lo amerite.

2. EL TIEMPO EN LOS ACTOS PROCESALES

Todos los actos procesales tienen que cumplir en su realización una serie de formalidades de *modo*, *tiempo* y *lugar*. En el caso que nos ocupa nos encontramos frente a formalidades de *tiempo* (la habilitación de días y horas para realizar actos procesales) y de *modo* (la habilitación debe constar en una resolución del juez, lo cual supone la motivación respectiva, además de que debe ser a pedido de parte o de oficio).

El artículo 141 del CPC establece que las actuaciones judiciales se practican puntualmente en el día y hora hábil señalados, sin admitirse dilación; que son días hábiles los comprendidos entre el lunes y el viernes de cada semana, salvo los feriados; que son horas hábiles las que determina la Ley Orgánica del Poder Judicial; que para las actuaciones que deban realizarse fuera del despacho judicial son horas hábiles las que están comprendidas entre las siete y las veinte horas, salvo acuerdo distinto del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Por su parte, en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial se dispensa un total de siete (7) artículos (del 122 al 128) a regular el tiempo de la actividad jurisdiccional, estableciéndose entre otros que la actividad jurisdiccional en el Poder Judicial comprende todo el año calendario; que las actuaciones judiciales se practican en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad; que los magistrados pueden habilitar los días y horas inhábiles en los casos señalados por las normas procesales; etc.

3. LA HABILITACIÓN DE DÍA Y HORA PARA LA ACTUACIÓN SOLICITADA

Teniendo como derrotero la urgencia que el caso requiere para la actuación probatoria solicitada, la norma en comento de modo expreso faculta al juez a habilitar día y hora para su realización. Así, se indica que: “[c]uando la urgencia del caso lo requiere, el juez puede habilitar día y hora para la actuación solicitada”.

Tal como lo señala HINOSTROZA, la norma faculta a los jueces para habilitar días y horas cuando se trate de diligencias urgentes, cuya demora pudiera tornarlas ineficaces u originar perjuicios evidentes a la solicitante (HINOSTROZA, 2010: p. 714). A su vez, acota LEDESMA que la habilitación consiste en que bajo determinadas circunstancias, tanto los días como las horas inhábiles, adquieren aptitud para que durante su transcurso se realicen actos procesales eficaces (LEDESMA, 2009: p. 604).

Y es que no tendría sentido relativizar las reglas procesales en pro de la urgencia de la actuación probatoria (v. gr. la convocatoria a audiencia desde el auto admisorio, la actuación de la prueba sin citación del emplazado si el caso lo requiere, etc.), si a ello no se le acompaña de la facultad –específica también– de habilitar días y horas inhábiles para que se realice la misma cuando no sea posible realizarlo en el tiempo regular.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima:

Gaceta Jurídica; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): "Prueba anticipada". En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; HITTERS, Juan (2010): "Análisis de la prueba anticipada en un marco global". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

Artículo 289 | **Irrecusabilidad**

Son irrecusables el juez y el secretario de juzgado de conformidad con el artículo 761.

CONCORDANCIAS:

C. art. 139 inc. 2; C.P.C. arts. 307, 309 inc. 3, 761 inc. 1.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Se ha señalado que una de las condiciones para administrar justicia es la imparcialidad del juzgador y de los auxiliares jurisdiccionales, caso contrario estaríamos asistiendo al ejercicio de la autodefensa procesalizada por la parcialidad que encierra; que el juez al aplicar su derecho no puede lícitamente inclinar la balanza a favor de uno u otro por razones subjetivas o personales; que su criterio tiene que ser equilibrado y manifestarse en una absoluta imparcialidad; y que una justicia afectada por intereses afectivos, políticos, económicos o sociales no es justicia (LEDESMA, 2009: p. 605).

La palabra *imparcialidad* se origina en el vocablo *impartial*, que significa que alguien no es parte. En este caso la etimología nos ayuda a identificar mejor la exigencia de que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado respecto de lo que es materia del conflicto de intereses y también de cualquier relación con quienes participan en él. El juez no puede ser parte en el proceso que va a resolver.

Señala PEYRANO que: “lo de imparcial obedece al intento de discriminar dos conceptos frecuentemente confundidos, como son los de imparcialidad e imparzialità. Esta primera es una actitud que se exige al juez, en cuya virtud en el momento de sentencia pondrá (o por lo menos intentará) entre paréntesis todo aquello que lo pueda hacer desviarse de una recta aplicación de la ley (prejuicios religiosos, sentimientos de simpatía o aversión a alguna de las partes, etc.). La imparzialità, en cambio, es el carácter de no-parte que debe revestir el verdadero juez” (PEYRANO, 1995: p. 29).

Sin embargo, la imparcialidad no solo es una calidad que debe tener el órgano jurisdiccional, sino también los auxiliares jurisdiccionales, es decir impone un deber a todos los que participan en la actividad judicial del Estado. Es más, ese compromiso alcanza a las partes del conflicto contenido en el proceso judicial, dado que es jurídicamente punible que alguien intente violentar la imparcialidad del órgano jurisdiccional sea con propuestas irregulares o de cualquier otra forma.

2. LA RECUSACIÓN

La recusación es el medio establecido por la ley para apartar del conocimiento de un determinado proceso al juez, debido a que se considera que sus relaciones o situación con alguna de las partes o con la materia controvertida en aquel afectan la garantía de imparcialidad que es inherente al ejercicio de la función judicial.

MONTERO señala que: “la imparcialidad no puede suponer solo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado solo (...) por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio” (MONTERO, 1995: p. 105). A su vez apunta LIEBMAN, “[e]l juez debe ser un tercero respecto de las partes en causa, extraños a sus posiciones y a sus intereses, exigencia indispensable de su imparcialidad” (LIEBMAN, 1980: p. 7). En efecto, destaca LEIBLE que: “[l]a preocupación de parcialidad existe, cuando se dan circunstancias, que puedan fundar dudas acerca de la objetividad del juez como persona reposada y criteriosa” (LEIBLE, 1998: p. 77). Y es que, como acota GOZAÍNI, la noción de justicia independiente e imparcial es un atributo de los jueces y un requisito de validez para el proceso, en definitiva una garantía jurisdiccional (GOZAÍNI, 2005: p. 103); tanto así que la garantía de independencia ha sido llevada al plano constitucional, regulándolo en el inciso 2 del artículo 139 de nuestra Constitución.

Ahora, conforme acota LEDESMA, para contrarrestar esa parcialidad funesta, el sistema procesal ha diseñado la figura de los impedimentos y recusaciones a fin de que las partes puedan evitar que en determinado caso se vulnere el principio de la imparcialidad del juez (LEDESMA, 2009: p. 605).

En el artículo 307 de nuestro CPC se han regulado los supuestos en los cuales se considera que queda comprometida la imparcialidad del juez, es decir las causales de recusación, del siguiente modo:

“Las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso cuando:

1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;
2. Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;
3. Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;
4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;
5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y,

6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso”.

De la sola lectura de dichas causales se grafica muy bien los diferentes aspectos que podrían interferir en la imparcialidad del juez; por lo que el legislador no solo las ha establecido como motivos para que las partes soliciten el apartamiento del juez del proceso, sino también para que este, por propia cuenta, se abstenga si se encuentra inmerso en algunos de los referidos supuestos.

3. LA IRRECUSABILIDAD EN LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS

Como ya lo hemos señalado, para preservar la referida imparcialidad del juez es que existe la figura de la *recusación*, y ha sido puesta en manos de las partes, principalmente, pero también en manos del mismo juez para que lo haga de oficio (abstención). Sin embargo, en el caso de los *procesos no contenciosos* (la *prueba anticipada* es uno de ellos), tal posibilidad está vedada por mandato expreso de la ley.

Es más, debemos precisar que en lo que implica a la *prueba anticipada* dicha prohibición está reiterada en 3 ocasiones en el CPC. La primera, en el artículo 309 inciso 3, dentro de las normas referidas a la recusación, pero solo en lo que concierne a los jueces; la segunda, en el artículo 761 inciso 1, dentro de las normas generales del proceso no contencioso, abarcando a jueces y secretarios; y la tercera, en el artículo bajo comento, como parte de las normas referidas a la prueba anticipada, también abarcando a jueces y secretarios.

Si en los procesos no contenciosos, conocidos también como de *jurisdicción voluntaria* (GOZAÍNI, 2005: p. 128; MONROY, 1996, p. 232), no hay contienda, no hay *litis*, ya que en ellos en esencia el juez se limita a constatar el cumplimiento de los requisitos, presupuestos o circunstancias concretas que la ley prevé para la procedencia o constitución de una determinada situación jurídica (v. gr. declaración de muerte presunta, declaración de heredero, rectificación de partida de nacimiento, constitución de patrimonio familiar, etc.), entonces por simple lógica la actuación del juez no va a verse comprometida si se presentare alguno de los supuestos que el artículo 307 prevé como causales de recusación.

A criterio de LEDESMA, no cabe recusación porque no hay proceso, sino procedimiento, porque la prueba anticipada constituye un acto excepcional o anormal de iniciación procesal (el hecho de que se autorice realizar esta diligencia conservatoria de prueba, en función de una ulterior demanda, no significa el nacimiento de un proceso), porque no implica contienda y también porque la naturaleza de la actividad judicial que se busca no está premunida del efecto de la cosa juzgada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I, 1ª ed. Bogotá: Temis; MONTERO AROCA, Juan (1995): *Derecho jurisdiccional*, tomo 2. Barcelona: Bosch; PEYRANO, Jorge W. (1995): *Derecho Procesal Civil (de acuerdo al CPC peruano)*, Lima: Ediciones Jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Lima: Grijley; CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade.

Artículo 290 | **Pericia**

Si hay riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos, puede pedirse que se practique la correspondiente pericia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192, 193, 262 a 271, 284, 286 a 288, 292, 293, 295.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Como ya lo hemos señalado antes, a la *prueba anticipada* le es inmanente la urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310), dado que implica la actuación de uno o más *medios probatorios* de manera antelada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (la *audiencia de pruebas* del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

Precisamente esa urgencia que la caracteriza ha llevado a señalar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba es resuelta por el juez *inaudita pars*, correspondiéndole recién después a la parte contraria el derecho de controlar su producción formulando observaciones, oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo (LEDESMA, 2009: p. 603).

Este tratamiento diferenciado de la prueba, que de hecho convierte a la *prueba anticipada* en una manifestación más de la *tutela diferenciada* (HURTADO, 2006: p. 109; MONROY, 2007: p. 5), se aprecia apenas nos asomamos a sus normas generales contenidas en el CPC (arts. 284, 286 y 288), pero se trasluce mucho más en el caso del artículo en comento, en que la actuación de la pericia tiene como presupuesto el *riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos*.

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRUEBA ANTICIPADA

La categoría *medios probatorios* forma parte de otra mayor, denominada *actividad probatoria* o *teoría de la prueba*, y es congénere de las categorías *fuentes de prueba* y *prueba*. Como las *fuentes de prueba* son en buena cuenta los vestigios de los hechos que dan lugar a una controversia, y por lo tanto preexisten al proceso,

entonces se requieren de vehículos que los trasladen al proceso, a los cuales se les llama *medios probatorios*, y con base en esa información es que el juez analizará la situación planteada y formará su convicción, que no es otra cosa que la *prueba*, lo cual le permitirá resolver la *litis* o la incertidumbre jurídica.

Los *medios probatorios* son entonces todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. A estos que mencionamos nuestro CPC los recoge bajo el nombre de *medios probatorios típicos* en su artículo 192. Sin embargo, el referido ordenamiento no descarta que en algún momento se puedan presentar otros que persigan la misma finalidad y que no necesariamente se identifiquen con alguno de los ya mencionados, por lo que a fin de que también queden comprendidos dentro del género los regula en su artículo 193 bajo el nombre de *medios probatorios atípicos*.

Lo que se actúa en la *audiencia de pruebas* (y por lo antes dicho, también en la *prueba anticipada*) son los *medios probatorios no documentales*, como son la *testimonial*, la *pericia*, la *absolución de posiciones* y la *inspección judicial*. Y cuando hablamos de actuación de un medio probatorio no es otra cosa que trasladar al papel escrito (las actas de la audiencia) las *fuentes de prueba* que no están en documentos, para que puedan ser leídas, visualizadas, por el juez, las partes y demás sujetos procesales. Excluimos a las *documentales* por cuanto en estas las fuentes de prueba pueden ser leídas y visualizadas por los sujetos del proceso desde el momento mismo que ingresaron al proceso, o sea desde su ofrecimiento por las partes, aunque debemos decir que en la *prueba anticipada* sí se puede hacer cierta actividad relacionada a los documentos, como procurar su llegada al proceso (a través de la *exhibicional* de los mismos que haga la otra parte, previsto en el art. 293 del CPC) o que la otra parte reconozca el contenido de un documento (a través del *reconocimiento* del mismo que haga la otra parte, previsto en el art. 292 del CPC).

3. LA PERICIA

Como se ha señalado, “con frecuencia el tribunal necesita conocimientos extra-jurídicos, para comprobar o juzgar hechos” (LEIBLE, 1998: p. 277). En esos casos el medio probatorio llamado a operar es la pericia. Esta “procede cuando se requieren, para apreciar los hechos controvertidos, conocimientos previos y científicos que el juez no tiene el deber de conocer, los que podrán ser sobre alguna ciencia, arte, profesión, industria o actividad especializada. En la práctica se convierte en una

técnica especializada para el reconocimiento de hechos controvertidos que necesitan de una apreciación profesional, que el juez no tiene” (GOZAÍNI, 2005: p. 357). La pericia “tiene la finalidad de integrar los conocimientos del juez en los casos en los que para percibir o para valorar una prueba son necesarios conocimientos técnicos de los cuales el juez no está provisto. Cuando en un proceso se presentan problemas de tal naturaleza, el consultor técnico es llamado a asistir al juez en su actividad con dictámenes o relaciones no vinculantes” (LIEBMAN, 1980: p. 300).

Entonces, la pericia “es el medio por el cual personas ajenas a las partes, que poseen conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o profesión y que han sido previamente designadas en un proceso determinado, perciben, verifican hechos y los ponen en conocimiento del juez, y dan su opinión fundada sobre la interpretación y apreciación de los mismos, a fin de formar convicción del magistrado, siempre que para ello se requieran esos conocimientos” (ARAZI, 2001: p. 379). De ese modo, “perito será toda persona, que por sus conocimientos especiales es requerido por el tribunal” (LEIBLE, 1998: p. 277).

Ahora, como señala DÖHRING, al “igual que el testigo, el perito tiene por misión aplicar sus conocimientos en el proceso y contribuir así al esclarecimiento de los hechos. Pero a diferencia del testigo, no tiene que reproducir observaciones concretas del suceso que se busca reconstruir. El dictaminador es llamado por su pericia: para poner a disposición sus conocimientos especializados. En particular, su tarea consiste ante todo en proporcionar al juez o, en su caso, a la autoridad investigadora, reglas de experiencia que el no especialista ignora. Tiene también que dar directivas para la aplicación de esos conocimientos al caso dado (...). Por último, es también tarea suya, siempre que le haya sido encomendada, proporcionar y aprovechar él mismo ciertos indicios, por ejemplo practicar test psicológicos al imputado que le ha sido confiado en observación, ensayos químicos, etc.” (DÖHRING, 2003: p. 203).

4. LAS CIRCUNSTANCIAS JUSTIFICANTES PARA LA ACTUACIÓN ANTICIPADA DE UNA PRUEBA PERICIAL

La actuación anticipada de la prueba o anticipación de la prueba o, también, preconstitución de un medio probatorio, significa en buena cuenta –como ya lo adelantamos– un tratamiento diferenciado de la prueba, dado que importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa en que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción (HITTERS, 2010: p. 330). Esa inmediatez o urgencia se aprecia de la sola lectura de las normas generales que el CPC dedica a la *prueba anticipada* (arts. 284, 286 y 288).

Sin embargo, por si no fuese suficiente, el legislador se ha encargado de resaltarlo en el artículo específico destinado a cada medio probatorio posible de actuarse mediante la prueba anticipada.

Así, se entiende, entonces, que además de las circunstancias generales que motivan la actuación antelada de un medio probatorio, en el caso del artículo en comento, la actuación de la pericia tiene como presupuesto específico el *riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos*.

El tiempo, como en todas las instituciones jurídicas que están destinadas a paliar sus efectos (por ejemplo la *medida cautelar*, la *medida autosatisfactiva*, la *ejecución provisional de sentencia*, etc.), se convierte en un presupuesto inobjetable y de suyo justificante para la prueba anticipada. Dentro de las *otras circunstancias* que en modo *apertus* refiere la norma podemos mencionar, la inminencia de muerte, el peligro de destrucción o desaparición, la amenaza de fuga, etc.

Como señala LEDESMA, esta prueba pericial es practicada con antelación a la existencia del proceso judicial en atención a factores de contingencia que lleven a alterar el estado o situación de personas o bienes, como sería el caso que frente a una futura demanda de filiación se solicite en prueba anticipada la pericia del ADN sobre el cadáver del que se imputa la paternidad. La urgencia para la práctica de esta pericia no está en la posibilidad de que el cadáver puede desaparecer, sino que al momento de tomar las muestras para la pericia, estas ya no se conserven, por estar enterrado bajo tierra, en una zona húmeda (LEDESMA, 2009: p. 606).

También cabe destacar otras apreciaciones que hace la referida autora a las deficiencias de regulación que presenta la figura, como es el caso cuando no se ha de ordenar la citación previa a la persona a la cual se pretende emplazar, o sea el caso *inaudita pars* que contempla el artículo 287 del CPC, dicho peritaje, hecho sin la intervención del eventual contradictor, no puede valer como prueba, por ser evidente que se vio impedida de controlarla. O el caso de falta de regulación sobre algunos requisitos para satisfacer en el ofrecimiento de la pericia, dado que si bien la norma se orienta a justificar las razones por las cuales se deberá recurrir a la pericia en prueba anticipada, ella debe ser complementada con las exigencias que regula el artículo 263 del CPC, esto es que al ofrecer la pericia se indicaran con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. También en el caso que no está regulado el número de peritos a designar en la prueba anticipada, aunque ante ello la discrecionalidad de los magistrados viene orientándose a designar peritos en número par, como máximo. Y finalmente, en cuanto al momento de su actuación, dado que si bien la regla general en la prueba anticipada es ejecutarse antes del proceso

judicial; sin embargo, considero que nada impide que también se pueda practicar a través de la prueba anticipada de un medio probatorio, habiéndose iniciado ya el proceso, pero que estuviere pendiente su actuación, dado que lo que se busca es preservar la prueba, para contrarrestar los efectos perjudiciales del tiempo sobre ella (LEDESMA, 2009: pp. 606-607).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II, Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; HURTADO REYES, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*, 1ª ed. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLÉ, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Díké; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEA; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): “El Código Procesal Civil requiere reformas estructurales (Entrevista)”. En: *Revista JUS (doctrina y práctica)*, N° 6. Lima: Grijley; MONTERO AROCA, Juan (2000): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu. DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

Artículo 291 | **Testigos**

Cuando por ancianidad, enfermedad o ausencia inminente de una persona, sea indispensable recibir su declaración, el interesado puede solicitar su testimonio.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222 a 232, 284, 286, 298; L.A. art. 47.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a probar es parte del núcleo duro de todo proceso; sin él, el edificio (finalidad del proceso) se cae, pues su misión es aportar los hechos sobre los que se asientan las pretensiones y/o afirmaciones de las partes en conflicto, para que el tercero imparcial pueda aplicar el derecho al presupuesto fáctico que se defina.

Respecto a la prueba anticipada, esta no tiene como fin *probar* algo, sino esencialmente *poder probarlo* en un proceso, lo que abarca tanto la preservación o conservación del elemento de conocimiento (el material con aptitud para suministrar información sobre la ocurrencia de hechos) para el futuro proceso, como la preparación del caso (identificando hechos, circunstancias y pruebas), a fin de diseñar las pretensiones o la defensa de modo idóneo y eficaz.

Aquí la norma se coloca en circunstancias en las que si el interesado tuviese que esperar el momento procesal formal correspondiente de actuación del medio probatorio se tomaría en inútil.

Esto justifica la actuación de medios probatorios antes de la etapa establecida en el proceso, lo que puede ser previamente a presentar la demanda o, ya iniciado el proceso, antes de la etapa probatoria (si es así, deberá haberse ofrecido el medio probatorio, pues de lo contrario supondría la incorporación de un medio probatorio fuera de la etapa postulatoria, lo que contravendría las reglas de juego, no siendo tal la finalidad de la prueba anticipada).

Así, con demanda ya presentada y ofrecido el medio probatorio (que puede ser, por ejemplo, una declaración testimonial o una pericia), si se tienen motivos para considerar que de esperar a que llegue la etapa procesal correspondiente ya no se podrá actuar, o no se podrá actuar satisfactoriamente (el testigo sufre de enfermedad degenerativa que puede desencadenarse en cualquier momento, o el lugar en que se encuentra el bien a ser analizado/inspeccionado está en zona que será afectada por el Fenómeno del Niño, siendo previsible la precipitación de fuertes

lluvias y posibles derrumbes), porque por ejemplo la parte demandada ha deducido excepciones y nulidades, prolongando la etapa postulatoria, entonces la parte afectada puede solicitar al juez la actuación anticipada de estos medios probatorios.

Como la prueba anticipada forma parte del derecho a probar, tanto quien va a demandar como quien prevea ser demandado debe poder solicitarla para preparar su defensa; por lo demás, puede ocurrir que ambas partes en el conflicto tengan la intención de demandar (por ejemplo, se discute si una entrega dineraria correspondió a una deuda o si se trató de un pago indebido –la que recibió podría plantear una pretensión declarativa y quien efectuó la entrega podría plantear una pretensión declarativa acumulada a una de condena–; o cuando se discute la titularidad de algún derecho o la relativa a algún bien, etc.), pero una de ellas lo hará primero y así ocupará la posición de demandante en el proceso (salvo que dependiendo del caso, a la otra parte no le baste con su contestación sino que decida reconvenir).

Por ejemplo, si una de las partes en el conflicto niega responsabilidad respecto de un evento dañoso (contractual o extracontractual), alegando por ejemplo ruptura del nexo causal, o algún factor eximente de responsabilidad, sabe que necesitará acreditar sus afirmaciones en caso sea demandado; si las pruebas que acreditarían los hechos o circunstancias en que sustenta sus descargos son susceptibles de desaparecer, la prueba anticipada es un derecho que le asiste, tan igual como al posible futuro demandante.

En cualquier caso, ambas partes están habilitadas, de cumplirse con los requisitos de la norma, para solicitar la actuación anticipada de ciertos medios probatorios.

La legitimidad para solicitar la prueba anticipada está dada por la afirmación del solicitante acerca de la vinculación jurídica sustantiva entre él y su futura contraparte procesal expresada de modo complementario a la indicación de la pretensión genérica que reclamará, incluyéndose por cierto los supuestos de legitimación extraordinaria previstos en la normativa, basados en el legítimo interés de personas distintas al titular de un derecho material en su declaración, realización o cumplimiento.

2. LA PRUEBA ANTICIPADA CONSERVATORIA

La prueba anticipada protege la efectividad del derecho a probar, a fin de que la decisión final pueda basarse en hechos y circunstancias reales, a las que les aplique la norma pertinente. El CPC regula, bajo la calificación de prueba anticipada, tres categorías (por tener finalidades propias) de actuaciones probatorias previas: i) diligencias preliminares de obtención de información; ii) diligencias preparatorias; y, iii) diligencias conservatorias.

Al respecto, las diligencias preliminares de obtención de información presuponen supuestos que apuntan a aclarar cuestiones previas, buscando obtener la información necesaria para preparar el proceso a instaurarse. Con lo que se obtenga de estas actuaciones puede optarse por no demandar –por considerar inútil hacerlo–, o por elegir cómo diseñar la demanda, porque con estas pruebas puede dotarse de solidez al proceso, lo que incide en la estrategia al elaborar las pretensiones. Así, mediante estas actuaciones se puede aclarar o preparar lo que se pretenda demandar a través de la exhibición judicial de cosas (bienes muebles, señala el CPC), de documentos o títulos que son desconocidos por el solicitante y sin cuya constancia este no despejaría las dudas que pudiese albergar sobre el sustento fáctico de su pretensión o no podría acreditar los hechos que sustentan los presupuestos procesales. Para solicitar estas actuaciones el solicitante solo debe expresar estas razones básicas al juez (necesidad de esclarecimiento previo de una situación), y señalar la pretensión genérica de su futura demanda, por cuanto no se trata de riesgos sino de economía, razonabilidad, viabilidad y/o eficiencia.

Respecto de las diligencias preparatorias, podemos decir que la finalidad de la “prueba anticipada” en este caso es la preparación de títulos e, inclusive, la creación de títulos ejecutivos. Estas actuaciones previas cumplen un rol facilitador para el proceso ulterior, pues se busca obtener lo requerido para la viabilidad de dicho proceso. El CPC considera a la absolución de posiciones y al reconocimiento de documento privado dentro de este rubro: “cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan”, “puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso”. Aquí ni siquiera se requiere sustentar el pedido en el esclarecimiento previo de alguna relación o situación jurídica, por lo que en principio el solicitante no tendría que indicar para qué desea la actuación de estos medios probatorios (lo que se inferirá de la pretensión genérica que indique), pero como debe expresarse (según la norma general de prueba anticipada) la “razón justificatoria”, se señalará que se pretende la preparación de un título facilitador para un proceso ulterior.

Cuando la finalidad es asegurar la actuación de la prueba (entendida como información a ser aportada al proceso, mediante la cual se pretende que el juez conozca los sucesos del caso, esto es, la mejor aproximación a la verdad fáctica, por cuanto la noción cognoscitiva de la prueba debe ser el paso inicial para la argumentación), se habilita mediante el procedimiento de prueba anticipada a realizar actuaciones previas para conservarla. En este punto es importante precisar que no se busca la conservación material del documento o persona, sino que se trata del aseguramiento de su actuación (ejercicio procesal por el que se extrae la información de los hechos o situaciones que se pretenden acreditar para el caso).

Es decir, el objeto de la prueba anticipada conservatoria no es la custodia de bienes o personas (para ello se requeriría de una medida de tutela especial de protección, conservación o preservación, que no es propiamente la prueba anticipada), como lo sería, por ejemplo, la entrega de documentos o bienes al cuidado de un depositario, o llevar a una persona –testigo– a un lugar seguro para que no sea objeto de algún ataque o atentado contra su vida –como los programas de protección a testigos–, donde se establecen las condiciones para evitar peligros a fin de que se pueda practicar la actuación probatoria en el momento procesal oportuno.

Entonces, la prueba anticipada conservatoria puede darse ante el riesgo de que el bien o persona –de la cual se obtendrá información para el proceso– se encuentre en peligro de deteriorarse o perderse. Este peligro se puede presentar por el mero transcurso del tiempo o por las circunstancias que el bien, lugar o persona en sí atraviesa, lo que incluye el riesgo de que la contraparte (futura o no) frustre el objetivo o la finalidad probatoria, modificando las circunstancias. Para ello, puede actuarse pericia y/o inspección judicial.

Asimismo, cuando la actividad probatoria sea una declaración testimonial, que consiste en la narración que realiza una persona de los hechos que ha conocido a través de sus sentidos y las circunstancias en que tales hechos ocurrieron, si se advierte que peligrará la posibilidad de obtener la declaración del testigo (o de obtener una declaración adecuada) por enfermedad, ancianidad o ausencia inminente del testigo (porque va a viajar sin fecha –al menos razonablemente cercana– de retorno, o en mi opinión, si existe alguna circunstancia que lleve a suponer razonablemente una amenaza contra la integridad física o la vida del testigo –sea porque se sabe que lleva a cabo alguna actividad de riesgo, o porque se conozca que la futura contraparte presumiblemente pondrá en peligro la obtención de esta declaración–), puede actuarse de modo anticipado la declaración.

En estos casos, el solicitante debe indicar la razón que justifica esta actuación anticipada. El rigor con que se deba sustentar el pedido dependerá del estándar que maneje cada juez (en otras palabras, de discrecionalidad). Si se basa en la ancianidad del testigo, ¿cuál es la edad que pueda considerarse razonable para que sea necesaria esta actuación? ¿la edad cronológica o la condición física de “ancianidad” del testigo? Considero que, tratándose de un derecho tan relevante como el derecho probatorio, el juez debería ser flexible.

En suma, en cuanto a la pericia, la inspección judicial y la declaración testimonial, la norma parece exigir riesgos de pérdida o deterioro de lo que será objeto de prueba para que se acceda a anticipar su actuación. Estas actuaciones se centran en la evaluación o verificación por terceros de bienes, documentos o personas (pericia e inspección), y en la declaración por terceras personas (testigos) ajenas a las partes, sobre los hechos y/o sus circunstancias.

Una vez actuados, se aportan a un proceso judicial, en el cual formarán parte del elenco probatorio a ser analizado, sopesado y valorado por el juez. Es necesario precisar que la declaración a que hace referencia este artículo es la prestada por tercero ajeno a las partes (testimonial), pues la declaración de la parte (contraparte) es, en el caso de la prueba anticipada, la llamada *absolución de posiciones* (que apunta a la preparación de un título), de cuyo incumplimiento de colaboración se derivan apercibimientos.

En efecto, para las actuaciones probatorias en las que se confronte a la futura contraparte, es decir, en las que la actuación probatoria está en cabeza de esta (exhibición, reconocimiento de documento privado y absolución de posiciones), la normativa no exige al solicitante proporcionar razones justificatorias (solamente sería necesario la mención de la norma que regula este medio probatorio, que es básicamente autoritativa) para su actuación anticipada. Basta, en rigor, que el solicitante indique la pretensión genérica de su futura demanda (o contestación, o reconvencción, como se ha indicado anteriormente). Y se establecen apercibimientos (lo que obviamente no se da en las otras actuaciones, como la pericial, la testimonial y la de inspección) sumamente severos si no se cumple con actuar el medio probatorio; con ellos (los apercibimientos) el solicitante obtendría prueba plena o semiplena para su futuro proceso y, en algunos casos, inclusive títulos ejecutivos.

Un punto adicional a mencionar es la distinción que se realiza entre fuentes de prueba y medios de prueba. Las fuentes de prueba pertenecen al *contexto de descubrimiento*, se pues se ubican fuera (antes) del proceso, al generarse en conexión directa con lo ocurrido en la realidad material y sensible, por lo que su existencia es propia e independiente del proceso; por su parte, los medios de prueba se ubican en el proceso, en el contexto del debate entre las partes enfrentadas en el escenario procesal, y en esta batalla legal ambas pretenden persuadir al juez (con la información aportada) de sus posiciones respectivas para arribar a una decisión final de la controversia, por lo que los medios probatorios pertenecen al llamado *contexto de justificación*.

En esta línea, si la prueba anticipada es conducida antes del proceso (excluimos de este supuesto la actuación anticipada dentro de un proceso ya instaurado en el que las circunstancias ameritan el adelanto de la actuación probatoria), esto es, todavía no se está en el debate dialéctico entre las partes (y quizá inclusive este no se llegue a dar nunca), ¿puede considerarse propiamente que se trata de actuación de medios probatorios? Considero que al contener la solicitud de actuación anticipada la descripción de la pretensión que se va a plantear (es decir, debe preexistir la controversia entre las partes), al tener que explicarse las razones que la justifican y, sobre todo, al serle aplicables las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios (art. 286 del CPC, en concordancia con el art. 298 del

CPC), pudiendo participar en la actuación la contraparte futura ejerciendo de ese modo su derecho de defensa (con repreguntas, objeciones a las preguntas, etc.), la prueba anticipada es un mecanismo preventivo que garantiza la aportación al *proceso* de la información proveniente de la actuación probatoria, por lo que solo se desplaza en el tiempo, por razones justificadas, lo que se proyecta formará parte del debate en un proceso. No altera su esencia.

Inclusive si se descartara la presentación al proceso del expediente de prueba anticipada que contiene la declaración testimonial por ser infructuosa (el testigo no recordaba nada relevante), ello será igual a haberse actuado dentro del proceso (y bajo las mismas reglas procesales); y si la declaración del testigo le fuere adversa al solicitante, nada impediría que la otra parte solicite copias certificadas del expediente de prueba anticipada y la presente al proceso.

Respecto a la diferencia entre la prueba anticipada y la medida cautelar, se ha señalado al comentar el artículo 284 del CPC, que la primera busca la efectividad del derecho a probar y la segunda la del resultado práctico de la sentencia; la primera quiere que la decisión final pueda basarse sólidamente en hechos y circunstancias reales, a las que le aplique la norma pertinente, y la segunda, que esa sentencia justa a la que se aspira pueda hacerse realidad. Se diferencian tanto por lo que específicamente salvaguardan como por cuanto la prueba anticipada no es ni provisional ni mutable, aspectos característicos de la medida cautelar.

Además, otra diferencia entre ambas instituciones de tutela es el trámite, en lo relativo a la participación de la contraparte (en prueba anticipada antes del proceso como en medida cautelar fuera de proceso es contraparte sustantiva, porque aún no hay proceso; y cuando la prueba anticipada y la medida cautelar son solicitadas dentro del proceso es contraparte procesal), siendo que la medida cautelar se dicta *inaudita pars* y la prueba anticipada no. Esto no es inamovible en ninguna de las dos figuras. En la prueba anticipada cabe pedir al juez –basándose en razones de “garantía y seguridad”– que se actúe el medio probatorio sin citación del otro y, en lo referente a las medidas cautelares, el legislador ha optado por incorporar el contradictorio en ciertos procesos judiciales (no en el civil), así como en el arbitraje (donde la tramitación sin participación de la otra parte es la excepción), lo que parecería el esbozo de una posible tendencia en nuestro sistema jurídico.

Empero, es muy importante señalar que para las actuaciones probatorias testimoniales (salvo caso de extrema particularidad y riesgo) la posibilidad de la futura contraparte es fundamental. En efecto, la actuación probatoria es en principio una actividad que tiene *de suyo* el principio del contradictorio. No cabe que se haga declarar a un testigo sin que la contraparte (o futura contraparte) pueda hacerle repreguntas y detectar las faltas a la verdad, las contradicciones, etc. La esencia del proceso es la bilateralidad, el derecho de defensa, el contradictorio, y

un momento estelar para ejercer estos derechos es en la actuación probatoria. Por ello, la posibilidad de obtener la actuación probatoria en ausencia del otro debe estar sustentada en razones muy puntuales y extremas, que por lo general apuntan al riesgo de que la propia contraparte obstaculice o frustre el objetivo de la actuación, lo que se suele presentar en otras actuaciones distintas a la testimonial^(*).

En todo caso, las razones de garantía y seguridad para actuar la prueba anticipada pueden consistir en, precisamente, no perder el *elemento sorpresa* a fin de que la futura contraparte procesal no frustre la actuación probatoria, lo que se asimila al motivo por el que las medidas cautelares se decretan *inaudita pars*.

Finalmente, cabe decir que esta actuación previa, si bien tiene como base la *conservación* de la información que se obtenga del medio probatorio, sirve también para determinar posiciones de las partes antes del proceso, para establecer las estrategias procesales (que incluyen la definición de las pretensiones), o inclusive (si para el solicitante esta prueba es fundamental) para descartar la decisión de plantear demanda alguna, y más bien centrarse en la transacción o conciliación con su antagonista. De ese modo, puede tener como ventaja adicional una utilidad similar al *discovery* del *common law*, cuya función básica es obtener información para perfilar la posición de las partes en el proceso judicial, que ahorra costos al sistema judicial (por ello, sería interesante que se regulara la prueba anticipada dentro de una visión de mayor alcance).

3. DECLARACIÓN TESTIMONIAL ANTICIPADA

En suma, en cuanto a la pericia, la inspección judicial y la declaración testimonial, la norma parece exigir riesgos de pérdida o deterioro de lo que será objeto de prueba o de quien se extraerá la información que ha conocido o presenciado, para que se acceda a anticipar su actuación (para asegurar o conservar la prueba).

Estas actuaciones se centran en la evaluación o verificación por terceros de bienes, documentos o personas (pericia e inspección), y en la declaración por terceras personas (testigos) ajenas a las partes. Se aportan estos medios de prueba a un proceso judicial, en el cual formarán parte del elenco probatorio a ser analizado, sopesado y valorado por el juez.

(*) Por ejemplo, cuando se pretenda una inspección judicial a fin de que se registre una situación de vulneración (basura acumulada, maltrato a una persona, ruidos molestos, perturbaciones en general a la posesión, colocación de tranqueras que impiden el tránsito, colocación de carteles ofensivos, entre otros), pero si se avisa a la otra parte, esta podría alterar tales situaciones o circunstancias.

3.1. Requisitos. Indicación de la pretensión. Razón justificatoria

El solicitante debe indicar la pretensión genérica de su futura demanda (o contestación, o reconvencción) y expresar la razón que justifica esta actuación anticipada.

A diferencia de las actuaciones probatorias en las que se confronte a la futura contraparte (exhibición, reconocimiento de documento privado y absolución de posiciones), el CPC exige, para la declaración testimonial anticipada, que el solicitante (futuro demandante o demandado) proporcione razones justificatorias.

En el caso de la declaración testimonial no se establecen apercibimientos, lo que es evidente dado que son actuaciones a cargo de terceros y no de las partes. Y lo que se obtenga de las declaraciones testimoniales constituirá prueba a ser evaluada dentro del proceso como un medio más. Es claro que si en la declaración testimonial la futura contraparte participó haciendo repreguntas y ejerciendo plenamente su derecho, y de todo ello se extraen declaraciones claras por parte del testigo, ello tendrá un peso (valor) mayor para el juez. Por eso, si el solicitante obtuviera la autorización para que se actúe este medio probatorio en ausencia de la contraparte futura, lo que obtenga tendrá un valor menor ante la evaluación probatoria posterior del juez en el proceso. En general, la prueba testimonial ha de ser confrontada con otros medios probatorios o, al menos, con sucedáneos.

Los supuestos que configuran, según el artículo en comento, razones justificatorias, son la ancianidad, la enfermedad o la ausencia inminente del llamado a testificar. Considero que estos supuestos no son taxativos o al menos no deben apreciarse de forma limitada sino más bien flexible, pues lo que subyace es un bien mayor (derecho fundamental a probar).

La ancianidad no debe ser materia de prejuicio, ni de sesgo, y menos de probanza (probar que alguien es anciano puede ser más difícil, costoso y largo que llegar a la actuación de la declaración en el proceso mismo a ser instaurado). Además, el concepto mismo de *ancianidad* es relativo y sujeto a apreciaciones subjetivas. Se le identifica con envejecimiento, lo que es de difícil establecimiento, pues a su vez se relaciona como un estado del espíritu, que varía de persona a persona. De acuerdo a la OMS el envejecimiento no es un estado físico simplemente, sino un estado mental.

Por ello, la identificación de la ancianidad con la noción de *edad avanzada* es un terreno muy pantanoso y que puede llevar a conclusiones erróneas que no harían más que vulnerar el derecho a probar. Por ejemplo, una persona de 50 años de edad puede estar tan acabada por la vida que llevó que, sin estar propiamente enferma (no tiene enfermedad diagnosticada), ha envejecido hasta calificar como

anciana; al contrario, alguien de 80 años de edad puede encontrarse en óptimas condiciones de salud física y mental, representando interna y externamente una edad muy inferior a la cronológica.

Respecto a la enfermedad, la norma no impone que se trate de una enfermedad terminal, y ni siquiera degenerativa. Es evidente que si se está ante una enfermedad incurable y mortal, o que esté llevando al deterioro físico y cognitivo a la persona, la respuesta del juez ha de ser de inmediata autorización a la actuación probatoria; pero de tratarse de otra enfermedad (salvo que sea manifiestamente inocua), o ante la inminencia de una cirugía (que entrañe riesgo), siempre se presenta el peligro de perder la salud o la vida, por lo que el juez deberá emplear su discrecionalidad del modo más amplio para no hacer perder al solicitante la posibilidad de obtener esta declaración.

La ausencia inminente de una persona tiene relación, en principio, con su salida del país, sin especificar si será por siempre, por un tiempo largo o no. Muy posiblemente el solicitante no lo sepa ni tenga cómo conocer las intenciones del pretendido testigo, por lo que no es dable tampoco que se le exija que demuestre fehacientemente que la ausencia va a ser prolongada o indefinida. Inclusive el “testigo” pueda haber adquirido un pasaje con retorno relativamente cercano, pero el solicitante puede tener razones para creer que no volverá. También puede ocurrir que se viaje por tierra (autobús, tren, auto privado) y no se tenga ni pueda tenerse constancia o acreditación de que se va a producir el viaje.

Por otro lado, la ausencia no necesariamente será del país: puede irse a otra ciudad, o sin destino conocido; inclusive puede temerse la desaparición del testigo por causa de peligro en razón de su actividad de riesgo, o de sospecharse que es objeto de amenazas. Alguien que presencié un crimen, por ejemplo, puede tener su vida o integridad física en peligro y, más allá de la protección que se le deba prestar por el Estado, es conveniente que declare o narre los hechos que conoció en un procedimiento conducido por un juez.

3.2. Reglas generales sobre declaración de testigos

Dado que el artículo 286 del CPC establece que serán de aplicación en lo correspondiente las reglas sobre actuación de medios probatorios, la norma sobre multas y conducción de grado o fuerza del testigo prevista en el artículo 232 del CPC es de aplicación en el caso de la prueba anticipada.

El testigo debe ser persona capaz y no tener prohibición o restricción para declarar (no debe haber sido condenado por algún delito que afecte su idoneidad, a criterio del juez, no puede ser pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, cónyuge o concubino del solicitante, ni quien tenga

interés directo o indirecto en el resultado del proceso, el propio juez y/o el auxiliar del proceso).

El testigo no puede ser compelido a declarar acerca de hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional, como tampoco cuando por disposición de la ley deba guardar secreto.

Si el testigo reside en el extranjero, se efectuará el interrogatorio por medio de exhorto; asimismo, puede eximirse (si reside en el lugar del juzgado, la actuación puede realizarse en su domicilio, si se encuentra enfermo, o en razón de ancianidad u otro motivo que el juez considere atendible. Si la prueba anticipada se solicita por causa de enfermedad o ancianidad, es muy probable entonces que se proceda a actuar la declaración bajo estas pautas.

Finalmente, si la declaración testimonial está a cargo de determinadas autoridades (presidente de la República, presidente del Congreso, presidente del Poder Judicial) puede realizarse en sus respectivos despachos u oficinas.

4. DECLARACIÓN TESTIMONIAL ANTICIPADA Y ARBITRAJE

Es pertinente mencionar que la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) ha incorporado, entre las funciones de las medidas cautelares, la de preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (art. 47.2.d), recogiendo lo dispuesto en el artículo 17.2.d de la Ley Modelo de la UNCITRAL.

Aquí, prescindiendo de tecnicismos respecto de las medidas cautelares y su función propia (garantizar la eficacia del laudo/ de la sentencia/ de la decisión), se optó por tomar el aspecto tutelar que importa la salvaguarda o preservación de la prueba (elemento estelar de cualquier proceso) y se amalgamó con los supuestos de aseguramiento de la eficacia del laudo.

La preservación de la prueba, en general, importa un universo amplio, pues abarca la protección del medio probatorio (su resguardo mediante alguna medida conservativa, como por ejemplo el secuestro del material informático u otro), como también para los efectos prácticos puede abarcar su actuación, que servirá a modo de registro (se practica la prueba a través de una inspección judicial y/o pericia sobre los mismos bienes). Esto último incluiría la declaración del testigo que adolece de enfermedad o cuya ausencia sea inminente.

Así, la ley peruana faculta al tribunal arbitral a dictar medidas para asegurar la preservación de los elementos de prueba relevantes y pertinentes. Ahora bien, antes de que se constituya el tribunal arbitral, ¿puede solicitarse este tipo de

medida al juez? Los jueces, al realizar actuaciones en el marco de la Ley de Arbitraje, deben hacerlo bajo los alcances de la misma y supletoriamente emplearán el CPC. Esto se encuentra dispuesto en la décima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje.

De ese modo, dado que la Ley de Arbitraje enumera las posibilidades de medidas cautelares (entre las que se encuentra la preservación de los elementos de prueba) y, a continuación –en el mismo artículo–, incluye la regulación de las medidas cautelares que se soliciten a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, es factible concluir que todas las *medidas cautelares* listadas en el artículo 47 de la Ley de Arbitraje pueden ser solicitadas al juez antes del proceso arbitral. Por ello, cuando aún no se ha instalado el tribunal arbitral, o incluso sin haber dado un solo paso para iniciar el arbitraje, es factible acudir al juez y solicitar estas medidas preventivas.

Ahora bien, cuando la Ley de Arbitraje regula la “preservación de elementos de prueba” en el listado de medidas cautelares, ¿se refiere solo al aseguramiento propiamente dicho (protección del medio probatorio para que sea actuado después, en la etapa correspondiente), o incluye también a la prueba anticipada (actuación anticipada del medio probatorio, que puede cumplir similar función pero no es lo mismo)?

Para algunos sí tiene ambos alcances, pero técnicamente se trata de cuestiones diferentes. Ahora bien, nada impide que el aseguramiento de los elementos de prueba mediante una cautelar que impida su desaparición, destrucción o deterioro, a que se refiere la Ley de Arbitraje, pueda coexistir para el arbitraje con la posibilidad de prueba anticipada regulada en la ley procesal (CPC).

La prueba anticipada es aplicable al proceso judicial. Por estar el arbitraje dotado de los mismos derechos fundamentales (igualdad, debido proceso, defensa, derecho a probar, etc.) y considerado jurisdicción por el ordenamiento jurídico peruano, no existe razón para negarse en esta sede la protección y beneficios de la “prueba anticipada”.

La prueba anticipada recoge, como se ha señalado, las posibilidades de facilitación para el proceso principal, que pueden consistir en preparar la información para poder definir las pretensiones y precisión de las alegaciones del futuro proceso, y/o (porque no son excluyentes) conservar o preservar las pruebas que pudiesen estar en peligro de perderse o de perjudicarse, mediante su actuación anticipada (en estos casos, a través de pericia, inspección judicial, declaración testimonial).

Las diligencias preliminares y preparatorias destinadas a acceder a la información acerca de hechos o de existencia de material probatorio (y de ese modo

poder esclarecer situaciones y así diseñar adecuadamente las pretensiones y su sustento, o inclusive declinar de instaurar el arbitraje), incorporadas dentro del rubro de prueba anticipada en el CPC, no deben ser privilegios del proceso judicial, al ser beneficios para el proceso en general, trátese de arbitraje o litigio judicial. Toda persona tiene derecho a acceder a estas actuaciones previas al proceso que iniciará (o que supone le iniciarán), sin discriminar si se trata de un proceso judicial o arbitral.

Esto se desprende de la atribución de “jurisdicción” para ambos ámbitos (judicial y arbitral), así como al principio de igualdad. Además, el artículo 284 del CPC establece que “*toda persona legitimada*” puede acceder a la prueba anticipada, si indica su pretensión futura genérica y las razones justificatorias. La única limitación al derecho de toda persona para plantear solicitudes de prueba anticipada y acceder a esta salvaguarda es estar legitimada, y la legitimación se da en razón de la existencia de una relación sustantiva que merece tutela. Finalmente, las partes que suscribieron un convenio arbitral pueden ventilar sus controversias ante dicho fuero, como también optar por hacerlo por la vía judicial (si ambas están de acuerdo).

Así, considero que tanto quienes van a litigar en sede judicial como quienes lo van a hacer en sede arbitral, deben contar con igual derecho a obtener los extremos fácticos ignorados y necesarios para poder fundamentar la pretensión, mediante la intervención del juez (y gracias a ello, con el consiguiente requerimiento judicial a la otra parte). También pueden optar por asegurar su elemento probatorio (por medio del secuestro y depósito del bien bajo custodia, mediante una medida cautelar) o por su actuación anticipada (pericia –sobre personas o cosas–, inspección), y ello incluye la declaración testimonial, en caso el testigo se encuentre en alguna de las situaciones o circunstancias descritas en el artículo 291 del CPC.

Por lo demás, las reglas arbitrales sobre valoración probatoria dejarán a los árbitros en plena autonomía para apreciar y valorar lo que contenga el expediente de prueba anticipada; esto debido a que la regla de primacía de las normas de la Ley de Arbitraje por sobre las del CPC es de aplicación para la *colaboración judicial* (es decir, cuando se trata de colaboración judicial, las normas del CPC tienen cabida, en forma supletoria), pero en lo demás las reglas procesales del CPC no son de aplicación en el arbitraje (y esto obviamente incluye la apreciación, criterio y valoración de los árbitros sobre hechos y pruebas).

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2005): *Las preclusiones probatorias en el proceso civil: lugares comunes y paradojas*. ELDial.com - Diario jurídico argentino en Internet (<www.eldial.com.ar>); ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2011): “Medidas

cautelares”. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo I (SOTO COAGUILA Carlos y BULLARD GONZALEZ Alfredo). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje; BARBOSA MOREIRA, José (2001): “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BENTHAM, Jeremías (1971): *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (1997): “El derecho fundamental a probar y su contenido esencial”. *Apuntes de Derecho procesal* (PRIORI POSADA, Giovanni y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo). Lima: Ara; CARNELUTTI, Francisco (2000): *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2000): *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1970): *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Ediciones Victor P. de Zavalia; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; GUAL GRAU, Cristian (2011): “Breves apuntes sobre el *Discovery*”. En: *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*. Disponible en: <<http://www.uria.com/es/publicaciones/listado-revistas/31/numero29.html>>; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (1999): *La prueba en el proceso civil*. 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; KAMINDER, Mario Ernesto (2002): “Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y jueces”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° V. Lima; KJELMANOVICH, Jorge (1996): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): “Prueba anticipada. Disposición general. Artículo 284”. En: *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. MORELLO, Augusto (1991): *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. Madrid: Civitas; PARRA QUIJANO, Jairo (2001): *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PARRA QUIJANO, Jairo: *Tratado de la prueba judicial*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PAUL DÍAZ, Alvaro (2006): *La prueba anticipada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Lexis Nexis; PEYRANO, Jorge W. (1995): *Derecho Procesal Civil de acuerdo al Código Procesal Civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas; PICÓ I JUNOY, Joan (1996): *El Derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (1999): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Lima: Grijley; RICCI, Francisco (1958): *Derecho Civil teórico y práctico. Tratado de las pruebas*. Madrid: Editorial Moderna; SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba. Los grandes temas del Derecho probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América; TARUFFO, Michele (2011): *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta; TARUFFO, Michele (2012): *Teoría de la prueba*. Lima: ARA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Dada la naturaleza del proceso (prueba anticipada) debe presentarse en pliego abierto la testimonial que se ofrece a fin de que el emplazado preste su declaración y haga valer sus derechos con arreglo a ley; lo expuesto por el a quo en la citada resolución, no es un requisito previsto por ley, toda vez que dentro de la sección referente a la prueba anticipada no existe norma imperativa que exija tal requisito; por tanto se ha incurrido en nulidad prevista por el artículo ciento setentuno del Código Procesal Civil (*Exp. N° 16906-1998-Lima*).

Artículo 292**Reconocimiento de documentos privados**

Cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan.

CONCORDANCIAS:

C.C. arts. 2, 67 y ss., 387 y ss., 1205, 1958, 2104; C.P.C. arts. 246 y ss., 248, 252, 284, 286, 287, 291, 330, 688, 693 inc. 3; L.T.V. arts. 91, 96; L.A. art. 74 y ss.

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

1. INTRODUCCIÓN

En principio, como se ha señalado al comentar los artículos 284 y 291 del CPC, la prueba anticipada no tiene como fin *probar* algo, ni tampoco cuidar algún elemento probatorio, sino, mediante su actuación, poder aportar el elemento de conocimiento (el material con aptitud para suministrar información sobre la ocurrencia de hechos) para el futuro proceso (aquí la norma se coloca en circunstancias que las que si el interesado tuviese que esperar el momento procesal formal correspondiente de actuación del medio probatorio se tornaría en inútil), como también poder preparar el caso (identificando hechos, circunstancias y pruebas), a fin de diseñar las pretensiones o la defensa de modo idóneo y eficaz.

Con esto se justifica la actuación de medios probatorios antes de la etapa establecida en el proceso, lo que puede ser previamente a presentar la demanda o, ya iniciado el proceso, antes de la etapa probatoria (si es así, deberá haberse ofrecido el medio probatorio en la etapa correspondiente). Puede solicitarla quien va a demandar como quien prevea ser demandado, estando ambas partes habilitadas para ello, de cumplirse con los requisitos de la norma (legitimidad –ordinaria o extraordinaria–, requisitos del artículo 284 y los correspondientes al medio probatorio).

2. LA PRUEBA ANTICIPADA PREPARATORIA

La prueba anticipada protege la efectividad del derecho a probar, a fin de que la decisión final pueda basarse en hechos y circunstancias reales, a las que les aplique la norma pertinente. La razón justificatoria para dar “luz verde” al solicitante guarda estrecha relación con la finalidad de la prueba anticipada. Y es aquí donde se encuentra la riqueza y los consiguientes problemas interpretativos de esta institución.

¿Cuáles son las razones que pueden justificar la actuación de un medio probatorio antes de su momento establecido en el proceso? Hay situaciones que pueden considerarse de urgencia y otras que no, por lo que la excepcionalidad con que suele calificarse al instituto de la “prueba anticipada” aplica a los supuestos considerados críticos (de conservación de la prueba); en cambio, hay otros supuestos que no son críticos pero que se encuentran cubiertos por esta facultad (de actuación previa).

El CPC ha agrupado bajo la nomenclatura única de “prueba anticipada” a tres supuestos de distinta finalidad, bajo diferentes “razones justificatorias”: i) diligencias conservatorias; ii) diligencias preliminares (que es en realidad un nombre genérico); y, iii) diligencias preparatorias (por su especial significado).

- a) *Las diligencias conservatorias.* Estas tienen como finalidad asegurar la actuación de la prueba (entendida como información a ser aportada al proceso, mediante la cual se pretende que el juez conozca los sucesos del caso, esto es, la mejor aproximación a la verdad fáctica, por cuanto la noción cognoscitiva de la prueba debe ser el paso inicial para la argumentación). No se trata de la conservación material del documento o persona (no es custodia de personas o depósito de bienes), sino del aseguramiento de su actuación (ejercicio procesal por el que se extrae la información de los hechos o situaciones que se pretenden acreditar para el caso), mediante la actuación anticipada. Es el caso de la declaración testimonial, de la pericia y de la inspección judicial.
- b) *Diligencias preliminares de obtención de información.* Son supuestos que apuntan a aclarar cuestiones previas, buscando obtener la información necesaria para preparar el proceso a instaurarse. Con lo que se obtenga de estas actuaciones puede optarse por no demandar —por considerar inútil hacerlo—, o por elegir cómo diseñar la demanda, porque con estas pruebas puede dotarse de solidez al proceso, lo que incide en la estrategia al elaborar las pretensiones.

Así, mediante estas actuaciones se puede aclarar o preparar lo que se pretenda demandar a través de la exhibición judicial de cosas (bienes muebles, señala el CPC), de documentos o títulos que son desconocidos por el solicitante y sin cuya constancia este no despejaría las dudas que pudiese albergar sobre el sustento fáctico de su pretensión o no podría acreditar los hechos que sustentan los presupuestos procesales. Para solicitar estas actuaciones el solicitante solo debe expresar estas razones básicas al juez (necesidad de esclarecimiento previo de una situación), y señalar la pretensión genérica de su futura demanda, por cuanto no se trata de riesgos sino de economía, razonabilidad, viabilidad y/o eficiencia.

- c) *Diligencias preparatorias*. Aquí la finalidad de la “prueba anticipada” es la preparación de títulos e, inclusive, la creación de títulos ejecutivos. Estas actuaciones previas cumplen un rol facilitador para el proceso ulterior, pues se busca obtener lo requerido para la viabilidad de dicho proceso.

El CPC considera a la absolución de posiciones y al reconocimiento de documento privado dentro de este rubro: “cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento, puede solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan”, “puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso”.

En estos casos ni siquiera se requiere sustentar el pedido en el esclarecimiento previo de alguna relación o situación jurídica (a diferencia de las *diligencias preliminares*), por lo que en principio el solicitante no tendría que indicar para qué desea la actuación de estos medios probatorios (lo que se inferirá de la pretensión genérica que indique), pero como debe expresarse (según la norma general de prueba anticipada) la “razón justificatoria”, se señalará que se pretende la preparación de un título facilitador para un proceso ulterior. Y al igual que el caso anterior, estas diligencias preparatorias pueden culminar sin que el proceso de ejecución (o el de cognición, de ser el caso) sea promovido.

El documento privado puede contener una gama de declaraciones diversas y no solo obligaciones. El título ejecutivo solo puede contener obligaciones (de dar, de hacer, de no hacer), así que el reconocimiento de documento privado es un género y el reconocimiento de documento privado que contenga obligaciones es una especie respecto de aquel. Por lo demás, tratándose de obligaciones, si no contiene una obligación líquida o liquidable, o si le falta algún otro elemento o cualidad para configurar título ejecutivo, el reconocimiento realizado en forma anticipada o, en su caso, la absolución de preguntas, vale como medio de prueba en un proceso de cognición, con lo que su finalidad se acerca a la de las diligencias preliminares.

Sobre los títulos valores reconocidos

Existe un debate acerca de si los títulos valores reconocidos recuperan mérito ejecutivo (cuando lo han perdido por causa de la falta de protesto o formalidad sustitutoria). De acuerdo al artículo 688, no: son títulos ejecutivos los que se establecen taxativamente. Unos son los títulos valores (con todos sus requisitos), y otros son la prueba anticipada de reconocimiento y de absolución de posiciones.

Al respecto, la Ley de Títulos Valores establece (art. 91.2) que la falta de los requisitos consistentes en el protesto o la formalidad sustitutoria del mismo, “podrá

subsanaarse si dentro de los plazos de prescripción de la respectiva acción cambiaria señalados en el artículo 96, el tenedor logra obtener, en forma expresa o ficta, el reconocimiento judicial en su contenido y firma del título valor, por parte del o de los obligados respecto a quienes se ejercite la correspondiente acción cambiaria. (...)”, y en el artículo 96.3 señala que “(...) los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo son perentorios y no admiten interrupción, ni suspensión. El reconocimiento judicial del título valor vencido no interrumpe los plazos de prescripción señalados en el presente artículo para el ejercicio de las acciones cambiarias derivadas de él”.

Se trata de dos cuestiones diferentes. El defecto del protesto o su formalidad sustitutoria puede subsanarse si se obtiene reconocimiento judicial del título valor dentro de los plazos de prescripción: el título valor así es subsanado y recupera su mérito ejecutivo; si se reconoce el título valor fuera de los plazos de prescripción no se subsana ese defecto específico. Si se reconoce el título valor vencido pero antes de vencida la prescripción de la pretensión cambiaria, ello no suspende ni interrumpe el plazo de prescripción, por lo que el mismo sigue corriendo; debe entenderse asimismo que si venció el plazo de prescripción el reconocimiento no podrá, obviamente, resucitar el mérito ejecutivo del título valor. Todas estas reglas aplican para títulos valores y el mérito ejecutivo de los mismos.

En cambio, un documento que alguna vez fue un título valor o que nunca lo fue al faltarle algún requisito, es un documento privado común, y por ende le es aplicable el tratamiento de todo documento privado, lo que incluye el reconocimiento, y por ende puede ser objeto de dicha prueba anticipada. Así, no regresaría a ser un título valor ni se convertiría en uno, sino que sería un documento privado reconocido en prueba anticipada, que puede calificar como título ejecutivo (si contiene todos los elementos de los títulos ejecutivos) o, por lo menos, como medio de prueba para un futuro proceso de cognición.

3. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Reconocer (de origen en el latín; verbo conformado por el prefijo *re* (de nuevo, reiteración), y *cognoscere* (conocer, enterarse)) puede consistir en la identificación de algo o alguien, como también puede importar actitudes o sentimientos de gratitud hacia alguien o hacia determinadas circunstancias, o puede implicar la admisión de la existencia o veracidad de alguna situación (jurídica o no). El común denominador de tales nociones es que el reconocimiento viene después de algo o, mejor dicho, *con ocasión de* algo de existencia anterior.

Cuando se admite la existencia o veracidad de algún hecho o situación, tal admisión o reconocimiento vendrá aparejado con las consecuencias que el hecho

o situación de existencia anterior conllevan. En el ámbito jurídico, se tienen diversos supuestos de reconocimiento:

- i) El reconocimiento como forma especial de conclusión del proceso (art. 330 del CPC), es un acto procesal mediante el cual el demandado acepta la pretensión admitiendo la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y sus fundamentos jurídicos (esto último con los reparos correspondientes, pues la calificación jurídica tiene sus propias aristas que no toca aquí analizar);
- ii) *El reconocimiento de documento en un proceso (a cargo de otorgante, que puede ser una de las partes del proceso –salvo que no lo hubiese tachado, en cuyo caso no será necesario el reconocimiento al considerarse que la falta de cuestionamiento importa una admisión tácita– o a cargo de un tercero) es una actuación probatoria que genera una prueba que tendrá el valor que el juzgador le asigne* (art. 246 del CPC);
- iii) El reconocimiento de documento firmado a ruego por tercero (art. 248 del CPC), supuesto de documento firmado por un tercero a ruego del otorgante (y que debe ser reconocido por el otorgante y por el tercero) que, al igual que el supuesto anterior, es una actuación probatoria que genera una prueba que tendrá el valor que el juzgador le asigne;
- iv) *La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido configura un título ejecutivo, con todas las ventajas que ello conlleva* (arts. 292, 688 del CPC). *En este caso el apercibimiento en caso se incumpliera con la actuación es tener por verdadero el documento* (consecuencia mayor que cuando se actúa el medio probatorio dentro del proceso principal);
- v) El reconocimiento de laudo extranjero (art. 74 y ss. de la Ley de Arbitraje), por el que se homologa el laudo extranjero para que se entienda válido y exigible en un Estado distinto de aquel en que se dictó;
- vi) El reconocimiento de sentencia extranjera (art. 2104 del CC) que le confiere eficacia y exigibilidad;
- vii) El reconocimiento de hijo extramatrimonial constituye medio de prueba de la filiación extramatrimonial (art. 387 y ss. del CC);
- viii) El reconocimiento judicial del embarazo o del parto (art. 2 del CC) puede ser solicitado por la mujer con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento;
- ix) El reconocimiento de existencia de persona cuya muerte fue declarada judicialmente le faculta, entre otros, a reivindicar sus bienes (arts. 67 y ss. del CC);

- x) La inscripción del reconocimiento de la unión de hecho acredita la calidad de convivientes;
- xi) El reconocimiento de obligación o de deuda dispensa al destinatario/acrededor de la carga de la prueba respecto de la relación obligatoria (arts. 1205 y 1958 del CC).

Se puede verificar que el reconocimiento siempre se realiza *con ocasión de algo de previa existencia*.

Volviendo a la prueba anticipada, es de señalar que las actuaciones probatorias en las que se confronta a la futura contraparte, es decir, en las que la actuación probatoria está en cabeza de esta (exhibición, reconocimiento de documento privado y absolución de posiciones), la normativa no exige al solicitante proporcionar razones justificatorias (solamente sería necesario la mención de la norma que regula este medio probatorio, que es básicamente autoritativa) para su actuación anticipada. Bastaría que el solicitante indique la pretensión genérica de su futura demanda.

En estos casos (particularmente en el reconocimiento de documento privado) no es factible evitar la citación de la futura contraparte (art. 287 del CPC), no solo porque las razones de seguridad y garantía no se perciben en estas actuaciones, sino por cuanto es precisamente la contraparte quien efectuará el reconocimiento (salvo que se pretenda un reconocimiento de documento que no es el centro de la controversia, sino que, suscrito por tercera persona, formará parte de los indicios con los que se armará el caso). Inclusive, como ya se ha mencionado, se establecen apercibimientos sumamente severos si no se cumple con actuar el medio probatorio; con ellos (los apercibimientos) el solicitante obtendría prueba plena o semiplena para su futuro proceso y, en algunos casos, inclusive títulos ejecutivos.

Finalmente, esta actuación previa, si bien tiene como base la *preparación de un título fehaciente*, sirve también para determinar posiciones de las partes antes del proceso, para establecer las estrategias procesales (que incluyen la definición de las pretensiones), o inclusive (si para el solicitante esta prueba es fundamental) para descartar la decisión de plantear demanda alguna, y más bien centrarse en la transacción o conciliación con su antagonista.

3.1. Requisitos. Indicación de la pretensión. Razón justificatoria

El solicitante debe indicar la pretensión genérica de su futura demanda (o contestación, o reconvención) y expresar la razón que justifica esta actuación anticipada.

Como se ha indicado, la norma no establece obligación de justificar el pedido para esta actuación, pues habilita a “cualquier interesado en el contenido o efectos de un documento” a solicitar que su otorgante o sus herederos lo reconozcan. Esto es muy importante, pues hay quienes consideran que debe haber razones de urgencia en todos los casos de prueba anticipada, sin distinguir de las que forman parte de los supuestos “conservatorios”, de los “preparatorios”. La razón que justifica se sustenta simplemente en la preparación del título fehaciente (dar eficacia probatoria) al documento privado con que se cuenta.

3.2. Reglas generales sobre reconocimiento de documentos

Dado que el artículo 286 del CPC establece que serán de aplicación en lo correspondiente las reglas sobre actuación de medios probatorios, son de aplicación las normas sobre reconocimiento (art. 246 y ss. del CPC). Así, si el documento se firmó a ruego del otorgante, el reconocimiento deberá practicarse por ambos (ambos deberán ser citados).

El reconocimiento de documentos incluye los documentos no escritos, los cuales serán objeto de reconocimiento por sus autores o responsables, lo cual también será factible de realizarse mediante prueba anticipada (art. 252 del CPC).

En el caso de los herederos del otorgante, o del representante actual (que no lo suscribió), si no les consta que el causante o el representante (en su caso) otorgó el documento, o no pudiesen reconocer el documento y/o su firma, deben indicarlo de ese modo al juez, y la actuación probatoria deberá culminar.

4. RECONOCIMIENTO DE DOCUMENTOS Y ARBITRAJE

La Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) ha incorporado, entre las funciones de las medidas cautelares, la de preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (artículo 47.2.d), recogiendo lo dispuesto en el artículo 17.2.d de la Ley Modelo de la Uncitral. Se ha optado por salvaguardar o preservar la prueba y se amalgamó con los supuestos de aseguramiento de la eficacia del laudo.

Se ha desarrollado al comentar el artículo 291 del CPC la confusión que se da entre las medidas de aseguramiento (como la de la Ley de Arbitraje) y la función conservadora de la prueba anticipada en el caso de la declaración testimonial, inspección judicial y pericia. Pero respecto de la función de la prueba anticipada de reconocimiento de documento privado, no hay posibilidad de confusión por cuanto las funciones y finalidad son muy diferentes.

Empero, considero que antes de que se constituya el tribunal arbitral sí cabe solicitar la prueba anticipada al juez. La prueba anticipada es aplicable al proceso judicial, y estando el arbitraje dotado de los mismos derechos fundamentales (igualdad, debido proceso, defensa, derecho a probar, etc.) y considerado jurisdicción por el ordenamiento jurídico peruano, no existe razón para negarse en esta sede la protección y beneficios de la “prueba anticipada”.

La prueba anticipada recoge, como se ha señalado, las posibilidades de facilitación para el proceso principal, que pueden consistir en preparar la información para poder definir las pretensiones y precisión de las alegaciones del futuro proceso, como también preparar títulos o dotar de eficacia probatoria a los que se tengan, y/o (porque no son excluyentes) conservar o preservar las pruebas que pudiesen estar en peligro de perderse o de perjudicarse, mediante su actuación anticipada.

Las diligencias preliminares y preparatorias destinadas a acceder a la información acerca de hechos o de existencia de material probatorio (y de ese modo poder esclarecer situaciones y así diseñar adecuadamente las pretensiones y su sustento, o inclusive declinar de instaurar el arbitraje), y/o de preparación de títulos (ya existentes, pues de lo que se trata es de otorgar eficacia probatoria a los documentos privados con que se cuente), han sido incorporadas dentro del rubro de prueba anticipada en el CPC, y no deben ser privilegios del proceso judicial, al ser beneficios para el proceso en general, trátense de arbitraje o litigio judicial.

Toda persona tiene derecho a acceder a estas actuaciones previas al proceso que iniciará (o que supone le iniciarán), sin discriminar si se trata de un proceso judicial o arbitral. Esto se desprende de la atribución de “jurisdicción” para ambos ámbitos (judicial y arbitral), así como al principio de igualdad. Además, el artículo 284 del CPC establece que “**toda persona** legitimada” puede acceder a la prueba anticipada, si indica su pretensión futura genérica y las razones justificatorias. La única limitación al derecho de toda persona para plantear solicitudes de prueba anticipada y acceder a esta salvaguarda es estar legitimada, y la legitimación se da en razón de la existencia de una relación sustantiva que merece tutela. Y por último, las partes que suscribieron un convenio arbitral pueden ventilar sus controversias ante dicho fuero, como también optar por hacerlo por la vía judicial (si ambas están de acuerdo).

Así, considero que tanto quienes van a litigar en sede judicial como quienes lo van a hacer en sede arbitral, deben contar con iguales derechos a obtener los extremos fácticos ignorados y necesarios para poder fundamentar la pretensión, mediante la intervención del juez, así como a obtener suficiencia probatoria previa.

Por lo demás, las reglas arbitrales sobre valoración probatoria dejarán a los árbitros en plena autonomía para apreciar y valorar lo que contenga el expediente de prueba anticipada; esto debido a la regla de primacía de las normas de la Ley de Arbitraje por sobre las del CPC cuando se trate de **colaboración judicial** (como en caso de medidas cautelares fuera de proceso, prueba anticipada y toda forma de colaboración judicial al arbitraje, en que las normas del CPC tienen cabida en forma supletoria a la Ley de Arbitraje). En lo demás las reglas procesales del CPC no son de aplicación en el arbitraje (y esto obviamente incluye la apreciación, criterio y valoración de los árbitros sobre hechos y pruebas). Por ende, el reconocimiento judicial de un documento privado vía prueba anticipada podrá aportarse a un proceso arbitral, y su valoración quedará a criterio del tribunal arbitral.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ARIANO DEHO, Eugenia (2005). *Las preclusiones probatorias en el proceso civil: lugares comunes y paradojas*. ELDial.com - Diario jurídico argentino en Internet (www.eldial.com.ar); ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2011): "Medidas cautelares". *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*, tomo I (SOTO COAGUILA Carlos y BULLARD GONZÁLEZ Alfredo). Lima: Instituto Peruano de Arbitraje; BARBOSA MOREIRA, José (2001): "Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° IV. Lima; BENTHAM, Jeremías (1971): *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (1997): "El derecho fundamental a probar y su contenido esencial". En: *Apuntes de Derecho procesal* (PRIORI POSADA, Giovanni y BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo). Lima: Ara; CARNELUTTI, Francisco (2000): *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (2000): *Compendio de la prueba judicial*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1970): *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Ediciones Victor P. de Zavalía; GASCÓN ABELLÁN, Marina (2004): *Los hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons; GUAL GRAU, Cristian (2011): "Breves apuntes sobre el Discovery". *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. 29-2011. Disponible en: <http://www.uria.com/es/publicaciones/listado-revistas/31/numero29.html>; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (1999): *La prueba en el proceso civil*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; KAMINDER, Mario Ernesto (2002): "Reflexiones sobre hechos, pruebas, abogados y jueces". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° V. Lima; KIELMANOVICH, Jorge (1996): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Abeledo-Perrot; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): "Prueba anticipada. Disposición General. Artículo 284". En: *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica; MORELLO, Augusto (1991): *La prueba, tendencias modernas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; MONTERO AROCA, Juan (1998): *La prueba en el proceso civil*. 2ª ed. Madrid: Civitas; PARRA QUIJANO, Jairo (2001): *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PARRA QUIJANO, Jairo: *Tratado de la prueba judicial*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional; PAUL DÍAZ, Alvaro (2006): *La prueba anticipada en el proceso civil*. Santiago: Editorial Lexis Nexis; PEYRANO, Jorge W. (1995): *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al Código Procesal*

Civil Peruano. Lima: Ediciones Jurídicas; PICÓ I JUNOY, Joan (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch; RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito (1999): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. Lima: Grijley; RICCI, Francisco (1958): *Derecho Civil teórico y práctico. Tratado de las pruebas*. Madrid: Editorial Moderna; SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba. Los grandes temas del Derecho Probatorio*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América; TARUFFO, Michele (2011): *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta; TARUFFO, Michele (2012): *Teoría de la prueba*. Lima: ARA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

La prueba anticipada no logra sus fines si la emplazada no se pronuncia en forma expresa respecto del reconocimiento del contenido de la letra de cambio. El no reconocerla porque fue firmada en garantía, no cumple el cometido de la prueba anticipada, ya que dicha afirmación no desdice de su contenido e implica un cuestionamiento a su origen, frente a lo cual el juez de la prueba anticipada debió requerir a dicha parte, para que emitiera un pronunciamiento objetivo al respecto. La prueba anticipada no se constituye como título ejecutivo, pues no se encuentra plenamente reconocida (*Exp. N° 125-2002-Lima*).

A quo al calificar la solicitud de prueba anticipada, ha rechazado la misma, por cuanto sostiene que el accionante no ha cumplido con “adjuntar el original del documento a reconocer”, no existe norma alguna que prescriba que para la procedencia de la solicitud en cuestión sea de obligación del accionante presentar los originales de los documentos cuyo reconocimiento se solicita; por lo que el a quo al rechazar la prueba anticipada solicitada, en mérito a los considerandos en que se fundamenta, ha incurrido en nulidad insubsanable prevista en el artículo ciento setentiuono del Código Procesal Civil (*Exp. N° 31950-1999-Lima*).

Según se aprecia del acta de Audiencia de Actuación y Declaración Judicial (...) la empresa emplazada ha verificado el reconocimiento solicitado, independientemente de las alegaciones que haya efectuado al respecto, por lo que habiéndose cumplido con la actuación anticipada del medio probatorio y por tanto con la finalidad de la misma, carece de objeto formular cuestionamientos al respecto, tanto más si no se aprecia que se haya producido agravio al reclamante (*Exp. N° N-977-1997-Lima*).

Artículo 293**Exhibición**

Cuando una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición de:

1. *El testamento del causante por parte de quien se considere sucesor;*
2. *Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso;*
3. *Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante; y,*
4. *Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192, 193, 259, 260, 284, 286, 288, 292.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Como ya lo hemos señalado antes, a la *prueba anticipada* le es inmanente la urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310), dado que implica la actuación de uno o más *medios probatorios* de manera antelada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (la *audiencia de pruebas* del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

También hemos referido que esa urgencia que la caracteriza ha llevado a señalar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba es resuelta por el juez *inaudita pars*, correspondiéndole recién después a la parte contraria el derecho de controlar su producción formulando observaciones, oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo (LEDESMA, 2009: p. 603).

Asimismo, hemos destacado que ese tratamiento diferenciado de la prueba, que de hecho convierte a la *prueba anticipada* en una manifestación más de la *tutela diferenciada* (HURTADO, 2006: p. 109; MONROY, 2007: p. 5), se aprecia apenas nos asomamos a sus normas generales contenidas en el CPC (arts. 284, 286 y 288), pero también es posible verse de alguna manera traslucido en el caso del artículo en comento, en que la actuación de la pericia tiene como presupuesto

que una persona requiera del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica.

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRUEBA ANTICIPADA

Como lo venimos acotando, la categoría *medios probatorios* forma parte de otra mayor, denominada *actividad probatoria* o *teoría de la prueba*, y es congénere de las categorías *fuentes de prueba* y *prueba*. Como las *fuentes de prueba* son en buena cuenta los vestigios de los hechos que dan lugar a una controversia, y por lo tanto preexisten al proceso, entonces se requiere de vehículos que los trasladen al proceso, a los cuales se les llama *medios probatorios*, y con base en esa información es que el juez analizará la situación planteada y formará su convicción, que no es otra cosa que la *prueba*, lo cual le permitirá resolver la litis o la incertidumbre jurídica.

Así entonces, los *medios probatorios* son todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. A estos que mencionamos nuestro CPC los recoge bajo el nombre de *medios probatorios típicos* en su artículo 192. Sin embargo, el referido ordenamiento no descarta que en algún momento se puedan presentar otros que persigan la misma finalidad y que no necesariamente se identifiquen con alguno de los ya mencionados, por lo que a fin de que también queden comprendidos dentro del género los regula en su artículo 193 bajo el nombre de *medios probatorios atípicos*.

Ahora, lo que se actúa en la *audiencia de pruebas* (y por lo antes dicho, también en la *prueba anticipada*) son los *medios probatorios no documentales*, como son la *testimonial*, la *pericia*, la *absolución de posiciones* y la *inspección judicial*. Y cuando hablamos de actuación de un medio probatorio no es otra cosa que trasladar al papel escrito (las actas de la audiencia) las *fuentes de prueba* que no están en documentos, para que puedan ser leídas, visualizadas, por el juez, las partes y demás sujetos procesales. Excluimos a las *documentales* por cuanto en estas las fuentes de prueba pueden ser leídas y visualizadas por los sujetos del proceso desde el momento mismo que ingresaron al proceso, o sea desde su ofrecimiento por las partes, aunque debemos decir que en la *prueba anticipada* sí se puede hacer cierta actividad relacionada a los documentos, como procurar su llegada al proceso (a través de la *exhibición* de los mismos que haga la otra parte, previsto en el art. 293 del CPC) o que la otra parte reconozca el contenido de un documento (a través del *reconocimiento* del mismo que haga la otra parte, previsto en el art. 292 del CPC).

3. LA EXHIBICIONAL

Tal como se ha señalado, “si el documento (supuestamente) está en posesión del contrario, entonces la prueba se peticiona en el ofrecimiento respectivo para que el tribunal encomiende al contrario la presentación del documento” (LEIBLE, 1998: p. 283). Y es que “cuando se ofrece prueba documental que se encuentra en poder de una de las partes o de terceros, y siempre que se haya considerado prueba admisible y esencial (conducente), es obligación exhibirla o indicar el resguardo de sus originales” (GOZAÍNI, 2005: p. 334).

En este tipo de prueba la parte que no cuenta con el documento se aprovecha de las facultades coercitivas que tiene el juez para dictar mandatos, sea a las partes o a terceros, donde ordena el cumplimiento de una determinada obligación, en este caso una de hacer, teniendo como sustento la necesidad de esclarecer la controversia. Por ello se señala que: “cuando concurren todos los requisitos indicados, el juez instructor puede ordenar a la parte o al tercero exhibir en juicio el documento o la otra cosa, dictando las providencias oportunas acerca del tiempo, el lugar y el modo de la exhibición” (LIEBMAN, 1980: p. 300).

En este caso no estamos ante el medio probatorio *documental* propiamente dicho, sino ante un mecanismo para hacer llegar a aquel al proceso, es decir ante un modo de adquisición de la documental; por eso incluso algunos le atribuyen autonomía respecto de la prueba documental. De allí que se haya señalado que: “la exhibición tiene ciertamente la consecuencia de que el juez pueda examinar el documento o la cosa exhibida; pero esta es precisamente una consecuencia de la adquisición para el proceso del documento o de la cosa como medio de prueba representativa” (LIEBMAN, 1980: p. 369).

ARAZI resalta un aspecto trascendental que está en la esencia de este tipo de derivación de prueba documental, cuando señala que: “no cabe aquí la aplicación del principio *nemo tenetur edere contra se* (nadie está obligado a suministrar prueba en contra de sí), pues el perjuicio que puede causarle a la parte la presentación del documento, que incorpora al juicio una prueba desfavorable a su contraria, cede ante el deber que tiene de lealtad, probidad y buena fe”, agregando luego que “al litigante no se le requiere para que ayude a su adversario, sino a la justicia; no se le obliga a suicidarse, desde el punto de vista de la estrategia del proceso, sino que se le reclama que ilustre y aclare la información del juez” (ARAZI, 2001: p. 235).

4. LAS CIRCUNSTANCIAS JUSTIFICANTES PARA LA ACTUACIÓN ANTICIPADA DE UNA EXHIBICIONAL

De hecho la actuación anticipada de la prueba o anticipación de la prueba o, también, preconstitución de un medio probatorio, significa en buena cuenta –como

ya lo adelantamos– un tratamiento diferenciado de la prueba, dado que importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa en que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción (HITTERS, 2010: p. 330). Esa inmediatez o urgencia se aprecia de la sola lectura de las normas generales que el CPC dedica a la *prueba anticipada* (arts. 284, 286 y 288).

Pero, además, el legislador ha tenido el propósito de resaltarlo en el artículo específico destinado a cada medio probatorio posible de actuarse mediante la *prueba anticipada*, aunque habría que decir que en el caso del presente artículo la referida urgencia no es tan palpable como la que se advierte en los artículos 290 y 291.

Así, se entiende entonces, que además de las circunstancias generales que motivan la actuación adelantada de un medio probatorio, en el caso del artículo en comento, la actuación de la exhibicional tiene como presupuesto específico *la necesidad del esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica*.

Aquí la necesidad o urgencia de actuar el medio probatorio está dado por la finalidad de procurar el esclarecimiento de una determinada relación o situación jurídica (que en los mismos incisos del artículo se describe: la calidad de sucesor, la situación de una persona frente a un bien que será materia de un futuro proceso, la participación de una persona en negocios o bienes, la situación de una persona frente a bienes muebles materia de un futuro proceso), lo cual pasa exclusivamente por la exhibición o presentación de los siguientes documentos:

1. El testamento del causante por parte de quien se considere sucesor;
2. Los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso;
3. Los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante; y,
4. Otros bienes muebles materia de un futuro proceso.

Ahora, tal como señala LEDESMA, lo que busca este tipo de medidas es abreviar futuros procedimientos, comprobar determinadas circunstancias cuyo conocimiento resulte ventajoso desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar adecuadamente una eventual pretensión y asegurar la regularidad de los trámites correspondientes a tales actos. Aunque, como acota luego, en este caso específico bajo la denominación de *prueba anticipada* se ha regulado en realidad a la *diligencia preliminar*, ello por cuanto las pruebas anticipadas o llamadas *diligencias conservatorias de prueba*, tienen por objeto la producción anticipada de ciertos medios preparatorios frente al riesgo que resulte imposible o sumamente

difícil hacerlo durante el periodo procesal de pruebas; situación que no se ajusta a lo que exige el artículo subexamen, el cual señala como justificante al caso “cuando una persona requiera de esclarecimiento previo de una relación o situación jurídica, puede pedir la exhibición”, en donde lo que se busca es obtener información preliminar para un futuro proceso (LEDESMA, 2009: p. 611).

También la citada autora puntualiza que en cuanto a la exhibición del testamento del causante por parte de quien se considere sucesor, dicha diligencia no tiene por objeto justificar su condición de sucesor legítimo, sino de una medida preparatoria para un proceso contencioso, pero que ello no exime al solicitante de la carga de señalar la justificación de su petición, esto es, de proporcionar motivos razonables que hagan necesaria la exhibición, pues la sola creencia de considerarse sucesor no legitima el amparo de su pedido. Igualmente resalta que la norma permite la exhibición de los documentos referentes al bien relacionado con el futuro proceso, como en el caso de evicción que se puede requerir al enajenante o adquirente que exhiba los títulos referentes a la cosa vendida. A su vez, en cuanto a la posibilidad de pedir la exhibición de los estados de cuentas, libros y demás documentos relativos a negocios o bienes en que directamente tiene parte el solicitante, señala que tiene la mera finalidad de simplificar los futuros procedimientos. Y, finalmente, en cuanto a la exhibición de otros bienes muebles materia de un futuro proceso, acota que ello es con miras a verificar su identidad y estado de conservación, lo cual va a permitir que el objeto de la eventual pretensión resulte delimitado con la mayor precisión y claridad (LEDESMA, 2009: pp. 611-612).

Por otro lado, en opinión que compartimos, LEDESMA señala que el juez puede disponer que la exhibición se lleve a cabo en la sede del juzgado o en lugar en el que la cosa se encuentra; que tanto en la exhibición de cosa mueble y testamento, el requerido que no tenga en su poder el testamento o la cosa mueble debe indicar el lugar en que se encuentra o la persona que lo tiene; y que con relación al apercibimiento en la exhibición debe tenerse en cuenta que al ser alternos estos, quien la solicita debe precisar cuál de ellos deberá aplicarse, y si el solicitante no hubiere cumplido con precisarlo, no resulta factible su adecuación por el juez, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que se le deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente (LEDESMA, 2009: p. 612).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003):

“Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; HURTADO REYES, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*, 1ª ed. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): “El Código Procesal Civil requiere reformas estructurales (Entrevista)”. En: *Revista JUS (doctrina y práctica)*, N° 6. Lima: Grijley; MONTERO AROCA, Juan (2000): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayu; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Lima: Grijley; CARRIÓN LUGO, Jorge (2014): *Código Procesal Civil*, vol. I. Lima: Ediciones Jurídicas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No puede ampararse la prueba anticipada si no se señala cuál es la urgencia que justifique la actuación excepcional anticipada y fuera del proceso de un medio probatorio, que ordinariamente deberá actuarse dentro del mismo. Si bien en la exhibición se ha precisado como apercebimiento el de tenerse por cierta las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento, para la debida aplicación de dicho apercebimiento obligatoriamente deberá darse la idea más clara posible de su contenido (*Exp. N° 612-2001-Lima*).

Si el peticionante solicita la actuación de los medios probatorios consistentes en el reconocimiento, exhibición y absolución de posiciones, debe ampararse su actuación excepto la exhibición, pues no se encuentran bajo los supuestos de los artículos 293 y 693 del Código Procesal Civil (*Exp. N° 492-2001-Lima*).

Artículo 294 | **Absolución de posiciones**

Puede solicitarse que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192, 193, 213, 284, 286, 288, 290 a 293, 296 inc. 3, 689, 693 inc. 4.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Como ya lo hemos señalado antes, a la *prueba anticipada* le es inmanente la urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310), dado que implica la actuación de uno o más *medios probatorios* de manera antelada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (audiencia de pruebas del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

Por eso se ha anotado que esa urgencia que la caracteriza ha llevado a señalar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba es resuelta por el juez *inaudita pars*, correspondiéndole recién después a la parte contraria el derecho de controlar su producción formulando observaciones, oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo (LEDESMA, 2009: p. 603).

Cabe indicar que ese tratamiento diferenciado de la prueba, que de hecho convierte a la *prueba anticipada* en una manifestación más de la *tutela diferenciada* (HURTADO, 2006: p. 109; MONROY, 2007: p. 5), se aprecia apenas nos asomamos a sus normas generales contenidas en el CPC (arts. 284, 286 y 288), pero también es posible verse de alguna manera traslucido en el caso del artículo en comento, en que la actuación de la pericia tiene como presupuesto que *la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.*

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRUEBA ANTICIPADA

Ya hemos señalado que la categoría *medios probatorios* forma parte de otra mayor, denominada *actividad probatoria* o *teoría de la prueba*, y es congénere de las categorías *fuentes de prueba* y *prueba*. Como las *fuentes de prueba* son en buena cuenta los vestigios de los hechos que dan lugar a una controversia, y por

lo tanto preexisten al proceso, entonces se requiere de vehículos que los trasladen al proceso, a los cuales se les llama *medios probatorios*, y con base en esa información es que el juez analizará la situación planteada y formará su convicción, que no es otra cosa que la *prueba*, lo cual le permitirá resolver la litis o la incertidumbre jurídica.

De ese modo los *medios probatorios* son todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. A estos que mencionamos nuestro CPC los recoge bajo el nombre de *medios probatorios típicos* en su artículo 192. Sin embargo, el referido ordenamiento no descarta que en algún momento se puedan presentar otros que persigan la misma finalidad y que no necesariamente se identifiquen con alguno de los ya mencionados, por lo que a fin de que también queden comprendidos dentro del género los regula en su artículo 193 bajo el nombre de *medios probatorios atípicos*.

Ahora, lo que se actúa en la *audiencia de pruebas* (y por lo antes dicho, también en la *prueba anticipada*) son los *medios probatorios no documentales*, como son la *testimonial*, la *pericia*, la *absolución de posiciones* y la *inspección judicial*. Y cuando hablamos de actuación de un medio probatorio no es otra cosa que trasladar al papel escrito (las actas de la audiencia) las *fuentes de prueba* que no están en documentos, para que puedan ser leídas, visualizadas, por el juez, las partes y demás sujetos procesales. Excluimos a las documentales por cuanto en estas las fuentes de prueba pueden ser leídas y visualizadas por los sujetos del proceso incluso desde el momento mismo que ingresaron al proceso, o sea desde su ofrecimiento por las partes, aunque debemos decir que en la *prueba anticipada* sí se puede hacer cierta actividad relacionada a los documentos, como procurar su llegada al proceso (a través de la *exhibicional* de los mismos que haga la otra parte, previsto en el art. 293 del CPC) o que la otra parte reconozca el contenido de un documento (a través del *reconocimiento* del mismo que haga la otra parte, previsto en el art. 292 del CPC).

3. LA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Señala GOZAÍNI que: “[l]a citación para absolver posiciones es el nombre técnico como se practica la confesión judicial. La misión del medio de prueba presente consiste en perseguir que se reconozca o admita como cierta la versión que una parte le atribuye a la otra, logrando así el cumplimiento de la máxima ‘a confesión de parte relevo de prueba’” (GOZAÍNI, 2005: p. 339). A su vez, ARAZI apunta

que: “la absolución de posiciones es el medio que tienen las partes para obtener la confesión de su contraria en un proceso determinado, bajo juramento o promesa de decir la verdad” (ARAZI, 2001: p. 277). También es llamada *contra se pronuntiatio* y consiste pues en el reconocimiento que una parte hace de la verdad de un hecho que le es desfavorable (LIEBMAN, 1980: p. 340).

Ahora, al ser un derivado de la *confesión*, le es reconocido a esta prueba el famoso adagio de que “a confesión de parte, relevo de pruebas”. Precisamente, sobre el punto se señala que: “[l]a fuerza probatoria de una tal declaración ha sido considerada incluso tan grande como para engendrar la regla de su eficacia de ‘prueba plena’” (LIEBMAN, 1980: p. 340), o también que es considerada como la prueba superior o *probatio probatissima* (GOZAÍNI, 2005: p. 339).

El arraigo que tiene en la actualidad se ha construido con el tiempo y responde a su innegable eficacia. En efecto, señala ARAZI que: “[e]n un principio la confesión era el reconocimiento espontáneo que el accionado hacía ante el magistrado de las afirmaciones del actor, con lo cual se terminaba el proceso (*confesio in iure*). Posteriormente, en la recomposición del Derecho romano, con las influencias germánicas y canónicas, se incorporó a la prueba la admisión que una de las partes pudiera hacer de los hechos que le eran desfavorables, y a fin de provocarla en juicio se previó el interrogatorio y el juramento. Luego, para asegurar su realización, se agregó otra institución: la *confesión ficta*. Y así aparece hoy legislada en los códigos procesales” (ARAZI, 2001: p. 276).

Así pues se ha destacado que el también denominado *testimonio en causa propria* “se funda en la justificada sospecha, que cada parte naturalmente está especialmente interesada en el resultado del proceso y que por eso su declaración está expuesta en gran medida, a no coincidir con la verdad. Tampoco puede dejar de verse, que con frecuencia son las partes las que están mejor informadas sobre los hechos relevantes para la decisión. Con frecuencia hay situaciones, en las que de otro modo resultaría imposible la prueba. Ello, por ejemplo, es el caso, si las partes concertaron un contrato verbalmente y no hubo testigos presenciales” (LEIBLÉ, 1998: p. 284).

Tanto es así que estamos frente a un medio probatorio de presencia común tanto en los países del sistema *romano-germánico* como del *common law*. Así, DÖHRING señala al respecto que: “[e]n el proceso civil continental, la circunstancia de que una de las partes se haya negado a indicar pormenores que cabía esperar sabidos, puede, dado el caso, ser valorado como un indicio en su contra. Es este un principio general. En Alemania, el legislador no lo ha formulado expresamente, pero sí ha regulado con cierta precisión algunos casos de aplicación importantes. Así, por ejemplo, el 446 de la ZPO dispone que si el tribunal ha resuelto que se

tome declaración al actor o, en su caso, al demandado, y este no quiere prestarla, su negativa puede ser interpretada desfavorablemente para él” (DÖHRING, 2003: pp. 149-150).

4. LA CIRCUNSTANCIA JUSTIFICANTE PARA LA ACTUACIÓN ANTICIPADA DE UNA ABSOLUCIÓN DE POSICIONES

Como ya lo hemos señalado anteriormente, la actuación anticipada de la prueba o anticipación de la prueba significa en buena cuenta un tratamiento diferenciado de la prueba, dado que importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa en que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción (HITTERS, 2010: p. 330). Esa inmediatez o urgencia se aprecia de la sola lectura de las normas generales que el CPC dedica a la *prueba anticipada* (arts. 284, 286 y 288).

Pero, además, el legislador ha tenido el propósito de resaltarlo en el artículo específico destinado a cada medio probatorio posible de actuarse mediante la *prueba anticipada*, aunque habría que decir que en el caso del artículo materia de comentario la referida urgencia no es tan palpable como la que se advierte en los artículos 290 y 291 del CPC.

Así, se entiende entonces, que además de las circunstancias generales que motivan la actuación adelantada de un medio probatorio, en el caso del artículo en comento, la actuación de la absolución de posiciones tiene como presupuesto específico *la necesidad de que la presunta contraparte absuelva posiciones sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso*.

En este caso la necesidad o urgencia de actuar el medio probatorio está dada por la finalidad de procurar que la presunta contraparte absuelva (confiese) sobre hechos que han de ser materia de un futuro proceso.

Como se ha señalado, la absolución de posiciones es el medio que tienen las partes para obtener la confesión de su contraria, en un proceso determinado, bajo juramento o promesa de decir la verdad, ello partiendo que la posición supone la certeza del ponente, que no duda de lo que afirma y solo aspira a que lo confirme el absolvente. Asimismo, que se define como un medio para provocar que el presunto adversario (absolvente) reconozca, bajo juramento o promesa de decir la verdad, un hecho pasado “pero que ha de ser materia de un futuro proceso”, previamente afirmado por el ponente, personal o de conocimiento persona de aquel y contrario al interés que sostiene en la concreta causa.

Y se agrega que la confesión no se alcanza aquí a través de un interrogatorio, sino a través de la formulación de una serie de proposiciones afirmativas y

juramentadas, respecto de las cuales se exige “del presunto contrario” una contestación afirmativa o negativa pero no una descripción, sin perjuicio de las explicaciones que a continuación pueda agregar (LEDESMA, 2009: p. 613).

Resulta también interesante la apreciación de la citada autora cuando señala que un sector de la doctrina considera que la absolución de posiciones debe pedirse solo en proceso iniciado, lo cual es coherente con el hecho de que la absolución solo puede ser exigible y prestada por las partes, condición que recién se adquiere cuando el proceso ha comenzado mediante la interposición de la demanda. Así como la acotación que realiza en el sentido de que la absolución de posiciones no puede ser considerada una expresión de *prueba anticipada*, sino de la otrora llamada *diligencia preparatoria*, porque busca crear un futuro título a partir de la provocación de su futuro adversario. Ese futuro título se materializará no solo por su absolución expresa, sino que opera a través de la tácita, mediante el apercebimiento que recoge el inciso 3 del artículo 296. De modo que si el título ejecutivo que se pretende crear reúne las condiciones del artículo 689 del CPC, asumirá la calidad de título ejecutivo, a que se refiere el inciso 4 del artículo 693 del CPC (LEDESMA, 2009: p. 614).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): “El problema de la ‘prueba ilícita’: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal”. En: *Themis*. Revista de Derecho, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*, Buenos Aires: Valleta; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; HURTADO REYES, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*, 1ª ed. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LEIBLE, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJEJA; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): “Sobre la función y objeto de la prueba”. En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): “El Código Procesal Civil requiere reformas estructurales (Entrevista)”. En: *Revista JUS (doctrina y práctica)*, N° 6, Lima; Grijley; MONTERO AROCA, Juan (2000): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): “Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba”. En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu. DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apreciación judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Mediante resolución (...) expedida en la audiencia de actuación y declaración judicial el juez de la causa declaró impertinentes los medios probatorios admitidos con la demanda, omitiendo actuar la prueba anticipada de absolución de posiciones expresamente solicitada y que fue admitida; al declararse la impertinencia de los medios probatorios, el a quo no ha tomado en cuenta que el solicitante no ha pretendido su actuación, sino que estos fueron ofrecidos por su parte a fin de fundamentar la razón que justifica la presente solicitud; habiéndose actuado así, y conforme lo señalado en el tercer considerando, se ha incurrido en nulidad contenida en el artículo ciento setentiuino del Código Procesal Civil (*Exp. N° 2900-1999-Lima*).

No constituye causal de improcedencia, si el solicitante adjunta pliego de preguntas en sobre cerrado para la absolución de posiciones, toda vez que, tal defecto es perfectamente subsanable, otorgando un plazo prudencial para que presente el pliego abierto. No se requiere que el documento privado a reconocer sea necesariamente un título valor (*Exp. N° 860-1998-Lima*).

Artículo 295 | Inspección judicial

En los mismos casos previstos en el artículo 290, puede solicitarse la inspección judicial.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192, 193, 272, 273, 274, 284, 286, 288, 290, 292, 293; D.LEG. 822 art. 199 párr. 2.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Como ya lo hemos señalado antes, a la *prueba anticipada* le es inmanente la urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310), dado que implica la actuación de uno o más *medios probatorios* de manera antelada al momento procesal natural en el que corresponde hacerlo (audiencia de pruebas del proceso principal) debido a la necesidad de acreditar determinados hechos o circunstancias que podrían desaparecer si se tuviera que esperar la referida audiencia.

Y es que esa urgencia que la caracteriza ha llevado a señalar que la admisibilidad de la anticipación de la prueba es resuelta por el juez *inaudita pars*, correspondiéndole recién después a la parte contraria el derecho de controlar su producción formulando observaciones, oposiciones o su derecho a repreguntar al testigo, e incluso el de ofrecer prueba en contra o en descargo (LEDESMA, 2009: p. 603).

Ese tratamiento diferenciado de la prueba, que de hecho convierte a la *prueba anticipada* en una manifestación más de la *tutela diferenciada* (HURTADO, 2006: p. 109; MONROY, 2007: p. 5), se aprecia apenas nos asumamos a sus normas generales contenidas en el CPC (arts. 284, 286 y 288), pero se trasluce mucho más en el caso del artículo en comento, en que la actuación de la pericia tiene como presupuestos *los mismos casos previstos en el artículo 290 del CPC*, es decir *el riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos*.

2. LOS MEDIOS PROBATORIOS Y LA PRUEBA ANTICIPADA

Hemos venido señalando que la categoría *medios probatorios* forma parte de otra mayor, denominada *actividad probatoria* o *teoría de la prueba*, y es congénere de las categorías *fuentes de prueba* y *prueba*. Como las *fuentes de prueba* son en buena cuenta los vestigios de los hechos que dan lugar a una controversia, y

por lo tanto preexisten al proceso, entonces se requiere de vehículos que los trasladan al proceso, a los cuales se les llama *medios probatorios*, y con base en esa información es que el juez analizará la situación planteada y formará su convicción, que no es otra cosa que la *prueba*, lo cual le permitirá resolver la litis o la incertidumbre jurídica.

Y también que los *medios probatorios* son entonces todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento *fuentes de prueba* (BUSTAMANTE, 2001: p. 138; OBANDO, 2007: p. 256; MATHEUS, 2002: pp. 323-324), como son los *documentos*, la *declaración de parte*, la *declaración de testigos*, las *inspecciones judiciales*, los *dictámenes periciales*, etc. A estos que mencionamos nuestro CPC los recoge bajo el nombre de *medios probatorios típicos* en su artículo 192. Sin embargo, el referido ordenamiento no descarta que en algún momento se puedan presentar otros que persigan la misma finalidad y que no necesariamente se identifiquen con alguno de los ya mencionados, por lo que a fin de que también queden comprendidos dentro del género los regula en su artículo 193 bajo el nombre de *medios probatorios atípicos*.

Asimismo, hemos señalado que lo que se actúa en la *audiencia de pruebas* (y por lo antes dicho, también en la *prueba anticipada*) son los *medios probatorios no documentales*, como son la *testimonial*, la *pericia*, la *absolución de posiciones* y la *inspección judicial*. Y cuando hablamos de actuación de un medio probatorio no es otra cosa que trasladar al papel escrito (las actas de la audiencia) las *fuentes de prueba* que no están en documentos, para que puedan ser leídas, visualizadas, por el juez, las partes y demás sujetos procesales. Excluimos a las *documentales* por cuanto en estas las fuentes de prueba pueden ser leídas y visualizadas por los sujetos del proceso incluso desde el momento mismo que ingresaron al proceso, o sea desde su ofrecimiento por las partes, aunque debemos decir que en la *prueba anticipada* sí se puede hacer cierta actividad relacionada a los documentos, como procurar su llegada al proceso (a través de la *exhibicional* de los mismos que haga la otra parte, previsto en el art. 293 del CPC) o que la otra parte reconozca el contenido de un documento (a través del *reconocimiento* del mismo que haga la otra parte, previsto en el art. 292 del CPC).

3. LA INSPECCIÓN JUDICIAL

La *inspección judicial* o *reconocimiento judicial* o, también –en un término que viene cayendo en desuso–, *inspección ocular*, “es la diligencia, llevada a cabo personalmente por el juez, a los fines de la comprobación de un hecho que se plantea en el proceso. Puede darse el supuesto que el reconocimiento recaiga sobre el mismo hecho que se quiere probar o bien sobre otro que a su vez ofrezca o aporte

datos de aquel. Es un acto de práctica directa sobre las cosas que puede delegarse en funcionarios de juzgado, los que deberán informar circunstancialmente sobre lo que han percibido. Dada la inmediatez que logra el magistrado con aquello que se quiere probar, estamos frente a un medio de prueba rápido, sencillo y seguro al no interponerse nada entre el juez y el objeto. Es un medio de prueba directo” (GOZAÍNI, 2005: p. 361). En efecto, consiste en “la actividad instructora del juez dirigida a examinar una cosa o un lugar, al objeto de tomar conocimiento de sus características” (LIEBMAN, 1980: p. 369), o dicho de otro modo, “[e]s la percepción sensorial realizada por el juez, de hechos que deben ser objeto de prueba. Los hechos sobre los que versará el reconocimiento son fuente de prueba y se pueden referir a personas, lugares y cosas cuya existencia, estado o características, es necesario acreditar en un proceso determinado; la diligencia que realiza el juez y el acta que se confecciona es el medio” (ARAZI, 2001: p. 463).

Como hemos adelantado *supra*, anteriormente se denominaba *inspección ocular*, y aún se denomina así en algunos países, pero –como refiere LEIBLE– tal denominación no se corresponde con el meollo de la misma, ya que en la inspección ocular la percepción no debe efectuarse solo por el sentido de la vista, sino también por toda otra percepción de los sentidos, como por ejemplo las percepciones por medio del oído, gusto, olfato o tacto; de tal manera que, por ejemplo, en controversias de vecindad por el sentido del olfato se pueden comprobar emanaciones molestas; en una controversia sobre defectos de bebidas se puede catar las mismas; etc. (LEIBLE, 1998: p. 284). Sobre el punto expresa DÖHRING que: “aunque la expresión ‘inspección ocular’ alude únicamente a percepciones hechas con los ojos (la vista), puede referirse a observaciones de otra índole, o sea, también a percepciones transmitidas por el oído, el olfato y el tacto (como cuando corresponde determinar la intensidad de los ruidos, el humo o los olores desagradables producidos por un establecimiento industrial)” (DÖHRING, 2003: p. 245).

Ahora, como ha sido también destacado, a diferencia de la exhibición, la inspección “deja la cosa donde y como se encuentra y que, sin conducir a su adquisición al proceso consiste solamente en las operaciones necesarias para la observación directa de la cosa por parte del juez o del consultor técnico” (LIEBMAN, 1980: p. 369). Por eso, se considera que debe clasificarse como prueba real, ya que es de aquellos medios probatorios que adquieren relevancia para el averiguamiento exclusivamente por su calidad objetiva (DÖHRING, 2003: p. 246). En efecto, “constituye un medio de prueba directo, ya que entre el hecho a probar y el juez no hay ningún intermediario, a diferencias de otras pruebas, como la de testigos o la absolución de posiciones, donde el juez, si interroga directamente, percibe con sus sentidos las respectivas declaraciones, pero no el hecho declarado” (ARAZI, 2001: p. 463).

4. LAS CIRCUNSTANCIAS JUSTIFICANTES PARA LA ACTUACIÓN ANTICIPADA DE UNA INSPECCIÓN JUDICIAL

La actuación anticipada de la prueba significa en buena cuenta –como ya lo adelantamos– un tratamiento diferenciado de la prueba, dado que importa un adelantamiento excepcional y preventivo de las demostraciones, en una etapa en que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción (HITTERS, 2010: p. 330). Esa inmediatez o urgencia se aprecia de la sola lectura de las normas generales que el CPC dedica a la *prueba anticipada* (arts. 284, 286 y 288).

Sin embargo, por si no fuese suficiente, el legislador se ha encargado de resaltarlo en el artículo específico destinado a cada medio probatorio posible de actuarse mediante la prueba anticipada.

Así, se entiende entonces, que además de las circunstancias generales que motivan la actuación antelada de un medio probatorio, en el caso del artículo en comento, la actuación de la inspección judicial tiene como presupuesto específico el riesgo de que el transcurso del tiempo u otra circunstancia alteren el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos, ello por la remisión expresa que el artículo en comento hace hacia las circunstancias previstas en el artículo 290 del CPC.

La principal circunstancia mencionada es el tiempo, el cual –como en todas las instituciones jurídicas que están destinadas a paliar sus efectos (por ejemplo la *medida cautelar*, la *medida autosatisfactiva*, la *ejecución provisional de sentencia*, etc.)–, se convierte en un presupuesto inobjetable y *per se* justificante para la prueba anticipada. Ahora, dentro de las “otras circunstancias” que en modo *apertus* refiere la norma podemos mencionar el peligro de destrucción del bien u objeto, la amenaza de desaparición del bien o de la evidencia, la dificultad posterior en la actuación del medio probatorio, etc.

Como bien señala LEDESMA, el artículo en comento regula la prueba anticipada propiamente dicha porque busca constatar una situación de hecho, a través del reconocimiento judicial a fin de que pueda existir un medio de prueba que lo conserve. Hay un criterio de urgencia, de necesidad que los hechos cambien o desaparezcan, lo que justifica provocar la actividad judicial sin proceso (LEDESMA, 2009: p. 614).

A su vez, agrega la citada autora –en opinión que compartimos– que la norma permite que se pueda producir tanto el reconocimiento judicial como la pericia para hacer constar la existencia de documentos, el estado, la calidad o condición de cosas o lugares. Ambos medios de prueba se orientan a verificar un estado de

hecho que es susceptible de desaparecer o sufrir alteraciones con anterioridad al proceso o la etapa probatoria de este. Requiere o no conocimientos técnicos según el reconocimiento a efectuarse, por ejemplo, si se requiere un reconocimiento judicial sobre el estado de abandono de un inmueble arrendado, no es necesario involucrar una prueba pericial, pero si para el caso que se quiera tasar el inmueble o comprobar el valor de las maquinarias, por requerir conocimientos especiales para ello (LEDESMA, 2009: pp. 614-615).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAZI, Roland (2001): *La prueba en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones La Roca; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo (2001): "El problema de la 'prueba ilícita': un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal". En: *Themis. Revista de Derecho*, 2ª época, N° 43. Lima; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): "Prueba anticipada". En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*, Buenos Aires: Valleta; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediár; HITTERS, Juan (2010): "Análisis de la prueba anticipada en un marco global". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; HURTADO REYES, Martín (2006): *Tutela jurisdiccional diferenciada*, 1ª ed. Lima: Palestra; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; LIEBMAN, Stefan (1998): *Proceso civil alemán*, 2ª ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké; LIEBMAN, Enrico (1980): *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: EJE; MATHEUS LÓPEZ, Carlos (2002): "Sobre la función y objeto de la prueba". En: *Revista Derecho PUCP*, N° 56. Lima; MONROY GÁLVEZ, Juan (2007): "El Código Procesal Civil requiere reformas estructurales (Entrevista)". En: *Revista JUS (doctrina y práctica)*, N° 6. Lima: Grijley; MONTERO AROCA, Juan (2000): "El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)". En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial; OBANDO BLANCO, Víctor (2007): "Derecho a la prueba. Valoración razonada de la prueba". En: *Revista Ius (doctrina y práctica)*, N° 03. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BENTHAM, Jeremías (1959): *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Arayu; CARNELUTTI, Francisco (1955): *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Arayu. DÖHRING, Erich (2003): *La prueba*. Buenos Aires: Valleta; GORPHE, Francois (1998): *Apresiasi judicial de las pruebas*, trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis; ABEL LLUCH, Xavier (2012): *Derecho Probatorio*. Barcelona: JMB Bosch y Esade; MUÑOZ, Lluís (2012): *Curso superior de probática judicial*. Barcelona: La Ley y Esade.

Artículo 296 | Apercibimientos

Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán los siguientes apercibimientos:

- 1. En el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento;*
- 2. En la exhibición se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; y,*
- 3. En la absolución de posiciones se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. X, 218, 232, 249 a 252, 261, 286, 292 a 294.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

El proceso civil está premunido de la imperatividad que le imprimen los principios de *vinculación y formalidad procesales*, los cuales forman parte del abanico de principios que inspiran al Derecho Procesal en general y además han sido positivizados en el artículo X del Título Preliminar del CPC. Dicho artículo establece lo siguiente:

“Las normas procesales contenidas en este Código son de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario.

Las formalidades previstas en este Código son imperativas.

Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, este se reputará válido cualquiera sea la empleada”.

Tales formalidades e imperativos están presentes a lo largo de todo el CPC. La *prueba anticipada* no es la excepción, por lo que también se le han premunido de imperativos, entre ellos los contenidos en el artículo bajo comentario.

2. LOS APERCIBIMIENTOS EN EL PROCESO CIVIL

Todos los actos procesales tienen que cumplir en su realización una serie de formalidades de *modo, tiempo y lugar*. En el caso del artículo que nos ocupa nos encontramos frente a formalidades de *modo*, ya que indican una determinada manera de actuar de las partes, atribuyéndole consecuencias jurídicas a cada conducta específica.

A su vez, dichas formalidades son susceptibles de impregnarseles imperatividad. En algunos casos será *legal*, si es que lo establece una norma legal; *judicial*, si la establece el juez con base en su facultad direccional del proceso y a su potestad *coercitiva* (que es un atributo o elemento de la *jurisdicción*), o *convencional*, si la han establecido de mutuo acuerdo las partes y –si son conformes a la ley– pueden aplicarse en algún momento del proceso. En el caso del artículo en comento estamos ante imperativos legales, dado que si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se le aplicarán las consecuencias que se indica para cada caso.

Como lo señala LEDESMA, el apercibimiento es el requerimiento que hace el juez, para que el emplazado comparezca y ejecute lo que se manda o tiene mandado, o para que proceda como debe, conminándole con sanciones si no lo hiciera (LEDESMA, 2009: p. 615).

Coloquialmente hablando, el apercibimiento en el proceso civil no es otra cosa que la advertencia que se hace en un primer momento a alguna de las partes o a un tercero en el sentido de que si no realiza una determinada conducta expresamente identificada, se le sancionará con el establecimiento de una determinada situación jurídica que en el mandato judicial ha sido previamente identificada como la consecuencia a aplicarse en caso de desacato. Por ello concordamos con LEDESMA cuando apunta al respecto que el apercibimiento es el primer paso de la fase de la sanción procesal (LEDESMA, 2009: p. 615).

Por lo ya dicho también concordamos con ella cuando señala que por la trascendencia procesal que ello implica, se exige que los apercibimientos sean expresos y no se presuma, así como cuando puntualiza que un aspecto sumamente relevante a considerar en los apercibimientos es la comunicación de estos a las partes, o sea el que estén debidamente informados de la consecuencia que les sobrevendrá en caso de actuar de una determinada manera, por lo que, en ese sentido, si el demandante desconoce la dirección domiciliaria de quien tiene que absolver posiciones, no podrá hacer uso de los apremios a que hace referencia este artículo, por más que sea notificado por edictos (LEDESMA, 2009: p. 615).

Lo propio destaca CARRIÓN, cuando señala que el juez al ordenar el reconocimiento solicitado debe consignar el apercibimiento correspondiente de tenerse por verdadero el documento en caso que el emplazado no acudiera a la diligencia; o que cuando el juez ordene la exhibición debe consignar el apercibimiento de que se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento en caso de incumplimiento del emplazado; o, sino, que cuando se ordene la absolución de posiciones debe consignar el apercibimiento de tenerse absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado (CARRIÓN, 2000: pp. 131-132).

3. LOS APERCIBIMIENTOS ESTABLECIDOS PARA LA PRUEBA ANTICIPADA

Las advertencias o apercibimientos que contempla el artículo bajo examen y que deben ser comunicados a la parte emplazada al momento del emplazamiento o citación son muy puntuales. Así, se ha establecido que:

“Si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado, se aplicarán los siguientes apercibimientos:

1. En el reconocimiento se tendrá por verdadero el documento;
2. En la exhibición se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; y
3. En la absolución de posiciones se tendrán por absueltas en sentido afirmativo las preguntas del interrogatorio presentado”.

Dichos apercibimientos deben estar provistos necesariamente de imperatividad, aspecto que pasamos a examinar en lo que concierne al artículo en comento.

Se ha señalado que la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observación puede ser impuesta coactivamente (TORRES, 2007: p. 114); o que es la regla que expresa un deber coactivo; es decir, que confiere a cierto acto, el carácter de acto jurídico o antijurídico (HERRERO y CARBONELL, 2007: p. 114); o, también, que la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico-jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual cumplimiento (RUBIO, 2004: p. 85).

Agrega el antes citado autor que la norma jurídica asume la forma de una proposición implicativa cuya esquematización es la siguiente: $S \rightarrow C$, la cual se lee: Si S, entonces C. A su vez, que la norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S), que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C), que es el efecto atribuido por el derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y el nexo lógico-jurídico (\rightarrow), que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia.

En el caso del artículo submateria advertimos que en la estructura de cada una de sus normas están presentes los tres elementos. Así, en el caso de la primera norma, por ejemplo, tenemos el *supuesto* (*en el reconocimiento, si el emplazado no cumpliera con actuar el medio probatorio para el que fue citado*), la *consecuencia* (*se tendrá por verdadero el documento*) y el *nexo* (dado por la cuestión lógica de que si ocurre el supuesto, entonces se da la consecuencia).

Estamos sin duda frente a una norma imperativa, típica de las que señalan apercibimientos. En otras palabras, el artículo consagra la consecuencia ante la resistencia del emplazado a ejecutar una determinada conducta relativa a los medios de prueba ordenados.

Concordamos con LEDESMA cuando apunta que basta revisar los supuestos que regula el presente artículo para señalar que los apercibimientos están regulados de manera expresa para el reconocimiento, exhibición y absolución de posiciones, y que ello se explica porque la comparecencia del testigo no es una carga sino un deber y en tal sentido procede a aplicar las reglas que regula el artículo 232 del CPC (sanción pecuniaria y conducción de grado o fuerza al juzgado), pues las disposiciones relativas a la actuación de los medios probatorios se aplican, en cuanto sean pertinentes, a la prueba anticipada (ver el art. 286 del CPC); asimismo, cuando señala que la cuestión relativa a que el interrogatorio para la absolución de posiciones se encuentre por escrito deviene irrelevante, pues, puede realizarse a viva voz, y que la razón de ser del pliego responde al propósito de cristalizar el apercibimiento previsto para la producción de esta prueba y poder tener así por absueltas en forma ficta las posiciones contenidas en aquel en caso de inasistencia del absolvente; y también cuando indica que se debe contemplar en la exhibición el apercibimiento alternativo a ella, dado que como señala el inciso 2, en caso de inconcurrencia se tendrá por verdadera la copia presentada o por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento, siendo que en caso el solicitante no hubiere cumplido con precisar a cuál de ellos se refiere, no es factible su adecuación por el juez, por referirse la prueba anticipada a un acto de disposición de la parte interesada, de modo que el juez deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente (LEDESMA, 2009: p. 616).

Resulta también interesante la apreciación de HINOSTROZA, cuando precisa que en la redacción de este artículo se aprecian rezagos del sistema de tarifa legal y que la prueba anticipada constituye una de carácter privilegiado, por cuanto se determina su valor probatorio en la hipótesis de incumplimiento por parte del emplazado de actuar el medio probatorio de que se trate (HINOSTROZA, 2010: p. 719).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; HERRERO PONS, J. y CARBONELL LAZO, F. (2007): *Lógica jurídica*. Lima: Ediciones Jurídicas; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; RUBIO CORREA, Marcial (2004): *Sistema jurídico. Introducción al Derecho*, 8ª ed., 5ª reimpresión. Lima: PUCP; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (2001): *Introducción al Derecho. Teoría general del Derecho*. Lima: Idemsa - Bogotá: Temis.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DI IORIO, Alfredo (2003): "Prueba anticipada". En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; HITTERS, Juan (2010): "Análisis de la prueba anticipada en un marco global". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; MONTERO AROCA, Juan (dir): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El documento materia de la prueba anticipada reconocido fictamente ante la incomparecencia del obligado a reconocer, constituye título ejecutivo, tanto más, si el dar por verdadero un documento implica ineludiblemente reconocerlo. El inciso 3 del artículo 693 del Código Procesal Civil, prescribe que la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido, constituye título ejecutivo, sin diferenciar si el reconocimiento ha sido en forma expresa o ficta (*Exp. N° 676-2002-Lima*).

Si la diligencia programada se realizó con la asistencia de la demandante y no de la emplazada, debió hacerse efectivo en dicho acto el apercibimiento en aplicación del artículo 296 del Código Procesal Civil. Si el escrito de postergación de la diligencia por motivos de salud fue dejado en mesa de partes, ocho minutos antes de ella, no afecta lo resuelto por haber sido puesto a despacho después de haberse realizado esta (*Exp. N° 32382-2000 (5061)-Lima*).

Tratándose de un reconocimiento en prueba anticipada donde se ha observado las condiciones propias del debido proceso, además de haberse nombrado curador procesal, es válido el apercibimiento de tener por reconocido en su contenido y suscripción los documentos, ante la imposibilidad del indicado órgano de auxilio de actuar el medio probatorio (*Exp. N° 17182-1998-Lima*).

En cuanto a la exhibición el inciso segundo del artículo 296 del Código Procesal Civil preceptúa que el apercibimiento aplicable en caso de incomparecencia del emplazado será: a) tener por verdadera la copia presentada o b) tener por ciertas las afirmaciones concretas sobre el contenido del documento; en el caso subexamen, la solicitante no ha cumplido con la indicada exigencia legal, no siendo factible su adecuación por el a quo, por tratarse de una norma de carácter imperativo, de modo que el juez de la causa deberá conceder plazo para la subsanación correspondiente (*Exp. N° 53884-1997-Lima*).

Habiéndose solicitado la actuación anticipada de exhibición de documentos, corresponde al solicitante dar la idea más cercana a su contenido o acompañar copia de estos a fin de hacer efectivo el apercibimiento previsto por el inciso 2 del artículo 296 del Código Procesal Civil (*Exp. N° N-902-1997-Lima*).

Artículo 297 | **Competencia y trámite**

Es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33, el juez que por razón de cuantía y territorio debería conocer el futuro proceso.

La prueba anticipada se tramita como proceso no contencioso.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 5 a 34, 68, 69, 286, 287, 298, 309 inc. 3, 350 inc. 2, 486, 488, 546, 547, 575, 635 a 637, 688, 690-B, 749 a 762.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

El artículo en comento contiene dos de las normas generales de la *prueba anticipada*, una relativa a la *competencia* y otra a la *vía procedimental*, porque son aplicables a todos los casos en que dicha materia se pueda presentar.

Sin embargo, el legislador no le dio la ubicación más conveniente dentro del capítulo destinado a la *prueba anticipada*, pues las ha ubicado casi al finalizar el conjunto, cuando debieran estar al inicio, junto a las relativas a la admisibilidad, procedencia, procedimiento y requisitos generales.

En efecto, en los textos procesales siempre las normas relativas a la competencia y a la vía procedimental se encuentran al inicio, como ocurre por ejemplo con las normas relativas a todo el CPC (arts. 5 a 34) o con las referidas a cualquier procedimiento en él contemplado, llámese conocimiento (art. 575), abreviado (arts. 486 y 488), sumarísimo (arts. 546 y 547), cautelar (arts. 608, 609, 635, 636 y 637), único de ejecución (arts. 688 y 690-B) o no contencioso (arts. 749 y 750).

2. LA COMPETENCIA EN LA PRUEBA ANTICIPADA

La *competencia* es la medida que como la *jurisdicción* se distribuye entre las diversas autoridades judiciales (CARRIÓN, 2000: p. 91). Sin embargo, tal distribución no es casual ni imprevista, sino más bien está predeterminada en la ley, mayormente como preceptos generales (criterios), a los cuales deben encuadrarse los presupuestos fácticos del conflicto que se someterá a la sede jurisdiccional, señalando de ese modo qué juez es el indicado para conocerlo. Por eso se dice que es la atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto (OSORIO, 1998: p. 197). También se ha dicho de ella que es el deber y derecho que tiene cada juez (u órgano jurisdiccional), según criterios

legales, para administrar justicia en un caso determinado, con exclusión de otros (TICONA, 1998: p. 117).

Se ha dicho que la *jurisdicción* es la función de administrar justicia que corresponde al Poder Judicial y que la *competencia* es el modo o la manera como se ejerce esa función; a su vez, que considerada la jurisdicción como una facultad general, la competencia, con relación a ella, significa la limitación de esa facultad por circunstancias concretas como el territorio, turno, materia, cuantía y función (ALZAMORA, s/a: p. 97); o también que entre jurisdicción y competencia existe una relación de género a especie, pues la competencia distribuye y atribuye la jurisdicción entre aquellos órganos (TICONA, 1998: p. 116).

En resumen, la *jurisdicción* como emanación de la soberanía del Estado es una sola, pero siendo una se atribuye a los distintos órganos que la Constitución y la ley establecen. En consecuencia, existe una sola jurisdicción que se manifiesta a través de distintos órganos, cada uno con competencia para ejercer esa jurisdicción de acuerdo con el reparto que se haya hecho en ella, en función a la materia, el turno, territorio, cuantía, etc. (MESÍA, 2004: p. 20).

La norma en comento señala que es competente para conocer el proceso de *prueba anticipada*, además de lo dispuesto por el artículo 33 del CPC, el juez que por razón de *cuantía* y *territorio* debería conocer el futuro proceso. A su vez en dicho artículo reenviado se establece que es competente para la actuación de la prueba anticipada el juez competente por razón de *grado* para conocer la demanda próxima a interponerse.

Al remitir la referida norma especial a la otra norma –también especial por cierto– de competencia, tenemos que cuando se deba establecer al juez competente para conocer de una *prueba anticipada* ha de considerarse entonces que es juez competente aquel que por *grado*, *cuantía* y *territorio* deba conocer el futuro proceso que se ha de instaurar (CARRIÓN, 2000: p. 129).

Tal como señala LEDESMA, el hecho de que en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 se estableciera una competencia exclusiva a favor del juez de primera instancia para intervenir en embargos y diligencias preparatorias (entre ellas la prueba anticipada), generó inconvenientes de celeridad y gastos procesales, porque si se quería iniciar una diligencia preparatoria, no existía otro juez competente que el de primera instancia, a pesar de que la futura demanda a promoverse le correspondiera al juez de paz letrado, y que por ello, para superar esta limitación, el CPC actual acoge la competencia del juez por razón del *grado* para conocer la demanda próxima a interponerse, a lo que el artículo en comento ha agregado los criterios de *cuantía* y *territorio* (LEDESMA, 2009: p. 617).

Resulta también relevante lo que acota la citada autora, cuando señala que para efectos de determinar esa competencia corresponde al solicitante la carga de suministrar los datos fundamentales relativos al tipo de pretensión que será objeto del proceso, salvo que se trate de una medida conservatoria de prueba, requerida con posterioridad a la interposición de la demanda, en cuyo caso la competencia ya está establecida por el juez del proceso contencioso. Asimismo, cuando indica que la producción de pruebas anticipadas no fija definitivamente la competencia del juez interviniente, debido a que el resultado de la actuación de dichas pruebas, puede generar que sea otro juez a quien le compete conocer de la futura pretensión (LEDESMA, 2009: p. 618).

3. VÍA PROCEDIMENTAL Y TRÁMITE DE LA PRUEBA ANTICIPADA

La segunda parte del artículo bajo comentario, más que fijar el trámite propiamente dicho de la *prueba anticipada*, lo que hace es señalar la *vía procedimental* conforme a la cual ha de tramitarse, estableciendo que debe hacerse como un proceso *no contencioso*, lo cual implica que nos remite a las normas de la referida vía procedimental establecidas en el CPC y que están contenidas a partir del artículo 749 en adelante.

Los procesos *no contenciosos* son conocidos también en la doctrina con el nombre de procesos de *jurisdicción voluntaria* (HINOSTROZA, 2010: p. 720; GOZAÍNI, 2005: p. 128; MONROY, 1996: p. 232), términos con los cuales se pretende nominar a la “actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico” (MONROY, 1996: p. 232). Sin embargo, actualmente existe rechazo por la mayoría de la doctrina a continuar con esta denominación.

En efecto, se ha señalado que: “ha adquirido caracteres de aforismo la frase según la cual la *jurisdicción voluntaria* ‘ni es jurisdicción ni es voluntaria’. Se dice que no es jurisdicción porque no resuelve conflictos intersubjetivos y que no es voluntaria porque no depende del interesado utilizarla o no. De hecho, este es uno de los pocos temas en los que la doctrina está de acuerdo: el nombre *jurisdicción voluntaria* es inadecuado” (MONROY, 1996: p. 232).

En este tipo de procesos no existe contención (contienda, litigio, controversia), de allí el nombre de no contenciosos, es decir no recaen, salvo excepciones, dentro del presupuesto de *bilateralidad* que caracteriza al proceso.

En el caso submateria tenemos que una vez presentada la solicitud para actuación de prueba anticipada, se evaluará el cumplimiento de los requisitos

que se especifican en las normas del instituto, y luego se admitirá en la vía del *proceso no contencioso* y fijará fecha para la *audiencia de actuación y declaración judicial* (conforme al art. 754 del CPC), significando ello que para el caso dispondrá la notificación al emplazado, para que en el plazo de cinco días (conforme al art. 753 del CPC) formule su defensa respectiva (la *oposición*, de conformidad con el art. 298 del CPC), si lo considera pertinente, con la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 287 del CPC (que prevé la actuación sin citación del emplazado). Para el desarrollo de la referida audiencia se debe observar en primer orden la secuencia establecida en el artículo 754 del CPC (es decir primero la actuación de los medios probatorios referidos a la oposición del emplazado, si la hubiera; luego la sustentación oral de la oposición; después la resolución de la oposición; en seguida la actuación de los medios probatorios de la prueba anticipada; después, el pronunciamiento final; finalmente la entrega del expediente al interesado), sin olvidar para los casos concretos las normas específicas previstas para cada medio probatorio dentro del capítulo de la prueba anticipada, así como las disposiciones relativas a la actuación de medios probatorios en general, en cuanto fueran pertinentes, conforme lo establece el artículo 286 del CPC.

Esta múltiple supletoriedad de normas no ayuda mucho en la praxis cotidiana, más bien tiende a confundir, pues en algunos casos esas normas regulan de modo distinto los mismos supuestos; en otros casos –por ejemplo en lo relativo a actuación de medios probatorios– se genera confusión debido a que en las normas del proceso no contencioso se contemplan normas al efecto, pero también las hay en el capítulo de la prueba anticipada, y ni qué decir en las normas generales que el CPC le destina a cada medio probatorio (testimonial, pericia, inspección judicial, etc.). Y, pues, no hay nada más lesivo al derecho de defensa que cuando el trámite de una determinada materia es incierto, por cuanto cada sujeto del proceso va a interpretar o aplicar a su modo las normas y va querer llevar el proceso hacia su particular punto de vista. Se supone que de todas las normas procesales, las más llamadas a ser claras son las relativas a la competencia y al trámite, pero eso no ocurre en el trámite de la *prueba anticipada*.

Tal como acota LEDESMA, estamos ante un procedimiento de declaración voluntaria, donde no hay contienda, donde solo se invoca la jurisdicción para buscar de ella tutela en la conservación de los medios de prueba, de manera antelada y urgente, o crear títulos de futura ejecución, o buscar información preliminar para un futuro proceso. Es más, puntualiza que la ausencia de confrontación formal en este tipo de diligencias hace que el juez y secretarios del proceso sean irrecusables, y que también debe tener en cuenta que en este tipo de procedimientos es impropio el abandono, tal como lo regula el inciso 2 del artículo 350 del CPC (LEDESMA, 2009: p. 618).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (s/a): *Derecho Procesal Civil. Teoría general del proceso*, 8ª ed. Lima: Eddili; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, (Teoría general de proceso, 1ª parte), 1ª ed., 1ª reimpre-
sión. Lima: Grijley; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar; HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MESÍA RAMÍREZ, Carlos (2004): *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I, 1ª ed. Bogotá: Temis; OSORIO, Manuel (1998): *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, 25ª ed. Buenos Aires: Heliasta; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *Análisis y comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. revisada y aumentada. Lima: San Marcos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; MONTERO AROCA, Juan (dir): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

“La prueba anticipada puede considerarse como un proceso no contencioso que busca pre-construir un medio probatorio, para el futuro proceso contencioso a entablarse; que aquel no resuelve un conflicto entre las partes, ya que el demandado no se encuentra individualizado y, la resolución que pone fin a estos procesos se dictan a favor de quien lo promueve, pero no en contra de un demandado” (*Cas. N° 811-2002-Cajamarca*).

La prueba anticipada tiene reglas específicas previstas en la ley procesal correspondiéndole el trámite del proceso no contencioso; es con arreglo a dichas reglas que el a quo debe calificar la demanda, para proveer lo pertinente (*Exp. N° 692-1998-Lima*).

De acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Civil, en materia de prueba anticipada es competente, además de lo dispuesto por el artículo 33 del mismo cuerpo legal, el juez que por razón de cuantía y territorio deberá conocer el futuro proceso; es con esa norma específica que debe definirse la competencia del juez, para este tipo de procesos, aplicándose las demás reglas generales de la competencia de modo complementario y no excluyente de la norma especial; la regla contenida en el artículo 23 del Código adjetivo es aplicable para los procesos no contenciosos, mas no así para la prueba anticipada (*Exp. N° 343-1998-Lima*).

Artículo 298

Oposición

El emplazado solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos generales indicados en el artículo 284, los especiales del medio probatorio solicitado o si la actuación fuese imposible.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 222 a 232, 284, 286, 287, 297, 298, 690-D, 749 y ss., 753, 754.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

En todo proceso, cualquiera sea su naturaleza o finalidad, debe darse cabida a la defensa del *demandado* o *emplazado*. Ello es propio del principio de *bilateralidad*, que es también una garantía procesal, así como parte del derecho de *contradicción*, que junto con el derecho de *acción* conforman el derecho mayor de *tutela jurisdiccional efectiva* (MONROY, 1996: p. 232; TICONA, 1998: p. 96).

En el caso de la figura regulada en el artículo bajo comentario (la *oposición*), lo es a partir de que se ha determinado que el proceso *no contencioso* es la vía para tramitar la *prueba anticipada* y en él es posible resistirse a lo solicitado por el accionante.

2. EL PROCESO NO CONTENCIOSO COMO VÍA PROCEDIMENTAL PARA LA PRUEBA ANTICIPADA

Como ya lo hemos referido en nuestro comentario al artículo anterior, la segunda parte del artículo 297 del CPC, más que fijar el trámite propiamente dicho de la *prueba anticipada*, lo que hace es señalar la vía procedimental conforme a la cual ha de tramitarse, estableciendo que debe hacerse como un proceso *no contencioso*, lo cual implica que nos remite a las normas de la referida vía procedimental establecidas en el CPC y que están contenidas a partir del artículo 749 en adelante.

En este tipo de procesos no existe contención (contienda, litigio, controversia), de allí el nombre de no contenciosos, es decir no recaen, salvo excepciones, dentro del presupuesto de *bilateralidad* que caracteriza al proceso.

Los procesos no contenciosos son conocidos también en la doctrina con el nombre de procesos de *jurisdicción voluntaria* (HINOSTROZA, 2010: p. 720; GOZAÍNI, 2005: p. 128; MONROY, 1996: p. 232), términos con los cuales se pretende nominar

a la “actividad judicial realizada con el propósito de integrar, constituir o dar eficacia a ciertos actos jurídicos privados. En estricto, el juez interviene para acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos que pretenden la constitución o protocolización de un nuevo estado jurídico” (MONROY, 1996: p. 232). Sin embargo, actualmente existe rechazo por la mayoría de la doctrina a continuar con esta denominación.

En efecto, se ha señalado que “ha adquirido caracteres de aforismo la frase según la cual la *jurisdicción voluntaria* ‘ni es jurisdicción ni es voluntaria’. Se dice que no es jurisdicción porque no resuelve conflictos intersubjetivos y que no es voluntaria porque no depende del interesado utilizarla o no. De hecho, este es uno de los pocos temas en los que la doctrina está de acuerdo: el nombre *jurisdicción voluntaria* es inadecuado” (MONROY, 1996: p. 232).

3. LA OPOSICIÓN COMO MECANISMO DE DEFENSA DEL EMPLAZADO

El artículo en comento señala expresamente que el emplazado con una solicitud de prueba anticipada solo puede oponerse a ella fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos generales indicados en el artículo 284 del CPC, los especiales del medio probatorio solicitado o si la actuación fuese imposible.

Es decir de modo expreso señala a la *oposición* como el mecanismo de defensa que debe utilizar el emplazado. Tal norma es la que debe primar, por su especialidad, ante la posible duda que genere el hecho que el artículo 754 del CPC (que en este tipo de casos pasa a ser norma general) prevé a la *contradicción* como el mecanismo de defensa del emplazado en los procesos no contenciosos.

Así, entonces, una vez presentada una solicitud para actuación de *prueba anticipada*, se evaluará el cumplimiento de los requisitos que se especifican en las normas del instituto, y luego se admitirá en la vía del *proceso no contencioso* y fijará fecha para la *audiencia de actuación y declaración judicial* (conforme al art. 754 del CPC), significando ello que para el caso dispondrá la notificación al emplazado, para que en el plazo de cinco días (conforme al art. 753 del CPC) formule su defensa respectiva, es decir la *oposición*, de conformidad con el artículo 298 del CPC, si lo considera pertinente, la que solo puede estar sustentada en las causas que señala el artículo bajo examen, con la excepción contenida en el segundo párrafo del artículo 287 del CPC (que prevé la actuación sin citación del emplazado). Ahora, para el desarrollo de la audiencia se debe observar en primer orden la secuencia establecida en el artículo 754 del CPC (es decir primero la actuación de los medios probatorios referidos a la oposición del emplazado, si la hubiera; luego la sustentación oral de la oposición; después la resolución de la oposición;

en seguida la actuación de los medios probatorios de la prueba anticipada; después, el pronunciamiento final; finalmente la entrega del expediente al interesado), sin olvidar para los casos concretos las normas específicas previstas para cada medio probatorio dentro del capítulo de la prueba anticipada, así como las disposiciones relativas a la actuación de medios probatorios en general, en cuanto fueran pertinentes, conforme lo establece el artículo 286 del CPC.

4. LAS CAUSALES PARA LA FORMULAR OPOSICIÓN

Tal como señala LEDESMA, el juez ordena la ejecución de la prueba sin previo traslado a la contraparte, y a esta le corresponde cuestionar su producción formulando oposiciones; asimismo que son tres los motivos para oponerse a la prueba, basados en la inobservancia a los requisitos especiales del medio probatorio, a los generales de la prueba anticipada y la imposibilidad de la actuación (LEDESMA, 2009: p. 619).

En efecto, el artículo bajo comentario señala expresamente las causales para oponerse, siendo estas las siguientes:

- a) *La solicitud no reúne los requisitos generales indicados en el artículo 284 del CPC.* Lo que significa que se va a basar en que no ha expresado la pretensión genérica que va a reclamar en el futuro proceso o que no ha expresado la razón que justifica la actuación anticipada del medio probatorio. Pero también consideramos que puede basarse en el incumplimiento de aspectos como que el actor no tiene legitimidad para solicitar la actuación del medio probatorio, o que el juez no es competente para conocer el caso, o incluso –a despecho de lo que sostiene LEDESMA, en algo que es bastante debatible– en que el proceso donde sería utilizado ya ha sido iniciado, situaciones que son también requisitos contenidos en el referido artículo, tal como lo hemos identificado en nuestro comentario a dicho artículo. En tal caso, la oposición no incidirá en la apreciación que el juez haga en la resolución final que concluya la prueba anticipada, es decir en la cuestión *fondal* solicitada, sino en la *improcedencia* de la actuación solicitada.
- b) *La solicitud no reúne los requisitos especiales del medio probatorio solicitado.* Lo que significa que se va a basar, por ejemplo, en que se ha solicitado la actuación de una pericia, pero no se ha expresado de que haya riesgo en que el transcurso del tiempo u otra circunstancia vayan a alterar el estado o situación de personas, lugares, bienes o documentos; por ejemplo, en que se ha solicitado la actuación de una testimonial, pero no se ha expresado que ello resulta indispensable por ancianidad, enfermedad

o ausencia inminente del declarante. Consideramos que también abarca a los requisitos que el CPC contempla para cada medio probatorio en sus capítulos respectivos (v. gr., para la *testimonial* los contemplados en los arts. 222 a 232 del CPC).

- c) *La actuación solicitada es imposible*. Lo que implica que debe argumentarse y acreditarse que no resulta posible actuar el medio probatorio solicitado. Por ejemplo, en el caso que se solicitó la *testimonial* de un anciano, pero este ha fallecido recientemente.

No es pues entonces que se pueda hacer una defensa abierta, alegando cualquier circunstancia que se considere pertinente, como ocurre en los procesos declarativos (*conocimiento, abreviado, sumarísimo y no contencioso general*), sino que está limitado a supuestos específicos antes referidos, algo muy parecido a lo que ocurre con el proceso único de ejecución, en el que se tiene previamente establecido las causales para contradecir (art. 690-D del CPC).

Carrión anota al respecto que la oposición también se puede fundar en la incompetencia del órgano jurisdiccional ante quien se ha solicitado la práctica de la prueba anticipada, o en la omisión de precisar los puntos sobre los que debe declarar el testigo, o de su domicilio o de su ocupación (CARRIÓN, 2000: p. 130).

LEDESMA señala a modo de ejemplos lo siguiente: En la relación a la inobservancia de los requisitos especiales, se puede citar el caso de la declaración del testigo condenado por delito doloso que afecte su idoneidad (el inc. 2 del art. 229 prohíbe su declaración); también procede la oposición cuando el solicitante no justifica la razón de la actuación anticipada, ni describe la pretensión genérica que pretende reclamar a futuro; el último supuesto, la imposibilidad, se refiere cuando el juez ordena la actuación de los medios probatorios sobre hechos que la ley presume *iure et de iure*, esto es, sin admitir prueba en contrario (LEDESMA, 2009: p. 619).

También acota que fuera de los eventuales incidentes que puedan promoverse en relación a la admisibilidad, durante el trámite de la prueba anticipada no cabe discusión alguna referente a los requisitos de la futura pretensión, asimismo que la mera solicitud de una medida preliminar no constituye una demanda que autorice a deducir reconvencción y menos aún pretender la apertura a prueba de un proceso inexistente (LEDESMA, 2009: p. 619).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Lima: Grijley; GOZAÍNI, Oswaldo (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediar. HINOSTROZA MÍNGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009):

Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MONROY GÁLVEZ, Juan (1996): *Introducción al proceso civil*, tomo I, 1ª ed. Bogotá: Temis; TICONA POSTIGO, Víctor (1998): *Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 4ª ed. revisada y aumentada. Lima: San Marcos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; MONTERO AROCA, Juan (dir): *La prueba*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Nadie está obligado a exhibir lo que no tiene en su poder; habiendo la emplazada negado la existencia de los títulos valores, aunado al hecho de que en el contrato de compraventa no se alude a los mismos, procede amparar la oposición (a la solicitud de exhibición de documentos en prueba anticipada) (*Exp. N° 21805-1999-Lima*).

La oposición (...), fundamentada en que el apoderado del actor carece de legitimación procesal, merece desestimarse, por cuanto el artículo doscientos noventa y ocho del Código Procesal Civil establece que la parte emplazada solo puede oponerse fundándose en que la solicitud no reúne los requisitos indicados en el artículo doscientos ochenta y cuatro del mismo Código, los especiales del medio probatorio o si la actuación fuese imposible (*Exp. N° 9993-1999-Lima*).

La emplazada ha sido impedida de hacer uso de su derecho que ampara el numeral 298 del referido cuerpo de leyes (CP, referido a la oposición a la solicitud de prueba anticipada), razón por la cual le ha sido materialmente imposible formular oposición; razones que contravienen los principios de legalidad y trascendencia, previstos por el artículo 171 del citado Código de Leyes (CPC) (*Exp. N° 2226-1999-Lima*).

Artículo 299 | **Entrega del expediente**

Actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del secretario de juzgado.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 139, 140, 688 inc. 6, 693 incs. 3 y 4, 3 DF inc. 5; L.O.P.J. arts. 169 a 171, 174.

Helder Luján Segura

1. INTRODUCCIÓN

Si se promueve una *prueba anticipada* para actuar un *medio probatorio* antes del tiempo normalmente previsto (la *audiencia de pruebas* del proceso que corresponda iniciarse), basado en razones de urgencia (CARRIÓN, 2000: p. 128; HITTERS, 2010: p. 330; DI IORIO, 2003: p. 344; MONTERO, 2000: pp. 308-310), resultará lógico pensar que el interesado necesitará contar con dicha prueba actuada para presentarlo en el proceso que iniciará.

Como es evidente, la prueba actuada consta en el expediente judicial que se ha formado al efecto de manera paulatina durante el trámite. Por eso es que el artículo en comento hace referencia a su entrega a la parte interesada.

2. EL EXPEDIENTE JUDICIAL

Señala LEDESMA que se entiende por expediente a un conjunto de papeles, documentos y otras pruebas que pertenecen a un asunto relacionado con el proceso judicial, y que estos contienen las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que forma un solo cuerpo foliado con números y letras (LEDESMA, 2009: p. 523). A su vez, precisa CARRIÓN que los expedientes constituyen una acumulación de instrumentos que contienen escritos, actuaciones, diligencias y otros, que se producen en el desarrollo de los procedimientos respectivos, ordenado cronológicamente (CARRIÓN, 2000: p. 95). En la misma línea, se ha señalado que el término expediente proviene del latín *expediens*, *expedientis* o *expedio*, al cual se le atribuye el significado de “quitar un óbice” y “poner orden”; así como que suele denominarse como expediente judicial al conjunto de piezas procesales o actos procesales, materializado en escritos, resoluciones judiciales y entre otros, que constituyen un proceso, los cuales

se deben encontrar debidamente foliados en forma correlativa en número y escritura (ACOSTA; LÓPEZ; MELGAR; MORALES y TORRES, 2013: p. 120).

El artículo 169 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) estipula expresamente que: “[e]l expediente judicial contiene las piezas escritas del proceso, agregadas sucesivamente y en orden de presentación, con las que se forma un solo cuerpo foliado con números y letras”. Luego el artículo 170 indica que: “[p]ara cada proceso se organiza un expediente que se identifica con el número correlativo del órgano jurisdiccional correspondiente. En los casos que establece la ley se organizan anexos y cuadernos adjunto”. A su vez, el artículo 171 señala que los expedientes: “[e]n ningún caso son retirados del despacho judicial, salvo los casos permitidos por ley”. Y también el artículo 174 establece que: “[l]os expedientes, libros, archivos y demás implementos necesarios, pertenecen a la sala o juzgado, no pudiendo ser retirado del mismo, salvo autorización del magistrado competente”.

No cabe duda que el expediente, sea judicial o administrativo, constituye un *medio probatorio* de tipo *documental*. Ello significa que una prueba anticipada ya actuada se convierte en una *documental* y es en tal condición que quien la solicitó la presentará en el futuro proceso que promueva.

Una vez allí, como será fácil colegir, el expediente de la prueba anticipada, en su condición de *documento*, aportará las *fuentes de prueba* que en él se recabaron. En efecto, de la lectura de un expediente se llega a la determinación, por ejemplo, de la materia que ha sido objeto el proceso, de los medios probatorios que se han actuado en él, de las decisiones judiciales que se han producido en el litigio, especialmente de la resolución final, entre otros aspectos (CARRIÓN, 2000: p. 95).

3. LA ENTREGA DEL EXPEDIENTE AL INTERESADO

Tal como señala HINOSTROZA, una vez culminada la actuación de un medio probatorio antes del inicio de un proceso, el expediente respectivo (original) le será entregado al solicitante de la prueba anticipada (con el objeto de que este lo presente como prueba en el proceso a iniciarse posteriormente), debiéndose expedir copias certificadas del mismo a efectos de que queden en el archivo del juzgado (HINOSTROZA, 2010: p. 723).

En efecto, el artículo bajo comentario establece que una vez actuada la prueba anticipada, se entregará el expediente al interesado, conservándose copia certificada de este en el archivo del juzgado, a costo del peticionante y bajo responsabilidad del secretario de juzgado.

Tal disposición constituye una peculiar excepción a las normas que disponen que el expediente se conserva en el juzgado donde se tramitó y no pueden ser retirados de él (los arts. 171 y 174 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Efectivamente, este es el único caso que conocemos en el cual todo el expediente original se entrega al interesado y más bien en el juzgado quedan copias certificadas de él. En todos los demás casos imaginables, siempre el original se queda en el juzgado y a los interesados o al funcionario que las exija se les expiden copias simples o certificadas.

Se podrá prestar temporalmente el expediente a otro órgano jurisdiccional; se podrá expedir copias de él a los interesados cuantas veces sea necesario; se podrá desglosar con fines de devolución los anexos que presentaron las partes; se podrá remitir el expediente en apelación, casación o a un notario (para que protocolice la sentencia y genere una escritura pública); pero nunca el expediente debe estar fuera del juzgado o del archivo respectivo. El único caso en que no se aplica esta regla es el del artículo bajo comentario, y la justificación está en el hecho que el juez que conozca el futuro proceso, necesitará apreciar el original de lo actuado en la prueba anticipada.

Ello va de la mano con lo dispuesto en el artículo 688, inciso 6 del CPC, en que la prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido (se entiende el expediente original) constituirá el título ejecutivo que se acompañe a la demanda ejecutiva. Aunque se aprecia que en el inciso inmediato posterior, solo se exige que la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta, debe constar en copia certificada para tener mérito ejecutivo. Suponemos que el trato diferente a ambas pruebas anticipadas para adquirir mérito ejecutivo obedece a que, en el primer caso se trata del reconocimiento de un documento privado, es decir el juez del futuro proceso necesitará apreciar el original del documento sometido a reconocimiento, lo cual no es necesario en el caso del segundo, en el que al juez le bastará las copias certificadas para apreciar las preguntas que se formularon al emplazado, las respuestas que dio y lo que resolvió el juez al finalizar la actuación probatoria.

Finalmente, traemos a colación lo que destaca LEDESMA cuando señala que debe notarse que la norma pone énfasis en las copias certificadas esto es, en la producción literal de los documentos de su original, dejando constancia de ese acto el secretario del juzgado, y que ello se explica porque en el supuesto que se quiera obtener una copia de lo actuado, se pueda recurrir a los documentos archivados. Así como que una especial situación se aprecia en el caso de la pérdida o deterioro de las copias de la prueba anticipada custodiadas en el archivo del juzgado, en tales circunstancias se puede recurrir a la recomposición del expediente (ver el art. 140 del CPC) según la Resolución Administrativa N° 032-94-CE-PJ (LEDESMA, 2009: p. 620).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACOSTA OLIVIO, Carlos; LÓPEZ ROMÁN, Jessica; MELGAR TÁMARA, Katherine; MORALES SILVA, Silvia y TORRES ALTEZ, Dante (2013): *Diccionario Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica; CARRIÓN LUGO, Jorge (2000): *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Lima: Grijley; DI IORIO, Alfredo (2003): “Prueba anticipada”. En: *Debido proceso*. Roland Arazi y otros. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni; HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto (2010): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I, 3ª ed. Lima: Idemsa; HITTERS, Juan (2010): “Análisis de la prueba anticipada en un marco global”. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Procesal Civil y Comercial. Doctrinas esenciales 1936-2010*, tomo II. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, tomo I, 2ª ed. actualizada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (2000): “El procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)”. En: *La prueba*. Juan Montero (dir.). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

MONTERO AROCA, Juan (dir.): *La prueba*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial; PALACIO, Lino (2004): *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª ed. actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El a quo, ha actuado la prueba anticipada, en la forma solicitada; acto por el cual se dio por finalizado (sic) la solicitud postulada, ordenándose la entrega del expediente a la parte interesada; lo que implica, que es el último acto procesal que pone fin al proceso (*Exp. N° 34158-1999-Lima*).

CAPÍTULO X CUESTIONES PROBATORIAS

Artículo 300

Admisibilidad de la tacha y de la oposición

Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial.

También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 190, 193, 213, 222, 229, 233, 235, 236, 242, 243, 256, 257, 259, 260, 262, 272, 301 a 304, 553; C. de P.P. art. 165; C.N.A. art. 169.

Begonia Velásquez Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

No hay duda que en el proceso civil, vamos a encontrarnos en la necesidad de verificar los hechos que constituyan la relación procesal, ante la existencia de controversia surgida a partir de las versiones introducidas por las partes. En ese escenario, la prueba pasa a constituir uno de los temas sustanciales del proceso civil, toda vez que casi toda la actividad de las partes va a estar dirigida a crear convicción en el juzgador acerca de la veracidad de los hechos alegados que sustentan su pretensión; mientras que la actividad del juzgador igualmente va a estar orientada a obtener certeza sobre los mismos a fin de alcanzar los fines del proceso, y con ello, la verdad, como el objetivo de la prueba.

Como se puede apreciar, la prueba al ser consustancial al logro de los fines del proceso, pasa a constituir también parte del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, respecto de la que nuestro Tribunal Constitucional ha dicho:

“(...) el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables están facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos” (Exp. N° 010-2002-AI/TC-Junín).

Desde un punto de vista procesal con relación a la noción de la prueba, DEVIS ECHANDÍA señala que: “(...) es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia

de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran en favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existe o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción” (DEVIS ECHANDÍA, 2002: p. 24).

Solo así puede llegar a comprenderse la finalidad de la prueba, es decir, lograr por su intermedio un fortalecimiento de las razones que afirman una pretensión; que en palabras de GOZAÍNI, “(...) es actividad y aquí el problema deviene en las posibilidades que sigue, a saber: por un lado, la prueba puede adquirir aptitud suficiente para producir certeza y seguridad en las relaciones jurídicas; por otro, puede conseguir que se verifiquen las verdades que se propician, y finalmente, la prueba podrá incidir en la valoración del juez estableciendo datos o grados de certidumbre” (GOZAÍNI. 2005: p. 304).

A partir de ello, no debe perderse de vista que para lograr tales objetivos, se requiere de medios de prueba, entendidos estos como “(...) los instrumentos procesales que nos sirven para recrear los acontecimientos, haciendo que las fuentes de prueba exterioricen el conocimiento registrado respecto de los hechos” (GOZAÍNI. 2005: p. 323); es decir, los medios de prueba que sirvan de vehículo para lograr las fuentes de prueba, de las que el juez descubrirá la verdad (o no) de los hechos que configuran el objeto probatorio.

En tal sentido, resulta importante que entre las normas procesales, se hayan considerado ciertas reglas que permitan un control y manejo adecuado de esta actividad probatoria, buscando excluir del análisis de la prueba cualquier cuestión que tienda a distorsionar o perturbar dicho análisis, ya sea por falsedad o nulidad de los medios de prueba que se ofrezcan, o por su impertinencia o irrelevancia respecto del asunto discutido, o por cualquier otro motivo fundado.

Con este fin, el CPC regula –aunque en escasos artículos (300 a 304)–, las denominadas cuestiones probatorias, que no son otra cosa que herramientas procesales que pueden utilizar las partes para cuestionar o poner en tela de juicio la procedencia de algún medio probatorio y, consecuentemente, evitar su actuación o restarle mérito probatorio. Estas cuestiones probatorias son las tachas y las oposiciones, las que serán objeto del presente análisis.

2. LAS CUESTIONES PROBATORIAS

De manera general, entendemos a las cuestiones probatorias como instrumentos procesales dirigidos a cuestionar algún medio de prueba ofrecido en el proceso, en cuanto a aspectos formales de la prueba, y no así a la veracidad o exactitud

de su contenido. Su finalidad es que el juez declare su invalidez o tenga presente su ineficacia probatoria. Son dos formas las que existen: la tacha y la oposición.

Se posibilita su interposición, teniendo como premisas las siguientes: i) que las partes si bien son las que delimitan el objeto de la prueba, interviniendo en la proposición de todos aquellos medios probatorios que consideren necesarios para aportar fundamento a sus alegaciones; sin embargo, la intervención de las partes tienen particular importancia, “(...) puesto que hace posible que defiendan sus propios intereses, que no necesariamente tienen que coincidir con el descubrimiento de la verdad. Esa defensa puede suponer perfectamente la manipulación del material probatorio: sea directamente, a través de la presentación de medios de prueba adulterados (por ejemplo, una declaración testifical falsa) o mediante la omisión de presentar medios de prueba que pudieran resultar perjudiciales para los intereses subjetivos de la parte, aunque pudieran ser útiles para la determinación de la verdad sobre lo ocurrido” (FERRER, 2009: p. 70); y, ii) efectuada así la proposición y práctica de las pruebas, a efecto de la decisión judicial, será la que permita conformar un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso, y será sobre tales elementos de juicio que la decisión judicial será adoptada, la que únicamente tendrá en consideración las pruebas aportadas y admitidas en el proceso.

¿Qué sucede si acaso una de las partes se valió de la presentación de medios de prueba adulterados, o que no cumple los requisitos formales fijados para el medido de prueba, o se ha efectuado cualquier otro tipo de manipulación del material probatorio? Serán las mismas partes que al tomar conocimiento de tales hechos podrán efectuar el cuestionamiento probatorio, ya sea a través de una tacha o de la oposición, según corresponda; claro está con las limitaciones legales y en la forma que la norma procesal regula, que más adelante se han de precisar.

Las cuestiones probatorias pueden entenderse consecuentemente, como una especie de filtros o el ejercicio de un derecho de control de la prueba, de naturaleza incidental, que las partes tienen para restringir la admisión, imposibilitar su actuación o excluir el material probatorio que carece de validez o que no cumple indiscutiblemente con los requisitos que la ley exige para determinado medio probatorio, enervando así su eficacia probatoria; de modo tal, que permita suprimir los peligros que derivan de la presentación de estos medios probatorios (por ejemplo, la subjetividad de una declaración testimonial o la nulidad o falsedad de un documento).

LEDESMA nos recuerda que el éxito en la tramitación y amparo de las cuestiones probatorias se condiciona a que el medio que se cuestiona haya sido admitido; para la procedencia de la tacha u oposición deben darse los siguientes supuestos (LEDESMA, 2008: p. 1042):

- La existencia de un proceso principal.
- El ingreso al proceso de un medio probatorio.
- Interponerlo dentro del plazo de ley y por la parte a quien se opone.
- Orientarse a destruir la eficacia de la prueba ofrecida.

El artículo 300 del CPC establece que: “Se puede interponer tacha contra los testigos y documentos. Asimismo, se puede formular oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección judicial. También pueden ser materia de tacha y de oposición los medios probatorios atípicos”; veamos a continuación cada una de estas categorías.

3. LA TACHA

La tacha es un instrumento procesal por el cual se cuestiona a los testigos, documentos y pruebas atípicas; tiene por finalidad restarle eficacia probatoria a las declaraciones testimoniales, a los documentos y/o a las pruebas atípicas.

Revisando la doctrina procesal civil, en la que si bien no encontramos una institución regulada como lo hace el CPC, sino más bien al cuestionamiento permitido a determinados medios probatorios específicos, como es el caso de las declaraciones testimoniales; Hugo ALSINA (1942: p. 459) señala que la tacha constituye: “Los peligros que derivan del carácter subjetivo de la prueba testimonial han determinado al legislador a establecer, además de las restricciones para su admisión que hemos examinado anteriormente, las circunstancias por las cuales, aun siendo admisible la prueba, debe excluirse por completo la declaración del testigo (tacha absoluta) y aquellas que no la excluyen pero que disminuyen su eficacia probatoria (tachas relativas)”. Señala también este autor que tales “precauciones propias del régimen de las pruebas legales”, ya existían en legislaciones antiguas, como por ejemplo en el Código de Manú, en el que se prohíbe que se tome en cuenta las declaraciones de los que están denominados por un interés pecuniario, los amigos, parientes, criados, etc. (leyes 63 y siguientes del Título VIII).

Por su parte, la jurisprudencia nacional, ha definido a esta cuestión probatoria señalando que: “La tacha constituye el cuestionamiento de un medio probatorio orientado a negarle eficacia (probatoria) en el proceso; se trata de un acto de parte sujeto al cumplimiento de la carga procesal de ofrecer e instar la oportuna actuación de los medios probatorios que la hagan fundada”. (Sentencia Exp. 13-2007, Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima: p. 128).

3.1. Tacha de testigos

La tacha de testigos es el mecanismo idóneo y legal a los fines de impugnar a un testigo que vaya a declarar en juicio. Como se dijo, este mecanismo tiene por finalidad dar oportunidad a la parte contraria de ejercer su derecho del control de la prueba, e igualmente enervar el valor probatorio de las testimoniales rendidas en el proceso por estar incursas en algunas de las causales establecidas en la norma procesal.

La tacha de testigos procede en supuestos que presuponen una condición del testigo de cierta parcialidad, lo cual podría modificar su percepción de la realidad de los hechos. Mediante la tacha se trata de rechazar el dicho del testigo presentado por la parte contraria; sin embargo, la tacha no es una incapacidad, sino una censura, que está referida a los efectos del testimonio.

MONTERO AROCA, señala al respecto que: "(...) una de las formas de poner de manifiesto la incapacidad del testigo es además de las inhabilidades, a través de la posibilidad de tacharlo. Es el método empleado por la LEC, una vez admitido que cualquier persona puede ser testigo. El sistema de tachas se basa, al igual que el de inhabilidades, en el deseo de que los testigos sean personas imparciales, objetivas y fiables. Ahora bien, así como las inhabilidades de los artículos 1.246 y 1.247 del CC se referían al momento anterior al interrogatorio testifical, y si el testigo reconocía al contestar a las preguntas generales de la ley alguna causa ya no se procedía a aquel; las tachas se ponen de manifiesto una vez se ha interrogado al testigo, por tanto, una vez ha sido oído por el juez (v. el art. 661 del LEC). En este sentido, su declaración, además de ser admisible, es válida. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia (v. SS TS 26 noviembre 1,943, RA 1.294; y 17 mayo 1,974, RA 2.089). Lo único que ocurre es que el motivo pone sobre aviso al juez acerca de ponderar con cautela su declaración, incluso si al contestar a las preguntas generales de la ley el testigo ya advierte o da a entender que podría ser tachado o así lo aprecia el juez. Con otras palabras: si el testigo reconoce la causa de su tacha, no debe ser tachado, por ser inútil" (MONTERO, 1991: p. 275).

Por su parte, ALVARADO VELLOSO señala que: "(...) en toda declaración testimonial existen diversas circunstancias que deben ser evaluadas por el juzgador como factores que aumentan o disminuyen la credibilidad del testimonio. De tales circunstancias (...) cuando son puestas de manifiesto por las partes en el proceso, configuran una institución procedimental propia que recibe la denominación de tachas" (ALVARADO, 1968: p. 1026). El mismo autor señala que: "(...) se entiende que son causales de tacha "todas las circunstancias que puedan inclinar al testigo a deponer a favor o en contra de una de las partes y las que puedan hacer presumir razonablemente que no es digno de fe o que no se encuentra en condiciones de conocer sobre los hechos que debe declarar".

Es importante destacar que ALVARADO VELLOSO remitiéndose a doctrina autorizada, señala que las tachas de testigos se dividen en tres categorías: a la persona, al examen y a los dichos del testigo. Así: i) las tachas a la persona del testigo “(...) son las que fundadas en alguna circunstancia o condición propia del declarante, tienden a restarle todo valor o a quitarle credibilidad a su deposición”; ii) las tachas al examen del testigo, son “(...) las que se fundan en el hecho de haberse violado alguna de las disposiciones para el ofrecimiento y recepción de la prueba, por ejemplo, cuando se la hubiere propuesto extemporáneamente, o no se indicase la profesión o domicilio del testigo, o los testigos no hubiesen sido examinados separadamente, o se omitiera la formalidad del juramento”; la doctrina entiende que este supuesto no es propiamente una tacha; y, finalmente, iii) tacha al dicho, “(...) son aquellas que atacan las manifestaciones del testigo por considerarlas oscuras, contradictorias, inverosímiles o falsas”.

Relacionada con la primera categoría señalada (la persona del testigo) la doctrina argentina nos recuerda que de acuerdo a la eficacia atribuible a los testigos atendiendo a las múltiples circunstancias personales que puedan computarse para componer a manera de coeficientes de veracidad o credibilidad del testimonio, se han clasificado a los testigos en distintos grados de capacidad testimonial, que según Eisner se encuentran distribuidos en los grupos siguientes: “(...) a) testigos clásicos o hábiles que son aquellos capaces por su edad, aptitudes físicas, intelectuales y orales y o afectados por tachas absolutas o relativas; b) testigos sospechosos, que siendo hábiles en el sentido recién indicado permiten dudar de su imparcialidad por razones afectivas (parentesco, amistad, enemistad, gratitud) o de sumisión (dependencia) o de intereses (sociedad, crédito, juicio pendiente, provecho en el resultado), etc.; c) inhábiles o incapaces, que son los que están impedidos de testimoniar en juicio por afectarles las llamadas tachas absolutas que tiene en cuenta ya su insuficiencia físico-mental (como el demente o el ebrio consuetudinario) ya su absoluta falta de responsabilidad moral (como el falto de profesión honesta, el fallido fraudulento, el condenado por falso testimonio), etc. Están en capítulo aparte, los excluidos de ser testigos por razón de muy íntimo parentesco –como los consanguíneos y afines en línea directa y el cónyuge– cuando existe riesgo de comprometer la solidaridad familiar que interesa al orden público” (EISNER. 2010: p. 631).

El artículo 229 del CPC establece que se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222;
2. El que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juez afecte su idoneidad;

3. El pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de Derecho de Familia o que lo proponga la parte contraria;
4. El que tenga interés, directo o indirecto, en el resultado del proceso; y,
5. El juez y el auxiliar de justicia, en el proceso que conocen

En consecuencia, en el proceso civil se puede tachar al testigo por cualquiera de las causales contenidas en el artículo citado, referido a las inhabilidades absolutas y relativas para ser testigo en juicio y en los supuestos que oportunamente hemos de precisar.

De otro lado, como veremos más adelante, en nuestro sistema procesal, se ha optado por actuar el medio probatorio tachado u opuesto en la respectiva audiencia, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia. Asimismo, nuestro sistema procesal admite la posibilidad de tachar al testigo propuesto con posterioridad a los plazos señalados en cada vía procedimental, es decir, por causal de impedimento conocido con posterioridad, en cuyo caso, el juez lo tendrá en cuenta al momento de sentenciar.

3.2. Tacha de documentos

La tacha de documentos es también un mecanismo legal a fin de impugnar un documento que se vaya a actuar en el proceso. Tiene por finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él; así la formulación de la tacha está orientada a cuestionar la eficacia de un medio probatorio basándose ya sea en su falsedad o nulidad. La jurisprudencia ha precisado que: "(...) por la primera premisa se cuestiona la autenticidad de un documento y la segunda supone la existencia de un documento no idóneo para surtir los efectos jurídicos deseados (...)" (Exp. N° 29030-98. Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, 01/10/1999).

Coherente con lo señalado, una lectura de los artículos 242 y 243 del CPC permite señalar que la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida.

Los referidos artículos señalan lo siguiente:

“Artículo 242.- Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria.

Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

Artículo 243.- Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada”.

Tales artículos permiten igualmente concluir que las causales por las cuales se puede tachar un documento son: i) falsedad; y, ii) la ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad.

No puede, por consiguiente, formularse tacha contra un documento por causales sustentadas en la nulidad o anulabilidad de un acto jurídico, extemporaneidad o impertinencia de la prueba; hechos que han sido aclarados en forma reiterada por la jurisprudencia nacional, cuando señala:

“(…) La tacha de documentos debe estar referida a los defectos formales del instrumento presentado y no a la nulidad o falsedad de los actos contenidos en los mismos cuya nulidad o falsedad se debe hacer valer en vía de acción” (Cas. N° 1357-96-Lima, *El Peruano* 03/05/1998).

(…) En ese sentido, la jurisprudencia señala que las tachas de documentos deben estar referidas a los defectos formales de un documento y, que una alegación respecto a su falsedad deberá efectuarse a través del proceso respectivo” (Cas. N° 2940-2002-Santa, *El Peruano* 03/02/2003).

Con esta premisa, entendemos por documento falso aquel en el que lo consignado en él no concuerda con la realidad; de modo tal, que un documento que contiene datos inexactos o es falsificado puede ser objeto de tacha con esta causal.

La doctrina argentina conoce a este supuesto de impugnación probatoria, como “redargución o querrela de falsedad”, como el medio o instrumento con que las partes cuentan a fin de que sea declarado inválido un documento público por no ser auténtico (GOZAÍNI. 2005: p. 331). Al igual que en el caso del CPC, el autor señala que se trata de un trámite diferente al de la pretensión declarativa de falsedad que se plantea mediante acción civil o penal. Señala, asimismo, que la falsedad que se plantea puede tener distintos motivos: “(…) O se ataca la autoría del instrumento, o las fechas y/o lugares que indica, o bien, se fundamenta en el contenido. En otros términos, es la división clásica entre la falsedad instrumental y la falsedad ideológica. Mientras el primero se representa por la adulteración del documento, el segundo se reacciona con la falsedad absoluta a no tratarse de un instrumento auténtico”.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha señalado que:

“(…) 4. Distinto es el caso de la tacha por falsedad de documento, pues, es obvio, en ningún caso puede el juez fundar su decisión en documento falso. Se debe tener presente, en principio, que la falsedad de que se trata es la del

documento fuente de prueba en vía meramente incidental y no la falsedad documental como objeto del propio proceso: al respecto, Pardo Iranzo distingue: '1. Si la falsedad imputada es solo ideológica –o intelectual–, no hay problema porque la misma puede demostrarse por los demás medios de prueba en el mismo proceso, por ejemplo, mediante la declaración del autor del documento. 2. Las dudas surgen cuando la falsedad que se denuncia es formal, por ejemplo cuando se ha falsificado la firma'.

5.- En el primero de los casos advertimos que la falsedad ideológica puede ser acreditada con lo que como resultado del proceso se establezca, puesto que será necesario el contraste de la cuestionada información contenida en el documento con los demás medios probatorios idóneos, entre ellos, la declaración del supuesto autor, declaración que debe ser cautelosamente valorada en todos los casos. No será procedente por tanto, vía incidental, declarar la falsedad, sino como resultado de la valoración conjunta de los medios probatorios en la decisión de fondo y teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos materia del proceso.

6.- En la falsedad material '(...) se atacan los signos de autenticidad –dentro de los cuales se contabiliza la misma escritura–, variando de esa manera el tenor del documento verdadero o atribuyendo un tenor a quien no lo ha otorgado; en general se denuncia falsedad de las firmas de quienes aparecen como otorgantes de los documentos, con lo que, de hecho, se niega la vinculación con el contenido. La prueba conducente, en este caso, no es otra que la pericia grafotécnica de las firmas y el contenido (de ser posible y necesario); no haberla ofrecido por la parte que cuestionó el documento trae como consecuencia el rechazo de la tacha por improbadísima' (Sentencia Exp. N° 13-2007. Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima: pp. 128 y 129).

Otros supuestos en los que también puede el documento ser tachado bajo la causal de falsedad se dan cuando se presenta como prueba un documento en el que se ha fingido la letra, firma o rúbrica del otorgante; se comprende a personas que no intervinieron en el acto; o se atribuyen declaraciones o manifestaciones distintas a las hechas; la narración de los hechos no corresponde a la verdad, no se consignan fechas verdaderas, entre otras.

Sin embargo, resulta también importante señalar que para probar la naturaleza del documento, debe tenerse en cuenta su naturaleza, es decir, si se trata de un documento público (art. 235 del CPC) o privado (art. 236 del CPC); dependerá también para probarlo, la clase de proceso en el que la tacha haya sido propuesta, teniendo en cuenta que en los procesos de conocimiento y abreviado la norma procesal prevé el uso de cualquier medio de prueba, mas no así cuando se trata de los procesos sumarísimos y los no contenciosos, en los que únicamente se podrá hacer uso de prueba de actuación inmediata (cfr. art. 553 del CPC).

En esas circunstancias, la prueba idónea para acreditar la tacha planteada será la pericia grafotécnica sin que sea óbice para acreditarla con otros medios

probatorios, como por ejemplo con el reconocimiento de la firma y/o sello por el funcionario que certificó el documento impugnado; sin embargo, por una precisión legal, esta será posible únicamente en los procesos abreviados y de conocimiento y no así en los procesos sumarísimos y otros similares, en los que se admite solamente la prueba de actuación inmediata, en este caso aquellas pruebas que se pueden actuar en la audiencia única tales como: los documentos, declaraciones de parte, testimoniales, exhibición de documentos y el cotejo.

Los documentos pueden ser objeto de tacha por nulidad del documento; en este caso, como se ha señalado, la tacha deberá estar basada en aspectos formales del documento, los que tienen que estar sancionados con nulidad, ergo, no implica cuestionar la validez del acto jurídico; por tanto, las partes no podrán cuestionar la validez del documento a través de una tacha porque este no cumple con alguno o todos los requisitos esenciales para su validez. De acuerdo al artículo 243 del CPC, el juez únicamente verificará si el documento cumple con la formalidad que ha sido establecida por ley bajo sanción de nulidad.

4. LA OPOSICIÓN

La oposición al medio de prueba, al igual que la tacha, es una cuestión probatoria con la que se faculta a las partes oponerse a los medios probatorios ofrecidos por la contraparte con el objeto de que dichas pruebas no sean actuadas o, si lo son, evitar que se les asigne eficacia probatoria al momento de resolverse la controversia.

Mediante la oposición, según nos recuerda PALACIOS PAREJA (2010: p. 345) “(...) se busca evitar la actuación de los medios probatorios, por lo que procede contra la declaración de parte, la exhibición, la pericia y la inspección judicial” (PALACIOS, 2010: p. 345). Son ejemplos que este mismo autor señala, tratándose de la oposición a una declaración de parte cuando se haya ordenado practicarse por determinado funcionario de una persona jurídica, cuando existen otros funcionarios o apoderados con facultades suficientes para declarar en representación de la persona jurídica; igualmente, tratándose de una oposición a una exhibición, se justifica cuando determinados documentos han sido obtenidos en el ejercicio de la profesión y están protegidos por el secreto profesional.

El artículo 300 del CPC establece que la oposición procede contra: la declaración de parte, la exhibición de documentos, la pericia y la inspección judicial, así como también contra los medios probatorios atípicos.

Ahora, constituye un presupuesto para proponer una oposición de los medios probatorios, transita por establecer si los medios probatorios han sido ofrecidos cumpliendo los requisitos determinados por ley; de modo que se deberá determinar

si las pruebas admitidas por el juez han cumplido con los requisitos de procedencia y de admisibilidad, o si son pertinentes o relevantes respecto de la cuestión discutida en un caso concreto.

ESQUIVEL OVIEDO (2002: p. 106), especifica los supuestos en los que procede la oposición, veamos:

- i) Si una parte ofrece como prueba de su pretensión una declaración de parte, la exhibición de un documento, una pericia o una inspección judicial, sin cumplir con las formalidades de procedencia o de admisibilidad establecidas en la norma procesal, se podrá formular oposición a los referidos medios probatorios.
- ii) Se podrá formular oposición si tales pruebas no son pertinentes para acreditar los hechos que dan sustento a la pretensión, o si son irrelevantes o no tienen ninguna conexión con los mismos; o, igualmente, si aquellas para un caso o tipo de proceso específico no están permitidas por la ley procesal.
- iii) Procederá la oposición si es que las pruebas ofrecidas tienen por finalidad acreditar hechos no controvertidos, hechos admitidos por los sujetos procesales, hechos notorios, hechos que caen en la esfera de la cosa juzgada, hechos presumidos por la ley, o con la probanza del Derecho nacional; es decir, si es que están incursos en los casos de impertinencia y de improcedencia establecidos en el artículo 190 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALSINA, Hugo (1942): *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores; ALVARADO VELLOSO, Adolfo (1968): "Tachas a los testigos". En: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XXV; EISNER, Isidoro (2010): "El testigo preconstituido". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley. Doctrinas Esenciales. Derecho Procesal Civil y Comercial*, tomo II, 1ª ed. Adolfo Alvarado Velloso (dir.). Buenos Aires; ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos (2002): "La oposición a los medios probatorios en el proceso civil". En: *Actualidad Jurídica*, tomo 106, Lima: Gaceta Jurídica; FERRER BELTRÁN, Jordi (2009): "El contenido de la decisión sobre los hechos probados en el Derecho". En: *Proceso, prueba y estándar*. Lima: Ara; GOZAÍNI, Oswaldo A. (2005): *Elementos de Derecho Procesal Civil*, 1ª ed. Buenos Aires: Ediar; LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica; MONTERO AROCA, Juan (1991): *Derecho jurisdiccional*, tomo II. Barcelona: Bosch; PALACIOS PAREJA, Enrique (2010): "Cuestiones probatorias". En: *Código Procesal Civil comentado "por los mejores especialistas"*, tomo II. Lima: Adrus.

Artículo 301

Tramitación

La tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose los medios probatorios respectivos.

La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.

La tacha, la oposición o sus absoluciones que no cumplan con los requisitos indicados serán declaradas inadmisibles, concediéndose un plazo no mayor de tres días para subsanar los defectos. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo.

La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia de pruebas, iniciándose esta por la actuación de las cuestiones probatorias.

El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 208, 453, 468, 478, 491, 553, 554, 701, 783; C.N.A. art. 169.

Begonia Velásquez Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

Se trata de una norma regla que establece el procedimiento que se debe seguir para la interposición de las cuestiones probatorias.

Desde el originario artículo 301 del CPC, hasta la fecha, las normas contenidas en el mismo han ido siendo modificadas; a la fecha la última modificación es la introducida por Ley N° 30293. La primera modificación se dio como consecuencia de la dación del Decreto Legislativo N° 1070, por la que se eliminó del proceso civil la audiencia de conciliación como etapa obligatoria del proceso, audiencia en la que estaba prevista la actuación de las cuestiones probatorias, las modificaciones fueron las siguientes:

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 2 de la Ley N° 30293 del 28/12/2014. Esta modificación entró en vigencia a partir del 10/02/2015, según lo establecido por su primera disposición complementaria final.

CPC - Texto Original	CPC modificado por el D. Leg. N° 1070	CPC modificado por Ley N° 30293
<p>La tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.</p> <p>La tacha, la oposición o sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declarados inadmisibles de plano por el juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo.</p> <p>La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos.</p> <p>El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.</p>	<p>La tacha u oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose la prueba respectiva. La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.</p> <p>La tacha, la oposición o sus absoluciones, que no cumplan con los requisitos indicados, serán declaradas inadmisibles de plano por el juez en decisión inimpugnable. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo.</p> <p>La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia de pruebas, iniciándose esta por la actuación de las cuestiones probatorias.</p> <p>El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable.</p>	<p>La tacha y oposición contra los medios probatorios se interponen en el plazo que establece cada vía procedimental, contando desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos, precisándose con claridad los fundamentos en que se sustentan y acompañándose los medios probatorios respectivos. La absolución debe hacerse de la misma manera y en el mismo plazo, anexándose los medios probatorios correspondientes.</p> <p>La tacha, la oposición o sus absoluciones que no cumplan con los requisitos indicados serán declaradas inadmisibles, concediéndose un plazo no mayor de tres días para subsanar los defectos. Estos requisitos no se exigen a las absoluciones realizadas en el proceso sumarísimo.</p> <p>La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia de pruebas, iniciándose esta por la actuación de las cuestiones probatorias.</p> <p>El medio probatorio cuestionado será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia, salvo decisión debidamente fundamentada e inimpugnable”.</p>

Del gráfico que antecede se puede apreciar lo siguiente:

- i) Si en un primer momento estuvo prevista la actuación de los medios probatorios de las cuestiones probatorias en la audiencia conciliatoria o en la de fijación de puntos controvertidos, al haber sido la primera (audiencia conciliatoria) eliminada como etapa obligatoria del proceso, y la segunda (fijación de puntos controvertidos) diseñada para que se efectúe a través de una resolución judicial, en la que además se produce el saneamiento probatorio, determinándose la admisión o rechazo de los medios probatorios ofrecidos (cfr. art. 468 del CPC), el único escenario posible para posibilitar su actuación es la audiencia de pruebas. Sin embargo, en este último supuesto deberá tenerse en cuenta igualmente si acaso, por la naturaleza de los medios probatorios admitidos únicamente de actuación inmediata, podría darse el caso de que se prescinda de dicha audiencia, caso en el que se estaría ante un supuesto en el que no existe ya el escenario natural para la actuación de las cuestiones probatorias, si es que a estas se han acompañado medios probatorios que requieren de actuación.
- ii) El cambio que se produce con la última modificación es, en principio, una precisión terminológica en el primer párrafo, cuando se trata de precisar los presupuestos requeridos para la presentación de las cuestiones probatorias; dicha precisión está referida a diferenciar entre “acompañar la prueba respectiva” y acompañar los “medios probatorios respectivos”.

Siguiendo a BUSTAMANTE ALARCÓN, los medios de prueba son: “(...) todos aquellos elementos o instrumentos utilizados por los sujetos procesales (las partes, el juzgador y los terceros legitimados) para incorporar al proceso o procedimiento fuentes de prueba. Son ejemplos de medios de prueba: los documentos, la declaración de parte, la declaración de testigos, las inspecciones judiciales, los dictámenes periciales, etc.” (BUSTAMANTE, 2001: p. 99); entonces, las fuentes de prueba vienen a ser, “(...) aquellos hechos (en sentido jurídico amplio como objetos, acontecimientos, y conductas), que se incorporan al proceso o procedimiento a través de los diversos medios de prueba, a partir de los cuales el juzgador puede encontrar o no la prueba de otros hechos (como por ejemplo, las huellas dactilares que se descubren por medio de una pericia y acreditan quien cometió el delito) o de ellos mismos (como la escritura pública que acredita su propia existencia), que son objeto o materia de prueba”.

Desde esta perspectiva, la prueba –a decir del mismo autor–, es el “(...) conjunto de razones y motivos proporcionados o extraídos de las diversas

fuentes de prueba para producir convicción en el juzgador (sin perjuicio de los diferentes grados cognoscitivos que se exijan para cada tipo de decisión; verbigracia: verosimilitud para las medidas cautelares, probabilidad para las llamadas medidas autosatisfactivas o certeza para los laudos y sentencias), sobre la existencia o inexistencia del hecho objeto de prueba”, es decir, los motivos o razones por las cuales el juzgador adquiere convicción sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar.

Consideramos, por lo tanto, que resulta apropiada la modificación introducida al texto de la norma procesal.

- iii) Finalmente, el artículo materia de comentario ha sido modificado en cuanto a la decisión del juez de declarar inadmisibles las cuestiones probatorias que no cumplan con los requisitos exigidos por ley “de plano por el juez en decisión inimpugnable”; previendo actualmente la norma la concesión de un plazo no mayor de tres días para subsanar los defectos.

El fundamento que se ha considerado para esta modificación, según la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 01326 del 11 de julio de 2012, es el siguiente:

“(…) La norma que regula la tramitación de las cuestiones probatorias en el CPC es muy formalista y rígida respecto de las consecuencias por la no interposición de la tacha u oposición contra los medios probatorios. Se propone que, en casos que no se cumpla con un requisito subsanable, se debe conceder el plazo para hacerlo, dejando de lado con ello, la rígida sanción establecida por la norma procesal de rechazar liminarmente la tacha u oposición”.

Consideramos saludable esta modificatoria si estamos a que con la modificación se faculta al juez postergar la admisión de las cuestiones probatorias, cuando se advierta la omisión de los requisitos indicados en el artículo materia de análisis; quiere esto decir, que se daría este supuesto cuando: i) cuando no se precisan con claridad los fundamentos en que se sustentan las cuestiones probatorias; y, ii) cuando no se acompañen los medios probatorios respectivos; con lo que se garantiza de mejor manera, el debido proceso y el derecho que las partes tienen a cuestionar la prueba ofrecida, evitando un rechazo liminar. No se debe perder de vista, sin embargo, que el juez debe ejercer ponderando cada situación, a fin de que las partes no hagan uso abusivo de esta permisión legal.

2. PLAZO Y REQUISITOS PARA INTERPONER LAS CUESTIONES PROBATORIAS

Como premisa debe tenerse en cuenta, que la admisión y trámite de las tachas u oposiciones está limitada a la admisión previa del medio probatorio que se pretende cuestionar:

Requisito previo a la admisión y trámite:
La admisión del medio probatorio que se cuestiona

Ahora, establece el artículo 301 del CPC que el cuestionamiento probatorio que se ofrece por las partes, se “(...) interpone en el plazo que establece cada vía procedimental, contando desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”; cumpliendo con los requisitos que se precisan; en ese sentido:

Tipo de proceso	Plazos	CPC	Requisitos
Conocimiento	5 días	artículo 478.1	Precisar los fundamentos en que se sustenta el cuestionamiento al medio probatorio. Acompañar los medios probatorios necesarios.
Abreviado	3 días	artículo 491.1	Precisar los fundamentos en que se sustenta el cuestionamiento al medio probatorio. Acompañar los medios probatorios necesarios.
Sumarísimo	Al momento de contestar la demanda o en la audiencia única	artículos 554 y 555	Precisar los fundamentos en que se sustenta el cuestionamiento al medio probatorio. Con relación a los medios probatorios que debe acompañar, es de aplicación del segundo párrafo <i>in fine</i> del artículo en análisis.

La absolución a las cuestiones probatorias efectuada por la parte que ofrece los medios probatorios, debe igualmente anexar los medios probatorios que sustenten su posición, en el mismo plazo legal según la vía procedimental a que se refiere (cfr. arts. 478.2, 491.2 y 453 del CPC).

La norma procesal en análisis establece que en el caso que las cuestiones probatorias o las absoluciones que no cumplan con los requisitos señalados, el juez las declarará inadmisibles, otorgando un plazo no mayor de tres días para subsanar los defectos.

3. ACTUACIÓN DE LAS CUESTIONES PROBATORIAS

La actuación de los medios probatorios se realiza en la audiencia de pruebas, iniciándose esta por la actuación de las cuestiones probatorias.

En su último párrafo el artículo 301 del CPC, destaca el hecho de que pese al cuestionamiento efectuado a un determinado medio probatorio, este será actuado, sin perjuicio de que su eficacia sea resuelta en la sentencia. Quiere decir que el juez está facultado a poder reservar su decisión al respecto, para hacerlo juntamente con la sentencia, oportunidad en la que, de resolver por qué el medio probatorio carece de eficacia, dicho medio probatorio será excluido del caudal probatorio y no podrá ser valorado en la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo (2001): *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima: ARA.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El juez de la causa, al tener en cuenta y valorar los documentos, objeto de la tacha, se ha pronunciado sobre la eficacia de dichos medios probatorios, lo que importa una desestimación de la tacha planteada, que debió rechazar de plano (al no ser sustentada con prueba) (*Cas. N° 620-1999-Ayacucho*).

Aun cuando en el escrito de oposición no se ha indicado de manera específica los respectivos medios probatorios, se cumple con el artículo 301 del Código Procesal Civil, si de la fundamentación fáctica de esta, se infiere claramente que la citada oposición se apoya en un instrumento público que obra en autos. La mera ausencia de formalidad, al no haberse disgregado en acápite aparte el ofrecimiento de pruebas, no puede prevalecer sobre lo que emerge con nitidez del propio escrito de oposición, en el cual se hace referencia clara a los medios probatorios en los que se apoya esta. El juzgador no puede dejar de apreciar el contexto dentro del cual se ha planteado la oposición, de cuyos extremos fluye inequívocamente el medio probatorio (*Exp. N° 4465-1998-Lima*).

Es fundada la tacha, si quien ha otorgado poder, en condición de gerente de la empresa demandada, ya no tenía la calidad de tal. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones. El documento tachado carece de eficacia probatoria para acreditar que el estudio jurídico demandante, haya actuado luego del otorgamiento del poder, en nombre y representación de la empresa demandada, por tanto, la demanda fundamentada en el pacto de cuota litis deviene en infundada (*Exp. N° 972-1999-Lima*).

Artículo 302 | **Conocimiento sobreviniente**

Excepcionalmente, cuando se tiene conocimiento de la causal de tacha u oposición con posterioridad al plazo para interponerla, se informará al juez, por escrito, acompañando el documento que lo sustente. El juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte, apreciará el hecho al momento de sentenciar.

CONCORDANCIAS:
C.P.C. arts. 301, 553.

Begonia Velásquez Cuentas

1. INTRODUCCIÓN: UNA REGLA DE EXCEPCIÓN

La norma regla contenida en el artículo materia de comentario, es una regla de excepción para ser aplicada cuando se toma conocimiento de una causal de tacha u oposición, en forma posterior al plazo legal para interponerla.

Como ha quedado establecido, el plazo que señala el artículo 301 del CPC para la interposición de las cuestiones probatorias, es “(...) el plazo que establece cada vía procedimental, contado desde notificada la resolución que los tiene por ofrecidos”; de modo tal que transcurrido el mismo, en circunstancias de normalidad, precluye cualquier intento de cuestionar algún medio probatorio.

Sin embargo, esta norma abre la posibilidad de formular un cuestionamiento probatorio, cuando el conocimiento de la causal es con posterioridad a dicho plazo, LEDESMA señala que la regla de este artículo “(...) puede operar si se sustenta en hechos desconocidos al momento de contestar la demanda” (LEDESMA. 2008: p. 1050).

2. TRÁMITE

Nótese que la norma ya no nos remite a generar un incidente, sino que se establece un trámite específico:

- i) Una vez que se toma conocimiento de la causal sobreviniente se informará al juez, por escrito, acompañando los medios probatorios correspondientes, que en este caso, se restringen únicamente a medios probatorios documentales.
- ii) El juez, sin otro trámite que el conocimiento a la otra parte (derecho de contradicción), apreciará el hecho al momento de sentenciar.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 303 | Tacha de testigos

Además de los casos previstos en el artículo 229, los testigos pueden ser tachados por las causales previstas en los artículos 305 y 307 de este Código, en cuanto sean pertinentes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 229, 305, 307; C. de P.P. art. 156.

Begonia Velásquez Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 229 del CPC al que hemos hecho mención al comentar el artículo 300, establece en forma taxativa los supuestos en los que una persona está prohibida de que declare como testigo. La norma en comento, faculta a las partes a que además de tales supuestos, se pueda tachar testigos por las causales previstas en los artículos 305 y 307 del CPC, siempre y cuando resulten pertinentes.

2. LA IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO

El artículo 305 del CPC establece las causales de impedimento del juez para dirigir un proceso, y el artículo 307, las causales de recusación en virtud de las cuales las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso.

Las normas antes referidas guardan estrecha relación con la imparcialidad como elemento esencial del proceso, que no es exclusiva del juez, teniendo en cuenta que el testigo es un órgano de auxilio judicial; por tanto, importan los supuestos previstos legalmente (en lo que resulte pertinente) por los cuales este (el testigo) está impedido para declarar en el proceso judicial; así, una lectura de tales artículos nos permite determinar lo siguiente:

Causales de impedimento	Referidas a actividades procesales	artículo 305, incisos 1 y 5
	Referidas a razones de parentesco y representación	artículo 305, incisos 2 y 3
	Referidas a las que atribuyen beneficios o dádivas	artículo 305, inciso 4.

Causales de recusación	Referida a un estado de amistad o enemistad	artículo 307, inciso 1
	Referida al parentesco por consanguinidad o afinidad	artículo 307, inciso 2
	Referida a intereses económicos	artículo 307, inciso 3
	Referida a la intervención en el proceso	artículo 307, inciso 4
	Referida al interés directo en el proceso	artículo 307, inciso 5
	Referida a la existencia de proceso vigente	artículo 307, inciso 6

Como se aprecia, de concurrir las causas señaladas, el testigo carecería de imparcialidad, lo que impediría que este declare con veracidad, ergo, demuestre en el proceso “(...) una conducta imparcial y ponderada al transmitir la versión de los hechos que le ha tocado conocer”, como señala LEDESMA (2008: p. 1053); por tanto, determinan que a la hora de aplicar el criterio de valoración del medio probatorio por el juez, este determinará en su caso la ineficacia probatoria del testigo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

No se puede enervar el contenido de un documento mediante tacha, cuestionando la fecha de otorgamiento de este, pues, la tacha está referida a la falsedad de este como tal, mas no al contenido del mismo. Debe ampararse la tacha a los testigos, si son parientes consanguíneos de una de las partes. No existe impedimento legal para que el testigo preste su declaración, cuyo estado civil sea la de divorciado con una de las partes (*Exp. N° 556-1998-Lima*).

Artículo 304 | **Multa**

Al litigante que maliciosamente formule tacha u oposición, se le impondrá una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de las costas y costos de su tramitación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 53 inc. 1, 110, 112.

Begonia Velásquez Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

Esta norma está referida a la posibilidad de imposición de multa al litigante malicioso.

Como se recordará, la imposición de la multa es una facultad coercitiva del juez, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de sus mandatos, y con ello materializar el prestigio de la justicia.

A decir de LEDESMA, la multa “(...) es una sanción pecuniaria destinada a vencer la resistencia injustificada de las partes o de quien corresponda, para cumplir un mandato judicial. Opera a petición de parte o de oficio. Su justificante está en el *ius imperium* de los jueces, quienes deben disponer de los medios conducentes para lograr el acatamiento de sus decisiones” (LEDESMA, 2008: p. 218).

2. APLICACIÓN DE LA MULTA AL LITIGANTE MALICIOSO

Los comportamientos que evidencian una actuación temeraria y de mala fe e incumplimiento de los deberes profesionales, ya sea de las partes o de los abogados que los patrocinan, vienen siendo objeto de esta sanción pecuniaria, tanto a nivel judicial como por el Tribunal Constitucional, como se puede leer en jurisprudencia reiterada (cfr. las sentencias en los Expedientes N°s 05561-2007-PA/TC, 05740-2008-PA/TC, 00271-2010-HC/TC, 00635-2012-PA/TC, entre otras).

El Tribunal Constitucional a partir del artículo 112 del CPC, ha precisado cuando nos encontramos ante una conducta de temeridad o mala fe, señalando:

“12. Que siendo tales los principios rectores de la actuación de las partes, es decir, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe; el artículo 112 del mismo texto, establece que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: a) cuando sea manifiestamente la carencia de fundamento jurídico de la demanda contestación o medio impugnatorio, b) cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, c) cuando se sustrae, mutile o inutilice

alguna parte del expediente, d) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, e) cuando se obstruya la actuación de los medios probatorios, f) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, g) cuando por razones injustificadas las partes no asistan a las audiencias generando dilación” (Exp. N° 05740-2008-PA/TC).

Esta norma debe concordarse, además, con lo establecido por el artículo 110 del CPC, que establece: “(...) Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal”.

En estos casos el juez deberá, además, imponer el pago de las costas y costos de su tramitación.

Es importante tener en cuenta, que el juez al momento de imponer una multa debe ser únicamente cuando advierta un proceder manifiestamente impropio del justiciable, la que además deberá justificar con una motivación cualificada, para así garantizar el debido proceso. Es oportuno citar al Tribunal Constitucional que con relación a este aspecto, ha dicho:

“6. Que no obstante lo expuesto, este Colegiado considera impertinente la multa decretada al demandante, pues aunque su pretensión resulta manifiestamente improcedente, ello no necesariamente debe inexorablemente acarrear una sanción. Los justiciables tienen todo el derecho de acudir al órgano jurisdiccional a salvaguardar sus intereses y los de la comunidad por lo que, en caso su pedido no resulta atendible, ello simple y llanamente deberá ser declarado improcedente. El juez, en tanto director del proceso, únicamente podrá sancionar al justiciable o al litigante cuando advierta un proceder manifiestamente impropio. Para tal efecto, como resulta obvio, deberá justificar detalladamente (motivación cualificada) por qué el justiciable debe ser sancionado.

7. Que la justificación de este tipo de sanciones no es otra que desalentar que los litigantes comparezcan deslealmente ante el órgano jurisdiccional abusando de las garantías jurisdiccionales que salvaguardan la correcta impartición de justicia en un Estado Social y Democrático de Derecho, en el que la efectividad del derecho al acceso a la justicia así como del resto de derechos fundamentales de carácter procesal, exigen a los titulares del precitado derecho el deber de abstenerse de cualquier proceder malicioso tendiente a conseguir la satisfacción de sus intereses a toda costa” (Exp. N° 01138-2013-PA/TC).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2008): *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo I. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

TÍTULO IX

IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN, EXCUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

Artículo 305

Causales de impedimento

El juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

- 1. Ha sido parte anteriormente en este;*
- 2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso;*
- 3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;*
- 4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor;*
- 5. Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; o*
- 6. Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexión. (*)*

*El impedimento previsto en la segunda causal solo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del juez. (**)*

CONCORDANCIAS:

C. art. 139; C.C. arts. 236 a 238, 502 y ss., 564 y ss.; C.P.C. arts. 50 inc. 6, 108, 303, 307 inc. 5, 315 párr. 1, 427; L.O.P.J. art. 196 inc. 2.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

1. INTRODUCCIÓN

La tutela jurisdiccional efectiva no solo concierne a quien incoa un proceso sino también, y con tanta o mayor preocupación, a la parte accionada en un proceso cualquiera.

(*) Inciso derogado por el artículo 2 de la Ley N° 29057 del 29/06/2007.

(**) Texto según modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 28524 del 25/05/2005.

Se considerará un proceso viciado si, dentro del mismo, no se le otorga al demandado el derecho a discutir la pretensión dirigida en su contra. Ese derecho a discutir la pretensión se debe traducir, por ejemplo, en el derecho a probar la infundabilidad de las afirmaciones del accionante, de impugnar las decisiones judiciales que considere le causan agravio o, en todo caso, de no sentirse confiado de la actuación imparcial del magistrado de la causa.

Así como se busca garantizar que la parte emplazada no solo pueda desplegar sus estrategias de defensa frente a la pretensión que se le dirige, resulta importante que ambas partes puedan sentirse confiadas en que sus pretensiones van a ser conocidas y resueltas por un magistrado imparcial y objetivo que se encuentre libre de cualquier cuestionamiento en su actuar funcional, para lograr de ese modo que se respete y acate la decisión que finalmente vaya a adoptar respecto al litigio entablado; puesto que, como veremos más adelante –salvo hechos excepcionales o patológicos– las partes no “escogen” al juez que va a resolver su causa y, por ende, tienen todo el derecho de cuestionarlo si es que consideran fundamentadamente que este no “les inspira confianza”.

Al respecto conviene traer a colación lo dicho por Lorena BACHMAIER cuando, criticando una sentencia del Tribunal Constitucional español, dice: “Si el derecho al juez predeterminado por la ley se define como el derecho a que la competencia del órgano se encuentre determinada con carácter general y previo, en una ley formal, la garantía de la imparcialidad a través de la abstención y la recusación no podrá encajarse dentro de ese derecho. Por ello se afirma, a mi juicio acertadamente, que se trata de dos derechos diferentes: mientras que la imparcialidad afecta al juez-persona, el derecho al juez predeterminado por la ley, afecta al juez-órgano. Así, bien puede suceder que el órgano esté predeterminado por la ley y, sin embargo, el titular sea recusable por no cumplir las garantías de imparcialidad. Por ello, parece más correcto que la doctrina del TC englobe el derecho al juez imparcial en el ámbito del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías” (BACHMAIER WINTER, 2000: p. 100).

La figura procesal de la recusación –y las instituciones afines como son la inhibición o los impedimentos para conocer determinados procesos a causa de situaciones especiales– ha tenido un recorrido histórico interesante que conviene ser expuesto para poder tener una cabal idea de la misma y las razones por las cuales hoy en día presenta una determinada configuración.

2. ANTECEDENTES

La recusación ha tenido una doble naturaleza o mejor dicho un doble origen, habiendo llegado hasta nosotros el de raigambre canónica.

En el Derecho visigodo (*Liber iudiciorum*) si el juez era sospechoso de parcialidad debía juzgar con el obispo del lugar; esto es, no se inhibía del conocimiento de la causa sino que seguía sustanciándola hasta el final pero con la asistencia del prelado a efectos de garantizar que diera un fallo justo.

En palabras de Santos CORONAS GONZALES, se disponía además de un sistema de apelación al rey que no comportaba la suspensión de la sentencia, la que adoptaba la forma de queja contra el parecer injusto del juez y del obispo, quedando a merced del rey la apreciación de su equidad. Si su parecer era confirmatorio de la sentencia emitida entonces se castigaba al apelante con el duplo de la pena prevista, y no pudiendo satisfacerse era sustituida por la de azotes, recibiendo cien públicamente y en presencia del juez indebidamente declarado sospechoso. Si por el contrario se estimaba fundada, incurrían en el duplo de la pena prevista los mismos jueces.

Esta idea justiniana de cooperación entre la justicia ordinaria y la eclesiástica se mantuvo en el Derecho visigótico. La presencia del obispo actuando como garante de una recta administración de justicia constituía el punto de unión más sobresaliente.

Por otra parte, la nota distintiva entre ambos derechos, el justiniano y el visigótico, estaba referida al momento en que se podía hacer valer la *suspectio iudicis*, pues si en el primero se hacía valer *ante litis contestatione*, en la legislación visigoda se podía alegar en cualquier momento del proceso, incluso ya emitida la sentencia (CORONAS GONZALES, 1982: pp. 513 y 517).

Por su parte, JUAN y COLOM (1993: p. 45) nos indicaba, siguiendo una ley de la recopilación de leyes de Castilla, que en cualquier estado de la causa, justa o injustamente, las partes podían recusar al juez y escribano de ella, aunque esté escrita la sentencia definitiva, que aún no se haya publicado, cuya recusación se debía intentar con pedimento y jurar en él no hacerlo maliciosamente. Bastaba con que solamente diga que tenían por sospechoso al juez, sin ser necesario expresar las causas de dicha denuncia. La recusación no quitaba al juez el conocimiento de la causa.

Los dos modelos de recusación descritos van a admitir también dos maneras distintas de acoger a trámite esta pretensión, en el primer modelo, el romano justiniano, se podía recusar sin expresión de causa, en tanto que en el canónico sí se requería que se exprese la causa de la recusación, provocando en este último que se produzca el apartamiento del juez, mientras que en el modelo justiniano visigodo el juez debía de resolver la causa acompañado de persona imparcial (GARRIGA, 1988: p. 206).

Cuando hablamos de fundamentación de la recusación no se refería a la exposición extensa y detallada de las razones que llevaban al recusante a cuestionar la imparcialidad del magistrado, sino simplemente a indicar qué hecho, a su juicio,

se constituía en impediente para que el juez siga ejerciendo la función de juzgamiento, puesto que en la concepción visigótica, heredera de la romano-justiniana, bastaba que la parte alegara la recusación para que la misma se manifieste.

La doctrina tradicional admitía hasta cinco justas causas de recusación: amor, odio, dinero, temor e ignorancia, que por pertenecer al campo de las pasiones eran en principio ajenas a la justicia, sobreponiendo la persona privada a la persona pública del juez e inclinaban su ánimo hacia una de las partes en detrimento de la otra, rompiendo la imparcialidad que exige la realización de la justicia (GARRIGA, 1988: pp. 210-211).

En cuanto a la recusación fundamentada, resulta ilustrativo lo expuesto por Santos CORONAS, cuando señala que:

“Los ordenamientos civil y canónico disienten sobre este importante extremo [se refiere a la expresión de causa de la recusación]. Según interpreta la doctrina medieval y recoge en parte la legislación de los reinos, el Derecho Romano no exigía la expresión de la causa de sospecha que motiva la demanda de recusación judicial. Frente a este principio se alza el contrario de la legislación canónica claramente expresado en las decretales pontificias de Celestino III e Inocencio III. Como se ha indicado anteriormente, en la Corona de Castilla no hubo un criterio definido al respecto en un primer momento, pues si el Espéculo y el Fuero Real exigían conforme a esta tradición canónica la expresión de la causa de sospecha y aún señalaban algunas de las que podían ser alegadas válidamente, las Partidas y, desarrollando su regulación, el Ordenamiento de Cortes de Alcalá de Henares de 1348 no la exigían, ateniéndose estrictamente al criterio de los ‘sabios antiguos’. En la medida que fue esta legislación la recogida en las sucesivas recopilaciones castellanas prevaleció esta línea institucional aunque limitada su vigencia a la recusación que sí exigía la expresión de la causa para la recusación de la alta magistratura del reino (...)” (CORONAS GONZALES, 1982: p. 568).

Es así como se mantenía una vieja costumbre dual de recusar, es decir, para los magistrados de más alto nivel se exigía que se fundamente la denuncia, en tanto que para los magistrados de los niveles inferiores no se tenía que fundamentar la recusación.

Sobre ello, dice el mismo autor que:

“(...) había un doble régimen de recusación judicial en Castilla durante la edad Moderna. De un lado el peculiar de la jurisdicción inferior, que no requería alegación y prueba de la causa de sospecha y de otro el de la alta magistratura del reino que sí la exigía y además fue endureciendo progresivamente su régimen de aplicación” (CORONAS GONZALES, 1982: p. 587).

Por otro lado, como nadie podía estar obligado a avenirse en litigar ante un juez sospechoso, puesto que se afectaba su derecho a la defensa, la recusación

formaba parte del grupo de instituciones pertenecientes al *ius naturalis*, y como derecho natural que era, se constituía en indisponible para el príncipe, quien no podía suprimirlo, aunque sí reglamentarlo (GARRIGA, 1988: p. 210).

Para Juan DE HEVIA BOLAÑOS (1989: t. 1, &. 7 N^os 1 y 11), la recusación era un remedio de la sospecha que se tenía del juez u oficial, que en el conocimiento de la causa no procediera jurídicamente por ser apasionado, constituyendo ello un peligro. Acotaba que la recusación se podía hacer valer contra cualquiera, menos contra el árbitro, y esto porque eran las partes quienes lo designaban para dar fin a su controversia. La recusación del juez secular no lo removía del conocimiento de la causa, por ello no era necesario expresar los motivos de la sospecha, pudiéndose alegar en cualquier estado del proceso.

Por su parte, CONDE DE LA CAÑADA nos decía que:

“Entre todos los medios y modos que los hombres tienen de defender sus facultades y derechos, es sin duda la recusación uno de los más cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es como todos los de esta especie más ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Por esta razón el solo temor de que pueda venir y suceder el daño justifica la recusación” (CONDE DE LA CAÑADA, 1999: p. 453).

Como advertimos, la recusación está concebida como una garantía para las partes a fin de que puedan someter la solución de su litigio a un juez imparcial, es así como ESCRICHE consideraba que la recusación era una excepción que se interponía al juez por el litigante que lo tenía por sospechoso para que no conozca de la causa, debiendo expresarse los motivos de tal denuncia si el juez era integrante de algún tribunal superior, pero si era de primera instancia, bastaba con decir en general que se le tenía por sospechoso, jurando que no procedía con malicia al actuar de tal modo (ESCRICHE, 2003: p. 269).

3. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

Es de larga data que uno de los requisitos exigidos para el desempeño de la magistratura es que los jueces tienen que ser imparciales e independientes al momento de resolver las causas que se sometan a su conocimiento.

La recusación en nuestra tradición jurídica nacional encuentra su origen en el Derecho histórico español, por referirnos a una realidad vinculada secularmente a la nuestra, y de cuyas fuentes hemos bebido para la formación de nuestro ordenamiento jurídico; no obstante las múltiples influencias de otras realidades de la Europa continental, así como la insular y su epígono angloamericano en estas últimas décadas, especialmente en el ámbito constitucional.

Por ello, hay que hacer notar que la imparcialidad e independencia judicial son vocablos o términos que tienen un significado distinto, que al decir de una parte de la doctrina, el primero (imparcialidad) predica respecto al fuero interno del juez, en tanto que el segundo (independencia) al externo, a las posibles injerencias de fuera. Por tal razón, la imparcialidad ostenta una clara condición subjetiva pero objetivada por la norma, que no busca encontrar el *animus* del *iudex*, siéndole suficiente verificar o no la subsunción de su comportamiento con conducta tipificadas reveladoras de parcialidad judicial. La independencia como sometimiento de los jueces y magistrados a la ley, implica la sumisión exclusiva a esta y no la sumisión a tribunales superiores o a entidad alguna.

De acuerdo a lo reseñado por Juan LORENZO DE MEMBIELA, se admite una clasificación distinta que atiende junto al principio de independencia una imparcialidad objetiva y subjetiva (de claro origen penal), constituyendo la subjetiva, la ausencia de prejuicio en los miembros del tribunal, lo que siempre debe presumirse, mientras que la objetiva se constituiría por la ausencia de apariencia de posible parcialidad, nacida de cualquier relación o causa, dando lugar a la abstención o a la recusación.

No se debe olvidar que el ejercicio del *officium iudicis* supone la legitimación del propio sistema en cuanto interviene en la satisfacción de conflictos puntuales, manejando el valor de la neutralidad, fiabilidad e independencia de la justicia y, en especial, de la aplicación del Derecho, que sigue apareciendo como una de las garantías del ciudadano frente al propio Estado (LORENZO DE MEMBIELA, 2000: p. 521).

Por nuestra parte, la actual Constitución, como ya lo hiciera la anterior, consagra en su artículo 139 una serie de principios y garantías de la justicia. Empero, la misma no contempla de manera taxativa a la imparcialidad como una de las garantías de la administración de justicia. Sin embargo, se puede sostener que esta emerge de la garantía del debido proceso, toda vez que la imparcialidad del juez, conforme dice FERRAJOLI, respecto de los fines perseguidos por las partes, debe ser tanto personal como institucional, por lo que es necesario que no tenga ningún interés privado o personal en el resultado de la causa, puesto que "nadie puede ser juez o árbitro en su propia causa" (FERRAJOLI, 1995: p. 581). Siendo así, si es que es un derecho componente del debido proceso que se obtenga una decisión fundada en Derecho, eso significa que esa decisión debe ser dictada por un tercero imparcial ajeno a los intereses de las partes.

Bien se dice que la verdadera imparcialidad, en tanto que desinterés subjetivo, no puede simplemente suponer que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser parte en el proceso que está conociendo, sino que implica, sobre todo, que el juez no sirve a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso; es decir, su juicio debe estar determinado únicamente por el correcto cumplimiento

de la función que tiene encomendada, esto es, por la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena al ejercicio de esa función influya en la decisión. La imparcialidad no es una característica absoluta de los jueces, como es la independencia, sino que ha de referirse a cada proceso que se somete a su decisión (MONTERO AROCA, 1999: pp. 187-189).

La recusación tiene su fundamento en la imparcialidad del magistrado, no está vinculada a la garantía del juez natural o a la independencia judicial, la que más bien tiene por objeto el garantizar la plena libertad de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, estando sometidos únicamente al imperio de la Constitución y demás normas que de ella emanen, por lo que se habla de una *independencia externa*, que protege a los jueces frente a las intromisiones provenientes del exterior del Poder Judicial, como pueden ser los otros dos poderes, la *independencia interna*, que ampara a los miembros de la carrera judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y sus propios órganos de gobierno (PICÓ I JUNOY, 1998: pp. 30-31).

Se busca que los magistrados sean independientes para que, cuando se resuelva las controversias de los ciudadanos, se haga solo con sujeción a la ley, entendiéndose esta en su sentido amplio, opinándose que incluso esta independencia está referida a los tribunales superiores, habida cuenta que el juez cuando ejerce la potestad jurisdiccional no tiene superior ni inferior, no hay jerarquía, por lo que ella se refiere a cada juez y empieza siendo una cuestión subjetiva para acabar objetivándose en cuanto se ha de poner en relación con el estatuto jurídico personal. La determinación de si un juez concreto es o no independiente, no puede consistir en atender a su ánimo o en descubrir cuál es su actitud ante quienes aspiran a conformar o a influir en sus decisiones, por ser imposible de saberlo, por lo que tiene que contentarse a si objetivamente, en su estatuto jurídico, se establecen garantías suficientes que le permitan ser realmente independiente. Es a partir de esto que la independencia del juez no es algo que exista o deje de existir con relación a cada caso en concreto, sino que tiene carácter absoluto, nota que deviene en sustancial para diferenciarla de la imparcialidad (MONTERO AROCA, 1999: p. 98 y ss.).

De tal guisa que, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender y esperar que el juez las trate de igual manera, hecho que lo legitima. Por lo tanto, cualquier tipo de prejuicio o interés del juzgador a favor de alguna de ellas, y por ende en perjuicio de la otra, supone que se conculque el principio de igualdad de armas procesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolver la litis. Por ende, la legitimación del órgano jurisdiccional se configura de manera negativa, es decir atendiendo a la no concurrencia de una causal susceptible de provocar determinado prejuicio o interés en la resolución del caso concreto, no debiendo de olvidarnos que la citada legitimación está

referida concretamente a la persona del juez y no al órgano jurisdiccional en abstracto, para ello ya nos hemos referido a la diferencia con la independencia judicial (PICÓ I JUNOY, 1998: p. 29).

Se llega a sostener que el peligro de la parcialidad del juez es el fundamento y no la causa de la recusación; ergo, el juez recusado no resulta apartado del conocimiento de un determinado proceso por el hecho efectivo y fehaciente de ser o no imparcial. La decisión de la recusación no supone en modo alguno una valoración de la aptitud del recusado para enjuiciar con ponderación un determinado proceso en el que es competente –y por ello antes que nada tiene que ver con el juez natural– a pesar de concurrir una serie de circunstancias adversas. Por el contrario, debe limitarse a declarar la existencia de hechos que aisladamente considerados, son susceptibles de generar sospecha razonable respecto de la imparcialidad de aquel en quien concurren. En consecuencia, para que resulte estimada la recusación solo bastará constatar que las circunstancias alegadas con relación al juez recusado concurren en el supuesto concreto, con absoluta independencia de la real y efectiva incidencia que las mismas hubieren tenido o podido tener en el ánimo del juzgador al que hacen referencia (GALÁN GONZÁLEZ, 2005: pp. 28-29).

Como reflexión final, no compartimos el excesivo garantismo, a nuestro criterio, expresado por FERRAJOLI, cuando manifiesta –claro está en especial para el proceso penal– que la recusación “debe ser tan libre como sea posible para el imputado” y que ante la dificultad de probar la sospechada parcialidad del juzgador resulta “un motivo más para que se conceda al imputado el derecho de recusar libremente” a alguno de los jueces, uno en cada grado y motivadamente a los demás (FERRAJOLI, 1995: pp. 581 y 582). Con esta concepción, el autor estaría apostando por la implantación del antiguo modelo romano visigótico expuesto líneas arriba y por la recusación tasada.

4. IMPEDIMENTOS

En lo que atañe al tratamiento de los impedimentos que trae nuestro CPC, el artículo 305 señala cinco supuestos –toda vez que un irracional sexto supuesto fue incorporado y luego felizmente derogado–, sobre los cuales nos vamos a ocupar seguidamente, no sin antes señalar que somos del parecer que esta lista debe ser entendida como *numerus clausus* y no como *numerus apertus*, puesto que, dejar al criterio de los litigantes o de los jueces, traería más confusión que orden.

a) *Ha sido parte anteriormente en este*

Es evidente que quien ha sido parte en un proceso no puede, luego, desempeñarse como juez de la causa y resolver el conflicto de intereses, cuando es palmaria su parcialidad.

Ahora bien, para que se configure esta causal no importa bajo qué circunstancias el juez tuvo la condición de parte en la litis, el asunto es que lo haya sido y que, por diversos motivos –como por ejemplo, por sucesión procesal, en los términos previstos por el artículo 108 del CPC– dejó de serlo.

En consecuencia, si es un principio esencial el *nemo iudex in causa propria*, atendería no solo contra la garantía de la imparcialidad, sino también del debido proceso mismo, que quien haya sido parte en el litigio, luego pretenda ser el juez que lo resuelva.

Solo a modo de reflexión, creo que esta causal bien podría estar subsumida dentro del supuesto previsto por el artículo 307, inciso 5 del CPC, referido a la causales de recusación, pues no hay duda alguna que quien ha sido parte en un proceso va a tener interés directo o indirecto en las resultas del mismo.

- b) *Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso*

Para este otro supuesto, la propia norma señala que el mismo solo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. En tanto que le está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del juez.

Se configura como causal de impedimento el que el juez, su cónyuge o concubino tengan parentesco con alguna de las partes o sus apoderados o abogados que intervienen en el proceso.

Siguiendo la línea de parentesco, establecida por nuestra legislación civil, la misma se determina, tanto por consanguinidad como por afinidad, de acuerdo a lo normado por los artículos 236, 237 y 238 del CC.

A modo de ejemplo, para el caso de parentesco por consanguinidad en línea directa, el juez de la causa no puede resolver un caso donde sus hijos (1°), nietos (2°), bisnietos (3°) o tataranietos (4°) sean parte del proceso, siguiéndose el mismo razonamiento para el caso de los cónyuges o concubinos. Esta misma lógica funcionaría en el orden ascendente.

En cuanto al parentesco por afinidad hasta segundo grado, el juez no podrá avocarse a la resolución de una litis donde sus suegros, yernos o cuñados sean parte del proceso.

El mismo impedimento se predica respecto a los representantes, apoderados o abogados de las partes.

En este tema nuestro legislador ha sido más laxo, toda vez que hay legislaciones, como la española, que son un tanto más restrictivas para limitar los impedimentos a las partes y en pocas ocasiones las amplían a los letrados o procuradores, como se puede ver del artículo 219 de la LOPJ de España, que es donde se regulan las causales de abstención y de recusación.

Si un abogado quisiera asumir la defensa de un proceso ya iniciado, será su deber verificar que no tenga ningún parentesco con el juez a cargo del mismo, puesto que la causa del impedimento será un hecho impeditivo que tendrá que verificarse al iniciarse el proceso, mas no así cuando este ya se encuentre en marcha y se pretenda provocar la aparición de tal hecho impeditivo que comprometa la imparcialidad del magistrado.

- c) *Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes*

En este caso nos encontramos ante instituciones denominadas de amparo familiar por el CC (tutela: art. 502 y ss., y curatela: art. 564 y ss.), donde una persona asume el cuidado de un menor de edad o de un incapaz, lo que implica la protección de sus intereses particulares, razón por la cual el juez que es tutor o curador no puede ser juez y parte a la vez en el proceso que está conociendo. Situación jurídica que se extiende al cónyuge o concubino, pues al final de cuentas estamos ante un claro conflicto de intereses entre una de las partes y el juez, por su propia condición personal o la de su cónyuge o concubino.

- d) *Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor*

Este impedimento lo encontramos un tanto complejo en el siguiente sentido: Si nos remitimos a la Ley de la Carrera Judicial, en su artículo 40, inciso 2, se considera como una prohibición para el juez (se entiende sujeto a incurrir en responsabilidad disciplinaria) el aceptar de los litigantes o sus abogados, o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor, etc. En cuanto al primer extremo de recibir beneficios o dádivas antes de empezar el proceso, resultaría entendible que ello pueda ocurrir, pues las partes ni el juez pueden saber que el caso estará en manos del segundo. En cambio, el que un juez, a sabiendas de que está conociendo un proceso determinado, acepte esos beneficios o dádivas, se convierte en un hecho notoriamente irregular, que incluso configuraría un delito.

En ese sentido, el hecho de que un juez reciba cualquier beneficio de alguna de las partes es palmariamente un acto ilegal, que le quita, siquiera, toda apariencia

de imparcialidad, habida cuenta que no puede haber alguien que resuelva con objetividad y equidad un caso, cuando ha recibido beneficios de alguna de las partes. Por lo tanto, configuraría una infracción muy grave, conforme a lo regulado por el artículo 48, incisos 3 y 5, de la Ley de la Carrera Judicial, además de ser un claro impedimento para que siga conociendo del proceso, conforme al artículo bajo comentario.

El extremo referido a las dádivas (según el DRAE: “Cosa que se da gratuitamente”) no configura mayor dificultad de entendimiento para sustentar la causal de impedimento. Por su lado, es el extremo del recibir beneficios lo que suscita mayor incertidumbre.

Por recibir beneficios puede entenderse, a título de ejemplo, que el juez ha sido aceptado como socio de un club social, exceptuándosele de algunos requisitos de admisión o que algunos de sus familiares más cercanos han sido contratados por alguna de las partes, etc. En suma, el recibir beneficios, creemos, que no podría entenderse como el recibir bienes, porque estos estarían dentro del supuesto de recibir dádivas. En cambio, sí se podrían considerar como beneficios el obtener ventajas personales o en favor de sus familiares directos a los que hace alusión la norma.

e) *Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite*

Lo que se pretende evitar es que el magistrado no haya tenido una previa relación con el objeto litigioso que permita sostener que se encuentra “contaminado”, ya que ha participado en otras fases del proceso, es decir en otra instancia.

Si por algún motivo el juez que ha venido conociendo del proceso, digamos, hasta la etapa de audiencia de pruebas y luego es promovido a una instancia superior, con lo cual es otro el juez que emite la sentencia (con la precisión del inc. 6 del art. 50 del CPC), si alguna de las partes interpone apelación –o tenga que operar la consulta– y el expediente es elevado al despacho del juez promovido, sin duda alguna que este deberá sustraerse de absolver el grado, de lo contrario estaría incurriendo en una causal de impedimento legal, por haber sustanciado el proceso en primera instancia.

Nos viene a mientes el caso donde, estando promovido el juez a una instancia superior, le toca conocer de la apelación de un incidente –un cuaderno de excepción, defensa previa, tacha u oposición– y, luego, es regresado a su instancia de origen, donde se viene tramitando el proceso principal: ¿en ese caso cabría que el juez se abstenga de conocer el caso por haber resuelto un incidente del mismo cuando estaba desempeñándose como integrante del órgano superior?

El interrogante nos lleva a otro cuestionamiento y es el referido a qué debemos de entender por “haber conocido el proceso en otra instancia”, esto es, si se trata de haber conocido sobre el fondo de la materia controvertida o solo bastaría que haya conocido de alguno de los incidentes originados en la tramitación del principal.

Si se considera que basta que el juez haya conocido en otra instancia de cualquier incidente que se haya originado del principal, entonces la respuesta al interrogante planteado será positiva. Por el contrario, si es que se considera que el conocer de un incidente no constituiría ningún adelanto opinión sobre el fondo de la materia controvertida, la respuesta tendrá que ser negativa.

A lo dicho podría sumarse el ejemplo de un juez de primera instancia que declara improcedente de plano la demanda –bajo alguno de los supuestos del remozado artículo 427 por Ley N° 30293– y al ser apelado el auto de rechazo, la instancia superior estima que la misma es procedente y ordena al A quo que proceda en ese sentido. Luego, el juez superior que fue promovido regresa a su sede de origen y advierte que uno de los procesos a cargo de su juzgado es aquel donde resolvió la apelación cuando integraba la instancia superior: ¿sería también un supuesto de impedimento este caso?

Consideramos que antes que dar una lectura rígida a la norma, habría que analizar caso por caso, si en estos supuestos darían lugar al apartamiento del juez de seguir conociendo el proceso. Una posición más amplia sería decir que en todos estos casos, bastará que el juez haya tomado conocimiento del proceso aun resolviendo un asunto incidental para que se haya “contaminado” con el mismo, siendo una razón suficiente para que se aparte. Otra postura más restrictiva sería que, dependiendo de lo que resolvió en la instancia anterior, dé lugar a si se aparta o no de seguir conociendo del caso.

Como otro ejemplo podemos mencionar el caso donde el juez superior dirimió un conflicto de competencias o resolvió una recusación o inhibición. En estos supuestos, creemos, no podría señalarse que se configura la mencionada causal de impedimento bajo comentario, al no haberse resuelto nada sobre el tema de fondo.

Finalmente, queremos mencionar de pasada sobre el otrora inciso 6 que fuera infaustamente incorporado por la Ley N° 28524, cuyo ilógico texto señalaba que era un impedimento del juez cuando: Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexión. Felizmente fue derogado por la Ley N° 29057, publicada el 29 de junio de 2007, eliminando así que algunos malos jueces usaran ese pretexto para renunciar a su sagrada misión de administrar justicia en desmedro de los intereses de la sociedad o como argucia de litigantes maliciosos para lograr que un juez se aparte del caso por haber conocido otro –con contenido totalmente distinto– aún contendieran las mismas partes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BACHMAIER WINTER, Lorena (2000): *La abstención y la recusación en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*, N° 1. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial; CORONAS GONZÁLES, Santos (1982): *La recusación en el Derecho histórico español*, tomo LII. Madrid: Anuario de Historia del Derecho Español; CONDE DE LA CAÑADA (1999): *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, tomo I. México: Ángel editor; ESCRICHE, Joaquín (2003): *Elementos de Derecho patrio*. Valladolid: Lex Nova, edición facsimilar de 1840; FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto Ibañez y otros. Madrid: Trotta; GALÁN GONZÁLES, Candela (2005): *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia: Tirant lo Blanch; GARRIGA, Carlos (1988): “La recusación judicial: del Derecho indiano al Derecho mexicano”. En: *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. La supervivencia del Derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente*-UNAM; HEVIA BOLAÑOS, Juan de (1989): *Curia Philípica*, tomo 1, & 7. Valladolid: Lex Nova, edición facsimilar de la de 1792; JUAN Y COLOM, Joseph (1993): *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicia*. Valladolid: Lex Nova, edición facsimilar de la sexta impresión de 1769; LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. (2000): “La reforma de la recusación y la abstención del órgano jurisdiccional en la ley de procedimiento laboral en virtud de la disposición final undécima de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000”. En: *Revista del Poder Judicial*, N° 57. Madrid; MONTERO AROCA, Juan (1999): *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego conocer del recurso)*. Valencia: Tirant lo Blanch; PICÓ I JUNOY, Joan (1998): *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El nombrado magistrado tramitó y sentenció la acción promovida por el actor contra los demandados en la vía ejecutiva, coligiéndose de ello, que si bien es cierto la vía procedimental acotada difiere con la presente que es de conocimiento, también lo es que tanto los sujetos procesales como el interés para obrar (pretensión) son idénticos puesto que en ambos se persigue el cobro de la suma contenida en la cambial; consecuentemente, se advierte la configuración de la causal de impedimento señalada, debiendo precisarse que no obstante que el recurrente no advirtió la circunstancia descrita oportunamente, tal situación no puede ser convalidada” (*Cas. N° 2269-2002-Lima-Cono Norte*).

Artículo 306**Trámite del impedimento**

El juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si este estima que los hechos expuestos por aquel no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta, para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al juez que venía conociendo.

En las cortes, el juez que se considera impedido informará a la respectiva sala expresando la causal invocada. La sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 313; 324 párr. 2; L.O.P.J. arts. 150, 263 inc. 6.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

Conforme al texto del artículo materia de comentario, en caso un juez se considere impedido de conocer un determinado proceso lo que debe hacer inmediatamente es emitir un auto señalando la causal o causales por las cuales se inhibe y ordenar la remisión de los autos a la mesa de partes general para que esta, a su vez, los derive al juzgado competente en forma aleatoria.

Si no hubiera una mesa de partes general, sino que existan dos juzgados de la misma especialidad, lo que se deberá hacer es remitir directamente los actuados al juzgado correspondiente. Y si se diese el caso que no haya otro juzgado de la misma especialidad sino de otra diferente, tendrá que ser ese el que asuma competencia sobre la causa. Esto normalmente ocurre en el interior del país, donde la mayoría de las veces solo hay un juzgado de cada especialidad en cada provincia.

En lo que debe estarse de acuerdo es que la inhibición tiene que estar debida y suficientemente motivada para que el juez destinatario, que asumirá el conocimiento de la causa, sepa los motivos por los cuales su par se ha inhibido de conocer el proceso. En caso considere que estos motivos son insuficientes, o que no los hay, elevará los actuados al superior inmediato para que este dirima la competencia.

(*) Texto según modificatoria efectuada por el artículo 1 de la Ley N° 26634 del 23/06/1996.

Sin duda que la resolución que emita el segundo juez, no aceptando la remisión de los autos, también deberá estar debidamente fundamentada explicitando las razones por las cuales considera que el juez de origen no debió inhibirse de conocer el proceso.

El superior inmediato tendrá que evaluar las razones expuestas por ambos jueces y decidir si es que el primero tenía motivos fundados para inhibirse o, en todo caso, ante la ausencia de estos, disponer que siga conociendo del proceso con arreglo a ley. De lo contrario, desestimaré la negativa del segundo juez y le ordenaré que asuma el trámite del proceso.

Cosa diferente ocurre cuando la causal de impedimento se presenta en alguno de los miembros de un tribunal colegiado, en cuyo caso el juez que se considere impedido deberá hacerlo saber a sus pares mediante un informe, dando cuenta de las razones por las que se considera impedido. Con dicho informe, sus colegas decidirán si es que hay motivos fundados y aceptarán la inhibición, ordenando al relator de la sala que convoque al llamado por ley para completar el colegiado; de lo contrario, rechazarán la inhibición y dispondrán que se siga el trámite correspondiente.

Podría darse un caso poco común donde todos los miembros del colegiado se consideren impedidos de conocer el proceso, en cuyo supuesto, lo lógico es que tal “inhibición colectiva” sea resuelta por la sala superior o suprema correspondiente, dependiendo del colegiado donde se ha presentado la causal de impedimento.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Contraviene lo dispuesto en el artículo 306 del CPC, el juez que estimando que los hechos expuestos por el remitente no constituyen causal de impedimento, declara sin lugar la inhibición y devuelve los autos al originario (*Exp. N° 667-1995-Lima*).

Artículo 307**Causales de recusación**

Las partes pueden solicitar que el juez se aparte del proceso cuando:

1. *Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;*
2. *Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;*
3. *Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;*
4. *Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;*
5. *Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y*
6. *Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 113, 303, 305, 315 párr. 1; C. de P.P. art. 29; L.P.A.G. art. 88.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia del artículo 305 del CPC, que contempla las causales de impedimento de los jueces, el presente artículo materia de comentario regula las causales de recusación, con lo cual está realizando una primera distinción entre aquellos motivos que deben ser advertidos de oficio por el juez frente a aquellos otros que pueden ser invocados por las partes para solicitar su apartamiento del proceso.

Como observamos, en nuestro caso el legislador ha optado por objetivar las causas de apartamiento de los jueces. En el impedimento (art. 305 del CPC) es el propio magistrado quien promueve su separación del caso; en tanto que en la recusación es una de las partes del proceso quien provoca el apartamiento forzoso del juez, que puede o no ser aceptado por el recusado y, en todo caso, dependerá, si no acepta, de lo que determine el órgano competente. Con una u otra institución, al final se logra el mismo objetivo, que es lograr que el proceso se tramite dentro de los cauces de la mayor imparcialidad posible.

2. CAUSALES DE RECUSACIÓN

Nuestro CPC contempla seis causales de recusación que pueden alegar las partes para cuestionar la imparcialidad del juez del proceso, las mismas que pasamos a comentar seguidamente.

- a) *Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos*

Como se llega a sostener a nivel doctrinario, una causa de este tipo resulta de difícil determinación, puesto que se trata de una situación de apreciación subjetiva y de complicada probanza.

Para empezar se debe descartar como supuesto subsumible dentro de esta causal las relaciones de cordialidad o camaradería entre el juez y las partes y sus abogados, toda vez que dichas relaciones sociales pueden darse por provenir del mismo centro de estudios universitarios, pertenecer al mismo colegio de abogados, al mismo club social o situaciones diversas que de por sí no implican amistad o enemistad.

En todo caso, esta invocación quedará más en manos del propio recusado que del recusante, pues será el cuestionado quien acepte o no la existencia del grado de amistad o enemistad con alguna de las partes.

La norma exige un grado alto en cuanto se refiere a la “empatía o antipatía” del juez frente a las partes, con lo que de plano, consideramos, se descarta una mera relación social o hasta, incluso, de pertenencia a un círculo cercano en el cual se desenvuelvan el magistrado y las partes como, por ejemplo, conformar una junta directiva o situación parecida. También pongamos como ejemplo, el tener en la lista de “amigos” del Facebook a una de las partes, no creemos que podría ser motivo suficiente para el apartamiento del juez, salvo que aparezcan juntos en fotografías familiares o reuniones privadas; en todo caso, sería un medio de probanza, pero no el único ni el suficiente para lograr dicho apartamiento.

Siendo así las cosas, la íntima amistad o la manifiesta enemistad deben ser signos evidentes e inequívocos y de conocimiento de otras personas además de los mismos involucrados, de otro modo no habría forma de sustentar la causal de recusación.

Nos viene a mientes que podrían ser supuestos de amistad íntima el que mantengan una cercanía constante y permanente desde el colegio o la universidad y que de continuo se reúnan o que el juez y una de las partes sean compadres espirituales.

El otro punto que nos lleva a meditación es el referido a que la norma solo se refiere a la incompatibilidad entre el magistrado y una de las partes, pero no se comprende dentro de la misma al abogado que las patrocina, con lo que se puede colegir válidamente que esta causal no funcionaría respecto a la relación amical o de enemistad entre el juez y el abogado. Empero, consideramos que pueden darse casos donde existan estas avenencias o desavenencias, ante lo cual no quedaría más camino que alegar como causales de abstención por decoro, con el consecuente riesgo que no sea aceptado por el juez cuestionado.

- b) *Él o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público*

Esta causal debe ser analizada de manera crítica, porque la mera existencia de una relación obligacional entre el juez y una de las partes no puede bastar para que se recuse al primero de los nombrados.

Nos explicamos mejor: supongamos que el juez ha obtenido un préstamo hipotecario de un banco privado para poder comprar su casa o departamento y por esas cosas del destino llega a su despacho una demanda del banco contra una persona natural o jurídica, o viceversa. En esos casos no vemos motivo para que pueda ser recusado, porque es una actividad habitual y normal del banco el otorgar préstamos a los usuarios que califiquen de acuerdo a sus normas interna, con lo que el juez no podría aceptar ser recusado por ese solo hecho.

El punto medular es que esa relación crediticia cree una situación de presión o favoritismo hacia el juez, con lo cual se configuraría el supuesto, pero no en otras circunstancias.

Si esas relaciones de crédito no se establecieron en causas objetivas; esto es, que una entidad financiera, extravasando los requisitos mínimos para conceder un préstamo, favorece al magistrado concediéndole el préstamo, en este caso estaríamos ante un supuesto de haberle otorgado una ventaja que lo beneficiaría, hecho que configuraría otra causal que se regula como un impedimento.

- c) *Él o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes*

Es evidente que el tener la condición de beneficiarios de alguna de las partes, a cualquier título que sea, se configura como una causal de recusación, puesto que el haber recibido una donación (sea de un bien mueble o inmueble, no importando el valor que tengan), que es un contrato a título gratuito, crea un vínculo que conlleva a cuestionar la imparcialidad del juzgador.

Lo mismo pasará cuando tenga vocación hereditaria tanto él como su cónyuge o concubina, dado que los bienes a heredarse pasarán a acrecentar el patrimonio familiar, aún se trate de un régimen matrimonial bajo separación de gananciales.

En cuanto concierne a ser empleadores de alguna de las partes, creemos que la prohibición debió ser un poco más amplia en el sentido que el juez (y sus parientes directos mencionados) no solo se encontrará sujeto a ser recusado si tiene la condición de empleador de alguna de las partes, sino también porque alguno de esos familiares tienen la condición de empleados de algunas de las partes; dado que puede darse el caso que alguno de estos familiares tenga la condición de empleada de las partes y este grado de sujeción pueda perturbar la imparcialidad del magistrado.

El hecho que el juez pueda sea empleador de alguna de las partes, por ejemplo, con un empleado del hogar, puede ser un elemento perturbador de su imparcialidad. En tanto que resulta un poco más complicado admitir la figura del juez-empleador en calidad de empresario o administrador de un negocio, pues, de acuerdo a la Ley de la Carrera Judicial, los jueces tienen limitaciones para ejercer actividades comerciales (art. 40, inc. 4), para cuyos alcances resulta necesario remitirnos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 43 de su STC Exp. N° 19-2009-AI/TC.

- d) *Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor*

Siguiendo con la lógica de los impedimentos, será una causal de recusación el que el juez del proceso ha participado en el mismo como apoderado, fiscal, perito, testigo o defensor. Es decir, que haya tenido directa relación con el tema litigioso, ya sea porque, antes de ser nombrado o designado juez, ha actuado como apoderado de alguna de las partes o porque ha emitido dictamen en calidad de fiscal, o ha actuado como parte, cuando dicho papel le haya sido encomendado de acuerdo a ley (art. 113 del CPC).

Del mismo modo, resultará cuestionable la imparcialidad del juez, si se llega a advertir que en el mismo proceso actuó como persona especializada en determinado campo del saber y en atención a tal condición emitió opinión sobre el tema en discusión. Imaginemos el caso donde una persona versada en el estudio de documentos antiguos, por tener la profesión de archivero, emite opinión como perito sobre la autenticidad de determinado documento y, luego, gana el concurso para ser juez, siendo designado en el mismo despacho donde se está tramitando el expediente en el cual él ha emitido un dictamen pericial. En esta situación, la norma prevé que puede recusarse al magistrado por haber actuado como perito.

Lo mismo ocurrirá cuando haya actuado como testigo, puesto que su testimonial será a favor de una de las partes, sino ninguna de ellas lo hubiese ofrecido como tal para respaldar su pretensión. Situación similar se presentará cuando actuó como defensor de cualquiera de las partes.

e) *Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso*

Al respecto, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se debate qué es lo que debe entenderse por interés directo; es decir, si se puede identificar con el interés para obrar y, por consiguiente, ser parte en el proceso, o que ese interés solo está referido a que se obtendrá alguna ventaja de las resultas del proceso.

En lo que respecta a la primera postura, se señala en la jurisprudencia española que por interés directo o indirecto en la causa se ha de entender la confusión de los conceptos de juez y parte, dado que el proceso y la resolución final que en él se dicte suponen una carga o perjuicio, o una ventaja o utilidad para el organismo jurisdiccional, de tal modo que dicha resolución, afecta, mediata o inmediatamente, de modo próximo o de manera remota, a la persona o bienes del recusado, debiendo tratarse de un interés meramente personal, sin que pueda equipararse el denominado interés ideológico u otros de carácter general o abstracto, los cuales, de prosperar, impedirían, a todos los integrantes de la carrera judicial, por uno u otro motivo, más o menos especioso, conocer de cualquier clase de proceso o de causa (LOREDO COLUNGA, 2009: p. 18).

Ahora bien, la posición contraria sostiene que no es posible identificar esta causal con la legitimación para ser parte en el proceso, puesto que el considerar la confusión juez-parte debe llevar a una consecuencia más grave, como es la nulidad del proceso. Siendo así, cuando se hable de interés directo que posibilitaría la separación del juez, se debe referir al ámbito de los efectos reflejos de la sentencia, en tanto la misma revierta de modo inmediato un perjuicio o beneficio en la persona del juez, e indirecto, cuando lo haga a través de persona interpuesta (GALÁN GONZALEZ, 2005: p. 282).

Para nuestro caso, como la norma en comentario –y tampoco los demás artículos– nada dice al respecto, quizá sería preferible entender de manera amplia la citada causal; en el sentido de que no solamente se entienda que los resultados del proceso le puedan ser favorables o desfavorables al juez de la causa –como, por ejemplo, que en un proceso de reivindicación el accionante le ha ofrecido en venta el terreno materia de litigio en caso salga vencedor del mismo, o que logrando el desalojo de un precario el propietario o poseedor del bien le ha ofrecido darle en venta o arrendamiento el citado bien–, sino también que ese interés esté relacionado con la posibilidad de ser parte activa o pasiva en el proceso, bajo cualesquiera de las figuras litisconsorciales.

Un caso límite que literalmente no se encuadraría dentro de este supuesto y que si se presenta podría reconducirse como una posibilidad de abstención por decoro es cuando se dé un hecho como el siguiente: supongamos que Juan demanda a una determinada entidad pública para que se abstenga de emitir un acto administrativo en concreto, para lo cual recurre a la vía contenciosa administrativa, logrando que el juez Anselmo no solo admita la demanda sino que conceda la respectiva medida cautelar de no innovar. El hecho es que la entidad estatal advierte que en una oportunidad anterior Anselmo le había ganado un proceso contencioso-administrativo por el mismo motivo, que ahora es materia de controversia en su juzgado y en donde el demandante es Juan.

Ante esta circunstancia, si los abogados de la entidad pública recurren a revisar los supuestos de impedimentos o de recusación, se hallarán ante un panorama desfavorable, puesto que en ninguno de los artículos (305 y 307 del CPC) se encuentra una causal que señale que se encuentra impedido de conocer un caso o de ser pasible de recusación el juez que haya litigado anteriormente contra una de las partes, en este caso contra la entidad pública.

El ejemplo dado no es poco común en nuestro medio, así que frente a estos hechos hay que encontrar una solución, que desde nuestro punto de vista –si admitimos que las causales de impedimento y recusación son cerradas– hay un evidente conflicto de intereses, porque es indudable que el juez va a favorecer a quien está demandando a la entidad pública, al estar peticionando lo mismo que él demandó en una oportunidad anterior.

Si el propio magistrado, siendo consciente de este hecho no se abstiene por decoro o delicadeza ¿qué camino le quedaría a la entidad pública para lograr su apartamiento frente a la evidente parcialidad del juez? Creemos que este es un punto que debió ser previsto expresamente por el legislador, dado que resulta un tanto complicado encuadrarlo dentro del supuesto bajo comentario.

Conforme señala la doctrina, la expresión “tener interés en la causa o pleito” debe ser entendida como una inclinación más o menos vehemente del ánimo a que la resolución de la causa se manifieste en un sentido determinado, debido a la conexión que existe entre la relación deducida en el proceso y la relación jurídico material de la que es titular el juez (GALÁN GONZALEZ, 2005: p. 273).

Para poder aplicar la causal bajo comentario al ejemplo dado, ese “interés en el resultado del proceso” no debería entenderse solamente como interés inmediato o futuro sino también pasado, es decir, que la materia controvertida haya sido también sometida a reclamo entre el juez y una de las partes. Por ejemplo, que el juez le haya reclamado a la entidad pública un beneficio laboral que tenga como sustento las mismas causas –sea el mismo convenio laboral, la misma ley o reglamento

que otorguen ese derecho controvertido— que ahora invoca el accionante contra la misma entidad y cuyo expediente está siendo tramitado ante su despacho.

- f) *Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso*

Como se puede observar no solamente es ilegal sino también inmoral que un juez estando inmerso (o su cónyuge o concubina) en un proceso en marcha con alguna de las partes (sea civil, penal o la materia que fuere dicho proceso) pretenda ser imparcial y resolver un caso sometido a su conocimiento donde una de las partes contendoras es también su contraparte en otro proceso vigente.

Claro está que el citado proceso tiene que ser anterior al que es o será de conocimiento del juez recusado, pues es evidente que luego se inicie un proceso en su contra, sería provocar intencionalmente que el magistrado caiga en causal de recusación. Afirmación esta que no debe ser tomada *in extremis*, puesto que pueden darse casos excepcionales donde, con posterioridad el juez se vea inmerso en un proceso judicial con alguna de las partes que están litigando en su juzgado. Ante tal situación, sí correspondería el apartamiento del juez.

La norma exige que haya un proceso vigente; esto es, no se está refiriendo a un tiempo pretérito —que haya tenido—, con lo cual sigue teniendo base el ejemplo que hemos propuesto al momento de comentar el inciso anterior. Quizá hubiera sido preferible que la norma diga *que haya o hubiere habido* un proceso entre cualquiera de las partes con el juez o su cónyuge o concubina, con lo cual se cerraba toda posibilidad de un actuar indebido por parte del magistrado encargado del trámite de la causa.

El interrogante que cabe hacerse es si se puede incardinar dentro de esta causal de recusación la existencia de un arbitraje en marcha en el que estén conteniendo alguna de las partes con el juez. Consideramos que la respuesta será positiva en tanto que nuestro Tribunal Constitucional ha tomado partido por considerar al arbitraje como una manifestación más de la jurisdicción y, por ende, se considera un proceso en toda su expresión. En consecuencia, al ser el arbitraje un proceso, puede incluirse dentro de esta causal el que, de existir un arbitraje en trámite, sirva como causal de recusación.

Como nuestro texto legal no utiliza la palabra “pleito pendiente”, no cabe hacer mayor cuestionamiento a que si el procedimiento prejudicial de conciliación puede catalogarse como uno donde esté en tratativas la existencia de un pleito y que puede llegar a dilucidarse en un proceso judicial, toda vez que, bajo los estrictos términos legales de nuestro texto normativo, la conciliación no es un proceso propiamente dicho.

3. SESGO IDEOLÓGICO

Es un tema harto sugerente si se puede considerar como causal de recusación el sesgo ideológico del juez. En la doctrina extranjera se ha hecho ensayos de considerar este tema como una causal de recusación.

De admitir la posibilidad de alegarse este hecho como causal de recusación en nuestro medio, ante la ausencia de una previsión legal expresa, podría considerarse dentro de la causal de tener interés directo en el resultado del proceso; empero, resulta bastante debatible lo que acabamos de comentar.

Jordi NIEVA FENOLL propone que de establecerse una causal sustentada en el tema ideológico podría tener el siguiente tenor: “Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencia un sesgo ideológico por parte del juzgador” (NIEVA FENOLL, 2012: p. 307).

Estando a lo señalado, dejamos pues como tema de meditación el considerar el sesgo ideológico como una causal fundante de la recusación, sabiendo que nuestros magistrados no son ajenos a tener sus posturas ideológicas y hasta partidarias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GALÁN GONZÁLES, Candela (2005): *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia: Tirant lo Blanch; LOREDO COLUNGA, Marcos (2009): “Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En: *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009; NIEVA FENOLL, Jordi (2012): “El sesgo ideológico como causa de recusación”. En: *Revista Ius et Praxis*, año 18, N° 2. Lima.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

El artículo 307 del Código Procesal Civil establece que las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando se demuestre por hechos inequívocos que es amigo íntimo o enemigo manifiesto de “cualquiera de las partes”, no existiendo referencia alguna en la glosada norma a la amistad o enemistad con representantes de personas jurídicas (*Cas. N° 1121-2007-Lima*).

Al variarse la conformación de la Sala, se ha impedido a los justiciables la facultad de recusación, que permite el artículo 307 del Código Procesal Civil, porque sólo se han enterado de ello al realizarse la vista de la causa, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad (*Cas. N° 2046-2002-La Libertad*).

Artículo 308 | Oportunidad de la recusación

Solo puede formularse recusación hasta antes del saneamiento procesal. Después de este, se admitirá únicamente por causal sobreviniente. ()*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 307, 309 a 311, 315, 316, 326, 329, 465 y ss., 688.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

El artículo bajo comentario originalmente tuvo como redacción la siguiente: “Solo puede formularse recusación hasta cinco días antes de la audiencia donde se promueve la conciliación. Después de ella se admitirá únicamente por causal sobreviniente”, el cual fue modificado con el texto actual por Decreto Legislativo N° 1070, que eliminó la figura de la audiencia de conciliación (artículos 326 y 329), y que ahora ha revivido por obra y gracia de la Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre de 2014, en cuyo remozado artículo 324 se ha establecido que las partes pueden conciliar ante un centro de conciliación (regido por, a nuestro juicio, la inconstitucional Ley N° 26872, que regula la conciliación “obligatoria”) o pueden solicitarle al juez que lleve a cabo una “audiencia de conciliación” hasta antes de emitir sentencia.

Sea como fuere, el asunto es que las partes solo pueden formular recusación hasta antes del saneamiento procesal; es decir, hasta antes que se dicte el auto de saneamiento al que se refiere el artículo 465 y siguiente del CPC.

Luego de este estadio procesal precluye toda posibilidad de cuestionar la imparcialidad del juez de la causa, salvo situaciones excepcionales donde la causal de impedimento aparezca después del saneamiento que, pensamos, podría darse cuando se designa a un nuevo juez para que se avoque al conocimiento del proceso.

De una lectura literal de la norma podrían extraerse dos conclusiones erradas. La primera que solo cabe recusación en los procesos de cognición (conocimiento, abreviado y sumarísimo) mas no así en los de ejecución –puesto que estos últimos no tienen etapa de saneamiento, salvo que se alegue vía contradicción alguna excepción o cuestionamiento de forma– y, la segunda, que solo son recusables los jueces de primera instancia mas no así los de segundo grado y menos los de la Corte Suprema.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del D. Leg N° 1070 del 28/06/2008.

Consideramos que las normas no pueden interpretarse en sentido contrario a los litigantes, tanto más si de por medio está el cuestionamiento a la imparcialidad del juzgador. En consecuencia, la recusación es viable tanto en los procesos de cognición como los de ejecución (excepto, obviamente, en la jurisdicción voluntaria, que nuestro CPC denomina *procesos no contenciosos*, precisamente por eso: porque no hay litigio, al no haber pretensión que plantear, por ende, no hay partes contendientes, y en suma, no hay lugar a hablar de imparcialidad del magistrado). Esto mismo también se puede colegir de la lectura concordada de este artículo con el segundo párrafo del artículo 309 del CPC. En consecuencia, resulta perfectamente posible recusar al juez de ejecución.

No obstante lo anotado, y sin perjuicio de que se analice la recusación en cada caso en concreto, esta se daría, en principio, en los procesos de ejecución iniciados en mérito a un título extrajudicial. Mientras que para los títulos ejecutivos de naturaleza judicial, habría que estarse a si se trata de la ejecución de una sentencia o auto final, o de una prueba anticipada (art. 688 del CPC).

Sobre este punto referido a los procesos de ejecución, resta mencionar que el saneamiento procesal se va a presentar en tanto la parte ejecutada deduzca excepciones o defensas previas, las mismas que se pueden proponer tanto cuando se ha incoado el proceso con base en título extrajudicial como en uno judicial.

En lo que atañe a la segunda conclusión errada. Si debe predicarse la exigencia de la imparcialidad en todos los jueces de la República, y en especial de quienes están conociendo de un proceso judicial en especial, es lógico entender que las causales de impedimento o de recusación pueden alcanzar no solo a los jueces de primera instancia, sino también a los de grados superiores. Ello emerge también de una lectura concordada con el artículo 311 del CPC.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Resulta evidente que la recusación interpuesta contra el juez que ya ha expedido sentencia se hace valer en reacción de represalia, con falta de probidad y buena fe, sobre todo si se apoya en consideraciones del mismo fallo. El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria (*Exp. N° 2428-1993-Lima*).

Artículo 309 | Improcedencia de la recusación

No son recusables:

1. *Los jueces que conocen del trámite de la recusación;*
2. *Los jueces comisionados y quienes deben dirimir conflictos de competencia; y*
3. *Los jueces que conocen de los procesos no contenciosos.*

Excepcionalmente, en el proceso ejecutivo procederá recusación siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción. No se admitirá segunda recusación contra el mismo juez en el mismo proceso, excepto si se acompaña documento fehaciente que pruebe la causal. En ningún caso se puede recusar por tercera vez al mismo juez en el mismo proceso. ()*

CONCORDANCIAS:

*C.C. art. IV; C.P.C. arts. 7, 36, 40, 41, 43, 297, 305, 307, 308, 313, 777;
L.O.P.J. art. 163.*

Manuel Enrique Valverde Gonzales

El artículo materia de comentario regula en qué casos no resulta viable la recusación de los jueces, así como menciona un supuesto de excepcionalidad, que en el fondo nada de excepcional podría tener, como ya lo dijimos al comentar el artículo anterior.

Como es lógico concluir, no puede ser recusado el magistrado que conoce del trámite de la recusación, puesto que no está viendo el fondo del asunto controvertido —esto es, sobre el objeto del proceso, sino de un incidente—, tan solo se está limitando a analizar si es que resulta atendible o no la recusación formulada y que no ha sido aceptada por el juez recusado. Por lo tanto, no resulta agible que se admita posibilidad alguna que se cuestione la “imparcialidad” de este último juez que lo único que está haciendo es resolver una situación incidental mas no así sobre el fondo de la materia de litis.

Sobre esto queremos mencionar, a modo de reiteración de lo evidente, que solo se abrirá el incidente de recusación y el envío a otro juez para que la resuelva, en tanto y en cuanto, el juez recusado no acepte este cuestionamiento, de lo contrario, si acepta la causal de recusación invocada, lo que hará es apartarse del caso y

(*) Texto según modificatoria efectuada por la única disposición modificatoria del D. Leg N° 1070 del 28/06/2008.

no se formará cuaderno incidental alguno y menos se enviará a otro juez para que resuelva tal situación, porque la misma fue aceptada por el recusado y se tendría que excusar de seguir conociendo la causa.

El segundo supuesto se refiere a que no es procedente recusar a los jueces comisionados o los que están encargados de dirimir conflictos de competencia (en los términos de los arts. 40 y 41 del CPC), ya que los mismos, como ya venimos anotando, no están resolviendo sobre el fondo de la controversia sino sobre un tema accidental que se refiere a determinar quién es el juez competente para conocer de la causa; tema que se determina bajo estrictos criterios objetivos y, por ende, resultaría ilógico dar pábulo a que se cuestione la imparcialidad del superior encargado de dirimir la competencia. Peor aún ocurrirá con los jueces comisionados, quienes solamente se limitan a cumplir encargos que les formulan sus pares como, por ejemplo, la tramitación de exhortos o la realización de remates o embargos, donde nada tiene que resolver sobre el fondo, sino tan solo limitarse a cumplir con lo encomendado.

Sobre el tercer punto, referido a la denominada jurisdicción voluntaria, que nuestro CPC la regula bajo el título de “procesos no contenciosos”, de cuyo contenido no controversial andamos todos de acuerdo —al margen de los grandes debates, incluso actuales, sobre la naturaleza de la misma, en el sentido si es que es jurisdicción o mera actividad administrativa de los jueces y que no debería de estar en manos de los mismos, sino de otros funcionarios. Tema que ha suscitado arduas controversias y muchas páginas escritas por renombrados juristas, sobre lo cual se ocupará el encargado de comentar esa parte del CPC—, no podría pretenderse dar paso, en principio, a la recusación del juez cuando no se está sometiendo a su conocimiento un objeto litigioso, por lo que no habría contraparte, y al no haber contraparte no habría controversia, es decir litis y, en consecuencia, qué parcialidad se podría atribuir al juez de la causa sino hay contrapartes en conflicto, razón por la cual nuestro CPC ha señalado que no resulta procedente la recusación.

Ahora bien, decíamos que, en principio, no se podría dar paso a la recusación, pero ello no implica que se podría dar algún caso donde entre el solicitante (que es así como se le denomina al recurrente, dado que no es accionante o demandante) y el juez que conozca de la petición exista alguna enemistad o conflicto de intereses, en cuyo caso, si bien el CPC no permite la recusación, y si el mismo juez no se aparta de conocer el expediente, creemos que bien podría solicitarle el interesado que se abstenga por decoro, bajo los alcances de lo señalado en el artículo 313 del CPC, opinión que puede no ser compartida, pero no encontramos otra solución para el ejemplo planteado. De lo contrario se tendría que admitir que, aun existiendo dicha enemistad o conflicto de intereses, el juez del caso tendría que avocarse al conocimiento del mismo y resolver.

Imaginemos que el juez-persona ha sido nombrado administrador judicial de bienes y, en mérito al artículo 777 del CPC, se está pidiendo su remoción del cargo. De llegar la solicitud a su juzgado, de entenderse que no cabe la recusación ni la inhabilitación ¿tendría que avocarse de todos modos a conocer y resolver sobre su propia remoción en el cargo de administrador judicial de bienes? Estamos seguros que concordamos en que la respuesta es negativa.

También consideramos que el juez que conoce del proceso no contencioso puede estar incurso en alguna de las causales de impedimento señaladas en el artículo 305 del CPC, y nada obsta para que se excuse de conocer del tema materia de solicitud, puesto que no podríamos extender las limitaciones implantadas por el artículo 309 del CPC, a dichos supuestos, porque estaríamos aplicando extensivamente (o por analogía) una norma restrictiva de derecho, en perjuicio de los intereses del solicitante, en clara contravención al artículo IV del Título Preliminar del CC.

Siendo así, somos del parecer que resultarían aplicables a la actuación del juez no contencioso las prohibiciones del artículo 305 del CPC, así como la abstención por decoro del artículo 313 del CPC.

El párrafo final del artículo en comentario trae dos temas a resaltarse: El primero, referido a que en el ahora denominado Proceso Único de Ejecución procederá recusación siempre que la causal se sustente en documento fehaciente y sea propuesta dentro del plazo para la contradicción.

Remitiéndonos al artículo 308 del CPC, veremos que el plazo para recusar será hasta antes del saneamiento procesal, etapa que propiamente no se observa en el proceso de ejecución. Acto que, en principio, solo se va a evidenciar en caso la parte ejecutada formule contradicción (entiéndase propiamente *oposición*) deduciendo excepciones procesales o defensas previas; caso contrario, ante la falta de contradicción, lo que hará el juez, sin más, es continuar con lo ordenado en el mandato ejecutivo, con lo cual se cierra toda posibilidad de cuestionar su imparcialidad.

Si bien es cierto que el tema parecería claro con relación al ejecutado, no es lo es tanto con respecto al accionante, sobre cuya actuación no se dice nada. Lo lógico es que, una vez interpuesta su demanda de ejecución y notificado con el mandato ejecutivo [que es el momento en que sabrá quién es concretamente el juez y el secretario judicial que están a cargo del proceso], será en ese momento en que podrá formular recusación hasta antes, se entiende, de la expedición del segundo auto de llevar adelante la ejecución conforme se indica en el último párrafo del artículo 690-E del CPC.

Respecto a la probanza de lo antes comentado, el CPC exige que se presente prueba fehaciente de la causal de recusación, con lo cual se descartaría de plano la presentación de cualquier otro medio probatorio que no tenga esa contundencia.

Para lo referente a este punto, el CPC es tajante también al señalar que si se quiere intentar con éxito una recusación por segunda vez contra el mismo juez, la única prueba idónea será la documental y que, por supuesto, sea lo suficientemente convincente de la existencia de la causal invocada, con lo que, al igual que la primera vez que se recuse, se excluye la presentación de otro medio probatorio distinto al documental.

Es natural que se pongan limitaciones a una segunda recusación contra el mismo magistrado, toda vez que los supuestos señalados por el artículo 307 del CPC, son *ante* proceso, salvo que las circunstancias de hecho varíen sustancialmente durante la tramitación del mismo y provoquen el surgimiento de laguna de las causales mencionadas.

Como corolario, la norma en comentario nos precisa que de ninguna manera se podrá recusar por tercera vez al mismo juez, punto que nos exime de mayores comentarios al ser evidente que no sabemos bajo qué extraordinarios supuestos podría abrirse la puerta a que en la tercera sea la vencida de poder recusar al mismo juez.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Se rechaza liminarmente la recusación, cuando: i. Si en el escrito de recusación no se especifica la causal invocada; ii. Si la causal fuese manifiestamente improcedente; y, iii. Si no se ofrecen los medios probatorios necesarios para acreditar la causal; en el caso de autos, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima rechazó la recusación amparándose en que ésta no cumple con lo dispuesto por el artículo trescientos siete del Código Adjetivo, consecuentemente ha aplicado el rechazo liminar de la recusación, previsto en el artículo trescientos catorce del Código acotado, por lo que su decisión está arreglada a ley, y no tiene por qué afectar el derecho a la defensa de la recurrente (*Cas. N° 2538-2004-Lima*).

Artículo 310

Formulación y trámite de la recusación

La recusación se formulará ante el juez o la sala que conoce el proceso, fundamentando la causal alegada. En el mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios, excepto la declaración del recusado, que es improcedente.

Cuando el juez recusado acepta la procedencia de la causal, debe excusarse de seguir interviniendo a través de resolución fundamentada, ordenando el envío del expediente a quien deba reemplazarlo.

Si no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al juez que corresponda conocer, con citación a las partes. El trámite de la recusación no suspende el proceso principal, pero el recusado deberá abstenerse de expedir cualquier resolución que ponga fin al proceso. El juez a quien se remite el cuaderno tramitará y resolverá la recusación conforme a lo previsto en el artículo 754 en lo que corresponda. Su decisión es inimpugnable.

Interpuesta recusación contra un juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro juez solo en caso de discordia.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 192 a 194, 234, 254, 306, 308, 314, 754; L.O.P.J. art. 150.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

1. INTRODUCCIÓN

El artículo materia de comentario regula la manera como debe formularse la recusación y la sustanciación de la misma; es decir, se especifica de qué modo y ante quién debe presentarse el escrito de recusación y cuál es el decurso que debe tener el mismo, tanto en caso se acepte la causal como en caso se rechace la petición recusante.

No cabe realizar mayor comentario en cuanto concierne a la aceptación de la recusación por el mismo juez cuestionado, puesto que en ese caso lo que tendrá que hacer es remitir los autos al magistrado llamado por ley para que asuma competencia, para cuyo cometido emitirá una resolución motivando las razones por las cuales comparte los cuestionamiento del recusante y el modo cómo se vería perturbada su imparcialidad.

Por su parte el juez destinatario, si considera que la causal de recusación es atendible, asumirá competencia sin mayor formalidad que su avocamiento.

Sí merece detenerse un poco en el caso que el juez de destino no considere atendibles los motivos de la recusación y menos que el juez recusado los haya aceptado, en ese caso nada dice la norma en forma expresa, ante lo que correspondería aplicar supletoriamente el procedimiento previsto por el artículo 306 del CPC; caso contrario, tendría que negarse la posibilidad que el juez que recibe el expediente pueda revisar la sustentabilidad de la recusación. Pensar que como la norma no lo señala, se debe entender que el juez destinatario está impedido de cuestionar el sustento y la aceptación de la recusación llevaría a validar, en algunos casos, malas prácticas procedimentales. En tal sentido, consideramos que es viable que el juez que recibe el expediente puede revisar la resolución que daba lugar a la recusación, habida cuenta que podría advertir que la misma carecía de sustento y habría sido propuesta maliciosamente.

2. FORMALIDAD Y TRÁMITE DE LA RECUSACIÓN

En lo que atañe a la formalidad de la recusación, como emerge del propio texto bajo comentario, la recusación deberá presentarse por escrito ante el mismo juez recusado, adjuntando todos los medios probatorios que la sustentan y que acreditan la posible parcialidad del magistrado.

Conforme ya se expuso en su oportunidad, como las causales de impedimento y de recusación son tasadas, es obvio que el recusante deberá sustentar su recusación únicamente en los supuestos previstos expresamente en la ley, fundamentando las razones por las cuales considera que el juez debe apartarse del proceso al ponerse en duda su imparcialidad.

Un tema que gravita es el referido a que nuestro CPC ha optado porque el juez recusado sea quien califique la recusación, lo cual puede llevar a cuestionar dicha regulación en el sentido de que no se ve muy objetivo el hecho que el mismo recusado sea quien analice el cuestionamiento a su imparcialidad, lo cual ha llevado que en otras legislaciones se encargue del trámite de la recusación a otro magistrado, puesto que la crítica se hace en atención a la garantía de la imparcialidad.

El artículo señala que en el escrito de recusación se deben presentar todos los medios probatorios que acreditan la causal, excluyéndose la declaración del juez recusado, con lo cual pareciera que se podrían presentar cualquiera de los medios probatorios típicos o atípicos señalados en los artículos 192 y 193 del CPC, entre ellos la declaración de testigos, pericias e inspecciones judiciales.

Al respecto cabe preguntarse si es que esa ha sido la intención del legislador –de permitir en el trámite de un incidente que se puedan actuar todos los medios probatorios previstos por ley– o solamente algunos de actuación inmediata que conlleven a la pronta y efectiva resolución del cuestionamiento y no crear un procedimiento paralelo al principal.

De igual modo, nada dice la norma si es que el juez llamado por ley para resolver la recusación –cuando no ha sido aceptada por el recusado– pueda o no actuar pruebas de oficio en los actuales términos del artículo 194 del CPC, modificado por Ley N° 30293.

Bajo este contexto, pensamos que como no se pretende crear un proceso paralelo al principal, no sería dable que se ofrezcan como medios probatorios la realización de pericias o de inspecciones judiciales, quedando como idóneos tanto los documentos (bajo los alcances señalados en el art. 234 del CPC) como la declaración de testigos.

En lo que concierne a la prueba de oficio, si bien pareciera que del texto expreso del artículo 310 del CPC solo se excluye la declaración del recusado y, por ende, se admitirían todos los medios probatorios posibles –que no solo incluirían los presentados por el recusante sino también lo serían los que *ex officio iudicis* ordena incorporar el juez encargado de resolver la recusación–. Somos del parecer, como ya dijimos, que tendrían que admitirse solo medios probatorios de actuación inmediata por la propia naturaleza del incidente de recusación, por lo que en este caso no sería tampoco posible el incorporar pruebas de oficio.

Como bien dice GALÁN GONZÁLEZ –en cuanto comenta la regulación prevista por la LEC española, que resulta pertinente traer a colación para nuestro comentario– el juez debe tener facultades para “verificar” la concurrencia de determinados hechos que no hubieren quedado suficientemente acreditados por las partes. Pero una cosa es “verificar” y otra muy distinta “demostrar”, por lo que si bien se le puede reconocer al juez la facultad de verificación de los hechos alegados por las partes, le estaría vedada cualquier actividad de demostración; por ende, no podría introducir fuentes de prueba *ex officio*, porque ello podría suponer un grave quebrantamiento al principio de igualdad de las partes (GALÁN GONZÁLEZ: p. 386).

Habiéndonos ocupado del tema probatorio, resta comentar en este apartado sobre la negativa del juez recusado a aceptar el pedido de su apartamiento del proceso, así como sobre la no suspensión del trámite del principal.

En lo que atañe a cuando el juez recusado no acepta la causal invocada por el recusante, lo que le corresponde hacer es emitir un informe, en el cual detalle los motivos por los cuales considera que no tiene fundamento la recusación, y forme

un cuaderno en cuerda separada para enviarlo al juez que corresponda conocer, con citación a las partes.

Por su lado, el juez a quien se le remita el incidente, deberá comunicar a las partes que se avoca al conocimiento del trámite y fijar fecha para la respectiva audiencia de actuación y declaración judicial, conforme a lo regulado por el artículo 754 del CPC, en donde ordenará actuar los medios probatorios anexados al escrito de recusación –extremo este que refuerza nuestra posición en cuanto sostenemos que no resultarían viables los medios probatorios de ofrecimiento de pericias o inspecciones judiciales– y, finalmente, resolverá si la recusación es fundada o infundada. Decisión que es inimpugnable conforme lo señalan expresamente tanto el artículo 310 del CPC, como el artículo 754 del CPC.

Si se declara fundada la recusación, el juez recusado deberá ser notificado con dicha decisión y tendrá que apartarse del proceso, remitiendo los actuados al juez sustituto. En tanto que si se desestima la recusación, la decisión deberá ser puesta en conocimiento tanto de las partes como del juez recusado para que este siga conociendo del trámite del proceso.

A diferencia del artículo 109.4 de la LEC española, nuestro CPC ha optado por señalar que el trámite de la recusación –cuando el juez no la acepta– no suspende el proceso principal, el cual seguirá sustanciándose normalmente por el juez que fuera recusado. No obstante, la norma también se encarga de precisar que el juez cuestionado no podrá emitir ninguna resolución que ponga fin al proceso; entiéndase, por ejemplo, no podrá resolver estimando excepciones que conlleven a la declaración de la conclusión del proceso; aceptar el desistimiento del proceso o de la pretensión, y menos a dictar sentencia.

3. TRÁMITE ANTE ÓRGANOS COLEGIADOS

Finalmente, para el caso de la interposición de una recusación contra alguno de los miembros de un órgano colegiado, en caso el recusado no acepte la causal por la cual se le está pidiendo su apartamiento del proceso, el trámite de la recusación será visto por sus pares –si es una sala superior por los otros dos jueces superiores y si es una sala suprema, por los otros cuatro jueces supremos– que integran el mismo tribunal.

Cabe el llamamiento de un dirimente en caso exista discordia en aceptar o no la recusación, en cuyo caso se tendrá que llamar a otro magistrado de la sala señalada por ley, en nuestro caso por la respectiva resolución administrativa de la Corte Superior o Corte Suprema, la que señala la forma de llamar a los jueces en caso exista discordia.

 **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

GALÁN GONZÁLEZ, Candela (2005): *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 311**Ámbito de aplicación: impedimento, recusación y abstención**

Las causales de impedimento y recusación se aplican a los jueces de todas las instancias y a los de la sala de casación. El juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 117, 305, 307, 309, 315, 316.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

La norma materia de comentario es clara por sí sola, así que nos libera de mayores comentarios, limitándose a estatuir un mandato que no solo es evidente sino que tiene mucha lógica y es que las causales que afectan la imparcialidad de los jueces no pueden circunscribirse únicamente a la primera instancia sino, también, resulta posibles de encontrarse en los demás niveles jerárquicos de la magistratura.

El hecho que el primer juez que conoce del proceso no significa de modo alguno que su imparcialidad también se irradia automáticamente a los jueces de las demás instancias y que, cual bálsamo milagroso, se borre cualquier causal de impedimento o recusación de los jueces de los demás niveles por donde debe transitar la causa.

En suma, no solo se puede recusar –y por ende, también pueden estar sujetos a las causales de impedimentos– a los jueces de primer grado sino también a los que integran juzgados o salas de grados superiores, lo que incluye a los jueces supremos que conocen del proceso en vía de casación.

Como comentario adicional resulta pertinente mencionar que el artículo 117 del CPC prescribe que los representantes del Ministerio Público deben excusarse o abstenerse de intervenir en el proceso por las causales que afectan a los jueces. Pese a tal disposición, el referido artículo se guarda de dejar en claro que no pueden ser recusados.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 312

Recusación por no cumplir con deber de abstención

El juez que no cumple con su deber de abstención por causal de impedimento, puede ser recusado por cualquiera de las partes.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 305, 307, 311; L.P.A.G. art. 91.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

El artículo bajo comentario bien podría haberse considerado un inciso más del artículo 307 del CPC. No obstante, el legislador optó por dedicarle una regulación específica, en el sentido de que si el juez de la causa no llegara a abstenerse por estar incurso en algún impedimento legal, queda expedito el derecho de las partes para cuestionar su imparcialidad haciendo uso del mecanismo de la recusación.

En ese sentido, nuestro legislador ha preferido que las partes tengan posibilidades de recusar a los jueces, dentro de los parámetros establecidos, sin limitar ese derecho a las causales señaladas en el artículo 307 del CPC, sino también, de manera extensiva, a las del artículo 305 del CPC, que pese a ser un deber officioso del juez, ante la pasividad u omisión de este, la norma le ha premunido del mecanismo pertinente a la parte recusante a solicitarle al juez que se aparte del proceso por encontrarse en alguna de las causales de impedimento y que, por múltiples razones, el magistrado *motu proprio* no las invocó y se abstuvo de seguir tramitando el proceso.

 **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed., Lima: Gaceta Jurídica.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El nombrado magistrado tramitó y sentenció la acción promovida por el actor contra los demandados en la vía ejecutiva, coligiéndose de ello, que si bien es cierto la vía procedimental acotada difiere con la presente que es de conocimiento, también lo es que tanto los sujetos procesales como el interés para obrar (pretensión) son idénticos puesto que en ambos se persigue el cobro de la suma contenida en la cambial; consecuentemente, se advierte la configuración de la causal de impedimento señalada, debiendo precisarse que no obstante que el recurrente no advirtió la circunstancia descrita oportunamente, tal situación no puede ser convalidada” (*Cas. N° 2269-2002-Lima-Cono Norte*).

Artículo 313 | **Abstención por decoro**

Cuando se presentan motivos que perturban la función del juez, este, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al juez que debe conocer de su trámite.

Si el juez a quien se remiten los autos considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el artículo 306.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 306, 311; L.O.P.J. art. 150.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

El tema de la abstención por decoro es una especie de cajón de sastre, puesto que el artículo 313 del CPC hace alusión a conceptos jurídicos indeterminados como: decoro o delicadeza.

Para llenar de contenido a un artículo tan amplio en su comprensión, se tendrá que estar al análisis de cada caso en concreto, toda vez que, entendemos, de no haber ningún supuesto de impedimento ni tampoco de recusación, la norma faculta al juzgador de poder apartarse del proceso señalando los motivos por los cuales cree que se está viendo perturbada su imparcialidad.

Sin duda que dentro de la abstención por decoro no tiene cabida ni el temor reverencial ni cualquier otra causa de coacción, pues bajo esa lógica se estaría desnaturalizando la esencia del magistrado.

En todos los supuestos, siempre vamos a estar dentro del ámbito discrecional del juez, quien es el único que podrá decidir qué es lo que considera un impedimento que no estando previsto en la ley, como supuesto de impedimento o recusación, por razones de decoro o delicadeza le obligan a apartarse de conocer del proceso.

Hemos podido observar que, en algunos casos, los magistrados suelen abstenerse por decoro alegando haber sido quejados por los litigantes ante los órganos de control de la magistratura. Sobre esto, pensamos que la sola interposición de una queja contra el magistrado no es causal de impedimento para que siga conociendo del proceso. Es más, aun se haya sancionado al juez por alguna infracción que haya cometido en la tramitación de la causa tampoco sería razón suficiente para fundar su apartamiento invocando este artículo, salvo situaciones particulares

donde la infracción haya tenido que ver con alguna actitud que, si bien no configuraría ningún supuesto de recusación o impedimento en estricto, de todos modos, pondría en duda la imparcialidad del magistrado.

Conforme dice LOREDO COLUNGA, la decisión de abstenerse o no abstenerse debe estar precedida de una reflexión sobre la concurrencia de causa suficiente a estos efectos. En la generalidad de supuestos, la objetivación de las causas facilita la adopción de dicha decisión, pero cuando entran en juego criterios subjetivos, el profesional debe valorar las concretas circunstancias, no solo en la medida en que afecten efectivamente a su imparcialidad, sino en cuanto pueda verse cuestionada la apariencia de imparcialidad al margen de su situación subjetiva. Más aún, habrá casos en que entienda que está en juego su neutralidad por otros motivos distintos a los expresamente previstos y también ante esta situación debe abstenerse, tratando de reconducir los hechos a alguno de los enunciados legalmente establecidos (LOREDO COLUNGA, 2009: pp. 21-22).

Sin duda que la separación del juez en un caso concreto no debería entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada en prevención, para eliminar recelos y sospechas, evitando una posterior acusación de parcialidad, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro tipo en que pudiera incurrir incumpliendo a sabiendas, por exceso o por defecto, su deber de abstención. Siendo así, lo que se persigue es la apariencia de imparcialidad determinando supuestos en que se aparta al magistrado para evitar sospechas, dudas o recelos, sin que ello signifique que no fuera perfectamente posible que su actuación no se dejara afectar en la práctica por esa conexión. Igualmente se trata de evitar que el propio juzgador se sienta presionado o condicionado, o pueda ver cuestionadas sus decisiones por presunta parcialidad aunque no se haya visto realmente afectado en la práctica y haya actuado y decidido con la mayor objetividad posible (LOREDO COLUNGA: p. 6).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LOREDO COLUNGA, Marcos (2009): "La imparcialidad en el proceso civil: el deber de abstención. Arts. 99, 100 y 102 a 106 LEC". En: *InDret* - Revista para el Análisis del Derecho, N° 2.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

 **JURISPRUDENCIA RELACIONADA**

El instituto de la abstención por decoro reposa en sentimientos íntimos del magistrado, que sólo pueden ser negados por un colega cuando no se aprecien, objetivamente, elementos razonables que permitan otorgar a la afirmación de aquel un grado de verosimilitud suficiente para aceptarlo. Estos elementos, en orden a lo indicado, sí concurren al caso concreto, al advertirse que, en efecto, la magistrada del Primer Juzgado Civil Subespecializado en materia Comercial ejerció, en una etapa de su vida profesional privada, asesoría en el estudio que dirige el demandante (*Exp. N° 130-2006*).

El hecho que una de las partes formule denuncias o quejas contra el magistrado a cargo de un proceso, no quiere decir que el magistrado sea su enemigo o amigo de la otra parte, máxime si se tiene en cuenta que, lo hace en ejercicio de un derecho que asiste a las partes sin distinción alguna. En efecto, las denuncias o quejas que pudiesen formular las partes no constituyen situación que perturbe la función jurisdiccional del magistrado, por lo que no puede ser causal para que se separe del proceso, máxime si como en el presente caso el proceso sobre el cual señala el recurrente haber formulado denuncias no tiene relación alguna con los autos, no existiendo coincidencia entre las materias o las partes (*Exp. N° 54911-2004*).

La autorización a que se contrae el artículo 313 del Código Procesal Civil no atañe a una situación objetiva sino a una absolutamente subjetiva según la personalidad y sensibilidad de cada magistrado. No puede obligarse al juez a dirigir el proceso y resolver sin la debida ecuanimidad o independencia de criterio, con el riesgo que incumpla los deberes que le impone la LOPJ y CPC (*Exp. N° 1907-1995-Lima*).

No resulta procedente amparar la causal de abstención por decoro, si el abogado patrocinante, ha formulado una queja de hecho ante el Órgano de Control de la Magistratura, contra el juez (*Exp. N° 843-1995-Lima*).

Se requiere la existencia de motivaciones gravitantes que perturben la función jurisdiccional del juez, para admitir la abstención del magistrado por decoro (*Exp. N° 694-95-Lima*).

Artículo 314

Rechazo liminar de la recusación

El pedido de recusación deberá rechazarse sin darle trámite en los siguientes casos:

- 1. Si en el escrito de recusación no se especifica la causal invocada;*
- 2. Si la causal fuese manifestamente improcedente; y,*
- 3. Si no se ofrecen los medios probatorios necesarios para acreditar la causal.*

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 128, 307, 310.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

La norma comentada es clara, siguiendo la lógica que toda recusación debe ser causada, esto es, motivada por quien la formula. En ese sentido, el artículo 314 del CPC, nos indica que la recusación se rechazará –se entiende que improcedente en los términos acuñados por el artículo 128 del CPC– de manera liminar cuando el recusante no señala cuál es la causal en la que se ampara para formular la recusación; es decir, se debe entender que se debe hacer mención de manera expresa y clara de alguno de los supuestos previstos por el artículo 307 del CPC.

En consecuencia, lo indicado no puede llevarnos al extremo de permitir que el juez recusado rechace la recusación por el solo hecho que el recusante no mencionó expresamente en qué inciso del citado artículo basa su recusación, puesto que si del escrito emerge con claridad a qué causal se está refiriendo el peticionante, creemos que sería un exceso de ritualismo el que se deniegue el trámite de la recusación; bastando que, de lo expuesto por el recurrente, se evidencie con claridad la causal para que el juez del proceso resuelva sobre el fondo de lo peticionado y no se limite a buscar el cumplimiento de meros formulismos que abundarán, por el contrario, en aumentar la desconfianza de la parte recusante.

Pensamos que no hay mejor actitud del juez recusado que el pronunciarse sobre el fondo de la petición, aceptando o rechazando la misma, pero no escudándose en cuestiones meramente formales que bien pueden ser superadas de la atenta lectura del escrito presentado y de las pruebas recaudadas al mismo.

Conforme mencionamos antes, del contenido del artículo materia de comentario emerge claramente que es el juez recusado quien hace esta calificación de procedencia o no de la recusación, lo que podría llevar a cuestionar la opción legislativa, ya que se puede argüir que el recusado es juez y parte al momento de calificar

la procedencia del cuestionamiento. No obstante, otro argumento que se hace valer es que se busca evitar que las partes actúen temerariamente y no estén buscando motivos nimios para cuestionar la imparcialidad del magistrado.

En esa tónica, el artículo comentado busca evitar las recusaciones insulsas o insustanciadas, es decir, que alguna de las partes, de manera artera, trate de apartar al juez del conocimiento del proceso por un mero capricho o por alguna causal inventada que no está prevista en la norma de manera expresa. Es por tal razón que nos decantamos en opinar que el catálogo del artículo 307 del CPC, es de *numerus clausus*, en atención a que el presente artículo es claro al indicar que no resulta viable la proposición de una recusación basada en una causal no prevista expresamente en la norma.

Este artículo debe ser concordado con el artículo 310 del CPC, en donde se menciona qué tipos de medios probatorios están excluidos. Si bien no es lo suficientemente explícito, ya expresamos nuestro parecer al respecto.

Como corolario debemos acotar que la previsión de un principio de prueba trata de evitar que la recusación provoque una sustitución del juez competente en el proceso principal que sea innecesaria. De ahí la exigencia de requerir cierto grado de verosimilitud, apariencia o justificación de derecho que conforma la pretensión recusatoria (GALÁN GONZÁLEZ, 2005: p. 348).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

GALÁN GONZÁLES, Candela (2005): *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 315 | **Organos auxiliares**

Los auxiliares jurisdiccionales y los órganos de auxilio judicial pueden ser recusados por las causales contenidas en los artículos 305 y 307 que les sean aplicables. Asimismo, tienen el deber de abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento.

La recusación se formulará ante el juez o la sala respectiva, debiendo tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 310, en lo que fuera aplicable. Si se ampara la recusación, el auxiliar de justicia debe ser reemplazado por el que sea nombrado en la misma resolución, la que es inimpugnable.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. 54, 55, 305, 307, 310; L.O.P.J. arts. 269, 281.

Manuel Enrique Valverde Gonzales

Al igual como ocurre con el juez, también se puede cuestionar el actuar parcial de los auxiliares jurisdiccionales –llámense secretario, asistentes legales, relatores, etc.– que intervienen en el trámite del expediente, puesto que su actuar debe estar fuera de toda duda. Que si bien es cierto no deciden sobre el fondo de la materia controvertida, no resulta menos cierto que con su labor coadyuvan al juez a que este resuelva con justicia el caso puesto en sus manos, razón por la cual se espera que tanto el juez como los que integran su despacho actúen con toda imparcialidad.

En lo que concierne a los órganos de auxilio judicial, como por ejemplo los peritos, es razonable esperar que estos actúen dentro de los cánones de la ética profesional, alejados de todo favoritismo hacia una de las partes, puesto que sus dictámenes periciales van a resultar de gravitante importancia en la resolución del conflicto.

En ese sentido, lo que se busca es que el proceso se tramite dentro de los cauces de normalidad y las partes no se vean en la incertidumbre de estar dudando en la actuación de estos funcionarios judiciales o de los profesionales que van a emitir opinión sobre temas técnicos.

 BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

Artículo 316**Sanción al recusante**

Cuando un pedido de recusación se desestima, el juez puede condenar al recusante a pagar una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de la condena por las costas y costos del trámite de la recusación.

CONCORDANCIAS:

C.P.C. arts. IV, 50 inc. 5, 53 inc. 1, 109 incs. 1 y 2, 110, 112, 307, 410, 411.

Manuel Enrique Valverde Gonzales**1. INTRODUCCIÓN**

El artículo bajo comentario es sumamente escueto en cuanto concierne a la sanción a imponerse al recusante.

En primer lugar, señala que al desestimarse la recusación, el juez puede condenar al recusante al pago de una multa y, en segundo lugar, al pago de las costas y costos del trámite del incidente.

2. CRITERIOS PARA IMPONER LA MULTA

A efectos de entender el presente artículo debe considerarse si es que el sentido del mismo es porque contempla una simple responsabilidad objetiva con el objetivo de fijar la condena al pago de la multa, o es que se deben tener en cuenta otros elementos adicionales para la fijación de la multa.

De una lectura lineal del texto normativo pareciera que en todos los casos donde se desestimen las recusaciones el juez tiene que imponerle una multa al recusante fallido, la misma que puede ir entre 3 a 10 URP.

Pese a lo anotado, de una lectura más detenida se pueden extraer conclusiones distintas, sino contrarias, a lo antes anotado, puesto que el artículo comentado usa el indicativo presente de la tercera persona del verbo *poder*, el cual nos lleva al plano de la discrecionalidad del juez para decidir si impone o no una multa a la parte que no tuvo éxito en su pedido de recusación.

En primer término, para que el juez pueda imponer una multa no solo debe estar prevista la misma expresamente en la norma sino, también, debe entenderse que, de acuerdo al artículo 50, inciso 5 del CPC, es uno de los deberes del juez el sancionar al abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude.

Por su lado, el artículo 109, incisos 1 y 2 del CPC señala que son deberes de las partes, abogados y apoderados proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso, así como no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales.

La citada norma debe ser concordada con el artículo 112 del CPC, el cual considera que existe temeridad o mala fe cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad o, cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.

En caso de comportarse indebidamente las partes, sus abogados o apoderados –es decir en forma temeraria o de mala fe–, el artículo 110 del CPC prescribe que, cuando el juez advierta tal conducta, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa.

Estando a lo expuesto, la actuación temeraria o de mala fe, desde nuestro punto de vista, se encuadraría como un supuesto de actuación dolosa o fraudulenta –que sin pretender ingresar a mayores debates, consideramos que lo fraudulento siempre va a ser doloso, así bien debería usarse solo uno de los términos y no ambos a la vez como lo hace el inciso 5 del artículo 50 del CPC– pasible de sancionarse con la multa que prevé el artículo que estamos comentando ahora.

Conforme hemos señalado, consideramos que solo ante la presencia de una actuación temeraria o de mala fe (que vendría a ser una actuación dolosa a fin de cuentas) el juez de la causa podría imponer una multa a quien formuló recusación sin sustento alguno. De modo contrario, si es que la parte tuvo alguna razón o motivación –aunque sea aparente– para formular recusación y, a la postre, esta no fue amparada, no tendría por qué deducirse *a priori* que el juez, por su sola discrecionalidad, debería imponerle una multa por más mínima que sea esta.

En ese sentido, pensamos que la multa se impondrá en tanto se verifique que ha existido un comportamiento temerario de la parte recusante, en caso no se corroborase este comportamiento no daría lugar a la imposición de ninguna multa.

En consonancia con lo que estamos opinando se pronuncia el artículo 112.1 de la LEC de España, al señalar en su segundo párrafo, que cuando se declare expresamente en la resolución que desestime la recusación la existencia de mala fe del recusante, se podrá imponer una multa de 180 a 6000 euros.

Somos del parecer que la lectura adecuada del artículo materia de comentario debe hacerse en los términos propuestos para no dar pábulo a excesos en la actuación del juez, así como para controlar, también, los actos temerarios de las partes o sus abogados. Por lo tanto ese “puede” que alude el artículo, debe leerse que se hará realidad cuando ha existido un claro propósito de actuar temerariamente y de mala fe,

con el solo objeto de perturbar el normal desarrollo del proceso o evitar que la causa sea resuelta por un juez incómodo a los intereses ocultos de alguna de las partes.

3. COSTOS Y COSTAS DEL TRÁMITE

En lo que atañe al pago de los costos y costas que se hayan originado como resultas del trámite del incidente, debemos de estar a lo regulado por los artículos 410 y 411 del CPC.

Al respecto, solo nos resta mencionar que, en cuanto al pago de tasas judiciales que constituirían las costas, las resoluciones administrativas que emite cada año el CEPJ, aprobando los montos de las tasas judiciales a pagar por actos procesales, no contempla el pago por el concepto de recusación, razón por la cual no habría nada que reembolsar en ese sentido por la parte que no logró tener éxito con su recusación.

Por el contrario, como quiera que se forma un cuaderno incidental (en cuerda separada) para tramitar la petición de recusación, los gastos que se originen como consecuencia de la sustanciación del mismo, en lo que concierne al pago de honorarios de abogados entre otros conceptos que puedan darse, se tendrán que reembolsar por quien no logró que se estime su recusación.

4. ¿IMPUGNACIÓN?

Solo resta dejar sentada una pequeña duda y es la referida al extremo de la imposición de la multa, en el sentido de que como la norma nada dice al respecto, bien podría ser impugnabile en dicho extremo, quedando claro que en lo que concierne a la resolución misma de la recusación, tal decisión es inimpugnabile, no ocurriría lo mismo en lo que atañe a la imposición de la multa.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009): *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Las facultades coercitivas del juez están orientadas a que las partes conserven una conducta procesal de respeto a la actividad judicial, pero no para exigir el pago de obligaciones. Los honorarios fijados a los peritos, no es otra cosa que la contraprestación al servicio de emitir un peritaje. Ante el supuesto del no pago, importa una deuda dineraria que no puede dar lugar a una sanción (*Exp. N° 97-56804-2044-A-Lima*).

Debe imponerse el pago de una multa solidaria, si se evidencia que la conducta procesal del obligado y del letrado que la patrocina han tenido como único objetivo evitar la ejecución de la sentencia; haciendo para ello, uso abusivo de ciertos medios procesales que han dado lugar a un innecesario retardo en el pronunciamiento de la incidencia (*Exp. N° 95-7-1997-Lima*).



ÍNDICE GENERAL

Autores de este tomo	5
----------------------------	---

TÍTULO IV

OFICIOS Y EXHORTOS

Artículo 148	Oficios a otros poderes y a funcionarios públicos <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	9
Artículo 149	Trámite y certificación del oficio <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	13
Artículo 150	Oficios al exterior <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	16
Artículo 151	Exhortos <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	17
Artículo 152	Contenido del exhorto <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	21
Artículo 153	Trámite del exhorto <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	23
Artículo 154	Intervención de las partes <i>Martín Siccha Rodríguez</i>	26

TÍTULO V

NOTIFICACIONES

Artículo 155	Objeto de la notificación <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	27
Artículo 156	Notificación por nota <i>(DEROGADO)</i>	38
Artículo 157	La notificación de las resoluciones judiciales <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	39
Artículo 158	Contenido y entrega de la cédula <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	49
Artículo 159	Diligenciamiento de la cédula <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	53
Artículo 160	Entrega de la cédula al interesado <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	55
Artículo 161	Entrega de la cédula a personas distintas <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	57
Artículo 162	Notificación por comisión <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	64
Artículo 163	Notificación por telegrama o facsímil, correo electrónico u otro medio <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	68
Artículo 164	Diligenciamiento de la notificación por facsímil, correo electrónico u otro medio <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	72
Artículo 165	Notificación por edictos <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	75
Artículo 166	Notificación especial por edictos <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	81
Artículo 167	Publicación de los edictos <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	83
Artículo 168	Forma de los edictos <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	86

Artículo 169	Notificación por radiodifusión <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	88
Artículo 170	Nulidad infundada <i>Miguel Ángel Rivera Gamboa</i>	90

TÍTULO VI

NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Artículo 171	Principio de legalidad y trascendencia de la nulidad <i>Renzo Cavani</i>	93
Artículo 172	Principios de convalidación, subsanación o integración <i>Renzo Cavani</i>	107
Artículo 173	Alcances de la nulidad <i>Karla Vilela Carbajal</i>	137
Artículo 174	Interés para pedir la nulidad <i>Karla Vilela Carbajal</i>	141
Artículo 175	Inadmisibilidad o improcedencia del pedido de nulidad <i>Karla Vilela Carbajal</i>	146
Artículo 176	Oportunidad, trámite y de oficio <i>Karla Vilela Carbajal</i>	154
Artículo 177	Contenido de la resolución que declara la nulidad <i>Karla Vilela Carbajal</i>	175
Artículo 178	Nulidad de cosa juzgada fraudulenta <i>A. Flavio Saavedra Dioses</i>	178

TÍTULO VII

AUXILIO JUDICIAL

Artículo 179	Titular del auxilio <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	189
Artículo 180	Requisitos del auxilio <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	192

ÍNDICE GENERAL

Artículo 181	Procedimiento <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	195
Artículo 182	Efectos del auxilio <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	197
Artículo 183	Apoderado del auxiliado <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	200
Artículo 184	Abstención del apoderado por impedimento o recusación <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	202
Artículo 185	Facultades del apoderado <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	204
Artículo 186	Responsabilidad del apoderado <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	206
Artículo 187	Fin del auxilio durante el proceso <i>Luis Manuel Castillo Luna</i>	209

TÍTULO VIII

MEDIOS PROBATORIOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 188	Finalidad de los medios probatorios <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	211
Artículo 189	Oportunidad <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	216
Artículo 190	Pertinencia e improcedencia <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	224
Artículo 191	Legalidad <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	236
Artículo 192	Medios probatorios típicos <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	241
Artículo 193	Medios probatorios atípicos <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	250

Artículo 194	Pruebas de oficio <i>Rolando Martel Chang</i>	253
Artículo 195	Intérprete <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	266
Artículo 196	Carga de la prueba <i>Raffo Velásquez Meléndez</i>	268
Artículo 197	Valoración de la prueba <i>César Higa Silva</i>	281
Artículo 198	Eficacia de la prueba en otro proceso <i>Luciano López Flores</i>	291
Artículo 199	Ineficacia de la prueba <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	297
Artículo 200	Improbanza de la pretensión <i>Reynaldo Mario Tantaleán Odar</i>	314
Artículo 201	Defecto de forma <i>Luciano López Flores</i>	331

CAPÍTULO II

AUDIENCIA DE PRUEBAS

Artículo 202	Dirección <i>Sara Taipe Chávez</i>	335
Artículo 203	Citación y concurrencia personal de los convocados <i>Sara Taipe Chávez</i>	340
Artículo 204	El acta de la audiencia <i>Sara Taipe Chávez</i>	344
Artículo 205	Actuación fuera del local del juzgado <i>Sara Taipe Chávez</i>	347
Artículo 206	Unidad de la audiencia <i>Sara Taipe Chávez</i>	349
Artículo 207	Incapacidad circunstancial <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	352
Artículo 208	Actuación de las pruebas <i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	356

ÍNDICE GENERAL

Artículo 209	Confrontación	
	<i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	365
Artículo 210	Intervención de los abogados	
	<i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	369
Artículo 211	Conclusión de la audiencia	
	<i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	373
Artículo 212	Alegatos	
	<i>Alexander Rioja Bermúdez</i>	375

CAPÍTULO III

DECLARACIÓN DE PARTE

Artículo 213	Admisibilidad	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	378
Artículo 214	Contenido	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	385
Artículo 215	Divisibilidad	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	389
Artículo 216	Irrevocabilidad	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	393
Artículo 217	Forma del interrogatorio	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	397
Artículo 218	Forma y contenido de las respuestas	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	401
Artículo 219	Declaración fuera del lugar del proceso	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	405
Artículo 220	Exención de respuestas	
	<i>Karina Díaz Mori</i>	409
Artículo 221	Declaración asimilada	
	<i>Ary H. Terrones Meléndez</i>	412

CAPÍTULO IV
DECLARACIÓN DE TESTIGOS

Artículo 222	Aptitud	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	415
Artículo 223	Requisitos	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	418
Artículo 224	Actuación	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	421
Artículo 225	Límites de la declaración testimonial	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	427
Artículo 226	Número de testigos	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	428
Artículo 227	Repreguntas y contrapreguntas	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	430
Artículo 228	Improcedencia de las preguntas	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	434
Artículo 229	Prohibiciones	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	436
Artículo 230	Aplicación supletoria	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	439
Artículo 231	Gastos	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	441
Artículo 232	Efectos de la incomparecencia	
	<i>Marianella Ledesma Narváez</i>	443

CAPÍTULO V
DOCUMENTOS

Artículo 233	Documento	
	<i>América Copa Silva</i>	446
Artículo 234	Clases de documentos	
	<i>América Copa Silva</i>	451

ÍNDICE GENERAL

Artículo 235	Documento público <i>América Copa Silva</i>	454
Artículo 236	Documento privado <i>América Copa Silva</i>	457
Artículo 237	Documento y acto <i>América Copa Silva</i>	460
Artículo 238	Principio de prueba escrita <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	463
Artículo 239	Informes <i>Helder Luján Segura</i>	466
Artículo 240	Expedientes <i>Helder Luján Segura</i>	476
Artículo 241	Documentos en otro idioma <i>Helder Luján Segura</i>	486
Artículo 242	Ineficacia por falsedad de documento <i>Helder Luján Segura</i>	492
Artículo 243	Ineficacia por nulidad de documento <i>Helder Luján Segura</i>	497
Artículo 244	Falsedad o inexistencia de la matriz <i>Helder Luján Segura</i>	501
Artículo 245	Fecha cierta <i>Helder Luján Segura</i>	505
Artículo 246	Reconocimiento <i>David Ibarra Delgado</i>	510
Artículo 247	Desconocimiento de documento <i>David Ibarra Delgado</i>	513
Artículo 248	Firma a ruego y reconocimiento <i>David Ibarra Delgado</i>	515
Artículo 249	Forma del reconocimiento <i>David Ibarra Delgado</i>	517
Artículo 250	Reconocimiento por representantes <i>David Ibarra Delgado</i>	520

Artículo 251	Reconocimiento de impresos <i>David Ibarra Delgado</i>	523
Artículo 252	Reconocimiento de documentos no escritos <i>David Ibarra Delgado</i>	525
Artículo 253	Muerte del otorgante o autor <i>David Ibarra Delgado</i>	527
Artículo 254	Falta de reconocimiento por terceros <i>David Ibarra Delgado</i>	529
Artículo 255	Cotejo de documento público <i>Juan Jesús Wong Abad</i>	532
Artículo 256	Cotejo de copias y documento privado <i>Juan Jesús Wong Abad</i>	538
Artículo 257	Cotejo de documentos escritos <i>Juan Jesús Wong Abad</i>	540
Artículo 258	Normas adicionales al cotejo <i>Juan Jesús Wong Abad</i>	542
Artículo 259	Exhibición por terceros <i>Fabrizio Castellano Brunello</i>	544
Artículo 260	Exhibición de documentos de personas jurídicas y comerciantes <i>Fabrizio Castellano Brunello</i>	549
Artículo 261	Incumplimiento de exhibición <i>Fabrizio Castellano Brunello</i>	556

CAPÍTULO VI

PERICIA

Artículo 262	Procedencia <i>César Higa Silva</i>	559
Artículo 263	Requisitos <i>César Higa Silva</i>	562
Artículo 264	Perito de parte <i>Edward Dyer Cruzado</i> <i>Luciano López Flores</i>	565

ÍNDICE GENERAL

Artículo 265	Dictamen pericial <i>César Higa Silva</i>	570
Artículo 266	Dictámenes observados <i>César Higa Silva</i>	572
Artículo 267	Concurrencia <i>César Higa Silva</i>	574
Artículo 268	Nombramiento de peritos <i>Luis Octavio Ganoza Álvarez</i>	575
Artículo 269	Aceptación del cargo <i>César Higa Silva</i>	581
Artículo 270	Daños y perjuicios <i>César Higa Silva</i>	582
Artículo 271	Honorario <i>César Higa Silva</i>	583

CAPÍTULO VII

INSPECCIÓN JUDICIAL

Artículo 272	Procedencia <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i>	584
Artículo 273	Asistencia de peritos y testigos <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i>	587
Artículo 274	Contenido del acta <i>Sergio Natalino Casassa Casanova</i>	589

CAPÍTULO VIII

SUCEDÁNEOS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

Artículo 275	Finalidad de los sucedáneos <i>Roger Zavaleta Rodríguez</i>	591
Artículo 276	Indicio <i>Roger Zavaleta Rodríguez</i>	595

Artículo 277	Presunción <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	609
Artículo 278	Presunción legal absoluta <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	612
Artículo 279	Presunción legal relativa <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	615
Artículo 280	Duda sobre el carácter de una presunción legal <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	617
Artículo 281	Presunción judicial <i>Roger Zavaleta Rodríguez</i>	619
Artículo 282	Presunción y conducta procesal de las partes <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	638
Artículo 283	Ficción legal <i>Marianella Ledesma Narváez</i>	640

CAPÍTULO IX

PRUEBA ANTICIPADA

Artículo 284	Disposición general <i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	641
Artículo 285	Admisibilidad y procedencia <i>Helder Luján Segura</i>	657
Artículo 286	Procedimiento <i>Helder Luján Segura</i>	663
Artículo 287	Emplazamiento y actuación sin citación <i>Helder Luján Segura</i>	667
Artículo 288	Habilitación de día y hora <i>Helder Luján Segura</i>	670
Artículo 289	Irrecusabilidad <i>Helder Luján Segura</i>	673
Artículo 290	Pericia <i>Helder Luján Segura</i>	677
Artículo 291	Testigos <i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	682

ÍNDICE GENERAL

Artículo 292	Reconocimiento de documentos privados <i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	695
Artículo 293	Exhibición <i>Helder Luján Segura</i>	705
Artículo 294	Absolución de posiciones <i>Helder Luján Segura</i>	711
Artículo 295	Inspección judicial <i>Helder Luján Segura</i>	717
Artículo 296	Apercibimientos <i>Helder Luján Segura</i>	722
Artículo 297	Competencia y trámite <i>Helder Luján Segura</i>	727
Artículo 298	Oposición <i>Helder Luján Segura</i>	732
Artículo 299	Entrega del expediente <i>Helder Luján Segura</i>	737

CAPÍTULO X

CUESTIONES PROBATORIAS

Artículo 300	Admisibilidad de la tacha y de la oposición <i>Begonia Velásquez Cuentas</i>	741
Artículo 301	Tramitación <i>Begonia Velásquez Cuentas</i>	752
Artículo 302	Conocimiento sobreviniente <i>Begonia Velásquez Cuentas</i>	758
Artículo 303	Tacha de testigos <i>Begonia Velásquez Cuentas</i>	759
Artículo 304	Multa <i>Begonia Velásquez Cuentas</i>	761

TÍTULO IX

IMPEDIMENTO, RECUSACIÓN, EXCUSACIÓN Y ABSTENCIÓN

Artículo 305	Causales de impedimento <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	763
Artículo 306	Trámite del impedimento <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	776
Artículo 307	Causales de recusación <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	778
Artículo 308	Oportunidad de la recusación <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	786
Artículo 309	Improcedencia de la recusación <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	788
Artículo 310	Formulación y trámite de la recusación <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	792
Artículo 311	Ámbito de aplicación: impedimento, recusación y absten- ción <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	797
Artículo 312	Recusación por no cumplir con deber de abstención <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	798
Artículo 313	Abstención por decoro <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	799
Artículo 314	Rechazo liminar de la recusación <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	802
Artículo 315	Órganos auxiliares <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	804
Artículo 316	Sanción al recusante <i>Manuel Enrique Valverde Gonzales</i>	805
Índice general.....		809

