

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

La regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes

Línea de Investigación:

Derecho Procesal

Autora:

Rufino Palacios, Marilian Sarahí

Jurado Evaluador:

Presidente: Salaverry Armas, Ana María

Secretario: Purizaca Sandoval, Shirley Alicia

Vocal: Andrade García, Paola

Asesor:

Hurtado Ponce León, Hugo Alberto

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2034-1385>

PIURA – PERÚ

2024

Fecha de sustentación: 2024/10/18

La regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el código de los niños y adolescentes

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

14%

FUENTES DE INTERNET

2%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

www.pj.gob.pe

Fuente de Internet

4%

2

repositorio.upao.edu.pe

Fuente de Internet

3%

3

www.scribd.com

Fuente de Internet

2%

4

qdoc.tips

Fuente de Internet

2%

5

idoc.pub

Fuente de Internet

1%

6

Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga

Trabajo del estudiante

1%

7

Submitted to Universidad Católica Los Angeles de Chimbote

Trabajo del estudiante

1%

8

vsip.info

Fuente de Internet

1%

9

repositorio.ucp.edu.pe

Fuente de Internet

1%

10

Submitted to Universidad Alas Peruanas

Trabajo del estudiante

1%

11

qdoc.tips

Fuente de Internet

1%

Excluir citas Activo

Excluir bibliografía Activo

Excluir coincidencias < 1%

Declaración de Originalidad

Yo, **Hugo Alberto Hurtado Ponce León**, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada **“La regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes”**, autora **Marilian Sarahí Rufino Palacios**, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 14%.
Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07 de noviembre del 2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Piura, 07 de noviembre de 2024

Hurtado Ponce León, Hugo Alberto
DNI: 40674077
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2034-1385>
ID: 000002882
FIRMA:



Rufino Palacios, Marilian Sarahí
DNI: 71376637
FIRMA:



DEDICATORIA

*A Dios, por ser la luz
que ilumina mi camino.*

*A mi madre Asteria por
sacrificar sus días y
ayudarme a creer en mí
misma, a mi padre León
por motivarme e
impulsar mis estudios.*

*A mi hermana Solanch,
por su apoyo
incondicional y por
alegrar mis días.*

*Y, finalmente, a todos
los que creyeron en mí.*

AGRADECIMIENTO

A Dios, sin él, nada sería posible.

A mi familia, su amor incondicional me permite crecer personal y profesionalmente, les estaré eternamente agradecida.

A todos los docentes que han sido parte de mi camino universitario, agradecerles por prepararnos para ser grandes profesionales formados en conocimientos y valores de una carrera al servicio de la sociedad.

RESUMEN

La presente tesis ha sido titulada La regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes, debido a que el problema de investigación nace a partir del artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes, el mismo que regula taxativamente la posibilidad que el juzgador pueda admitir, actuar y valorar medios de prueba de oficio; sin embargo, si entendemos a esta potestad como una manifestación del gran poder que el ordenamiento legal le otorga al juzgador, resulta lógico que, bajo la óptica de un proceso constitucionalizado este debe tener límites taxativos que le permitan una adecuada aplicación del mismo; pues ello permitirá un cuidado no solo de valores que inspiran la naturaleza misma del proceso, sino además de la dignidad humana en su esencia.

Por ello es que a partir de la doctrina nacional y comparada que se ha tenido a la vista; y, la revisión de algunos casos en los que se ha hecho uso de tal potestad jurisdiccional se ha podido concluir que es importante regular límites legislativos a la prueba de oficio consagrada en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes peruano; pues de esta manera se tendrá una regulación más coherente con un derecho constitucionalizado acorde con la dignidad de la persona humana; además porque de esta manera se podrá asegurar una aplicación adecuada de dicha potestad judicial; pues de los casos que se han tenido a la vista vemos que la aplicación de tal herramienta es defectuosa y deficiente.

Palabras claves: Código de los Niños y Adolescentes, prueba de oficio, potestad judicial, garantías procesales.

ABSTRACT

This thesis has been titled The regulation of legislative limits to ex officio evidence in the Code of Children and Adolescents, because the research problem arises from article 174 of the Code of Children and Adolescents, the same one that regulates specifically, the possibility that the judge can admit, act on and evaluate means of evidence ex officio; however, if we understand this power as a manifestation of the great power that the legal system grants to the judge, it is logical that, from the perspective of a constitutionalized process, this must have exhaustive limits that allow for its adequate application; since this will allow for care not only of values that inspire the very nature of the process, but also of human dignity in its essence.

That is why, based on the national and comparative doctrine that has been in view; and, the review of some cases in which such jurisdictional power has been used, it has been possible to conclude that it is important to regulate legislative limits to the ex officio evidence enshrined in article 174 of the Peruvian Code of Children and Adolescents; because in this way there will be a more coherent regulation with a constitutionalized right in accordance with the dignity of the human person; also because in this way an adequate application of said judicial power can be ensured; because from the cases that have been seen we see that the application of such a tool is defective and deficient.

Keywords: Code of Children and Adolescents, ex officio evidence, judicial power, procedural guarantees.

PRESENTACIÓN

Señores miembros de mi jurado evaluador, acorde con el reglamento de grados y títulos de la universidad, cumplo con poner frente a ustedes la investigación titulada:

“La regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes”.

La cual estará sometida a la evaluación por parte de ustedes y que seguramente se nutrirá con sus adecuadas y pertinentes observaciones.

Atte.

Rufino Palacios, Marilian Sarahí.

Contenido

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
PRESENTACIÓN.....	vi
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.2. OBJETIVOS.....	3
1.2.1. Objetivo General:	3
1.2.2. Objetivo Específicos:	3
II. MARCO DE REFERENCIA.....	5
2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	5
2.1.1. Antecedentes a nivel internacional	5
2.1.2. Antecedentes a nivel nacional.....	6
2.1.3. Antecedentes a nivel local.....	8
2.2. MARCO TEÓRICO	9
CAPÍTULO I.....	9
LA PRUEBA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. UNA VISIÓN DESDE EL PROCESO CIVIL.....	9
1. Objeto de la prueba	9
2. Finalidad	10
3. Derecho a probar: etapas.....	11
3.1. Postulación de la prueba.....	12
4. Fuente y medio de prueba	15
5. Principios procesales en la actividad probatoria.....	16
5.1. El principio de contradicción	16
5.2. El principio de concentración	17
5.3. El principio de intermediación	18
5.4. El principio de publicidad	19
5.5. El principio de pertenencia.....	19
6. Oportunidad de la prueba	20
7. Pertinencia de la prueba y su improcedencia	22
CAPÍTULO II.....	27
LA CONSTITUCIÓN Y SU PROTECCIÓN AL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERÚ	27

CAPÍTULO III	30
LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. ¿UN MODELO A SEGUIR POR EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES?	30
1. La situación problemática de las pruebas de oficio antes de la Ley N° 30293	32
a) Pruebas de oficio: ¿Facultad o deber?.....	32
b) Inimpugnabilidad de la resolución que ordena prueba de oficio.....	33
c) A qué juez le corresponde la orden de actuar pruebas de oficio.....	33
d) Pruebas de oficio y doble instancia	33
e) Límites a la actuación de pruebas de oficio.....	34
2. El nuevo escenario de las pruebas de oficio después de la Ley N.º 30293	34
a) Precisa el carácter excepcional de las pruebas de oficio	35
b) Dispone que las pruebas de oficio las ordena el juez de primera instancia y el de segunda instancia	35
c) Establece que la prueba de oficio constituye una facultad	36
d) Preceptúa que la prueba de oficio debe respetar el principio de pertinencia de los medios de prueba.....	37
e) Determina que, para ordenar pruebas de oficio, las partes debieron haber citado en la fuente de prueba.....	38
f) Prohíbe que con las pruebas de oficio el juez reemplace las partes en su carga de probar	38
g) Establece que la actuación de las pruebas debe asegurar a las partes el derecho de contradicción de la prueba	39
h) Precisa que la resolución que ordena prueba de oficio debe estar motivada, bajo sanción de nulidad.....	39
i) Establece que la resolución que ordena pruebas de oficio es inimpugnable, siempre que respeto los límites fijados en la norma	40
j) Prohíbe anular sentencias por no haber actuado pruebas de oficio en primera instancia	40
3. Opiniones doctrinarias sobre la reforma legal del artículo 194	41
4. La prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes ...	44
CAPÍTULO IV	46
PODER, FACULTAD DEL JUEZ EN LOS PROCESOS RELACIONADOS A NIÑOS Y ADOLESCENTES	46
1. Poderes del juez	46

a)	El poder de decisión	46
b)	El poder de coerción.....	46
c)	El poder de documentación.....	47
d)	El poder de ejecución.....	47
e)	Poder de dirección	47
f)	Poderes de investigación	47
g)	Poderes de impulso	47
h)	Poderes disciplinarios.....	48
2.	Facultades del juez.....	48
a)	Disciplinarias	48
b)	Ordenatorias	48
c)	Instructorias	49
d)	Conminatorias	49
2.1.	Facultades genéricas	51
2.2.	Facultades disciplinarias	52
2.3.	Facultades coercitivas	53
CAPÍTULO V		55
DEBIDO PROCESO. UNA GARANTÍA DENTRO DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES		55
2.3.	MARCO CONCEPTUAL.....	57
2.4.	SISTEMA DE HIPOTESIS.....	57
III.	METODOLOGÍA EMPLEADA	58
3.1.	TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	58
3.1.1.	Por su finalidad.....	58
3.1.2.	Por su alcance.....	58
3.2.	POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO.....	58
3.2.1.	Población.....	58
3.2.2.	Muestra	58
3.3.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	58
3.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	59
3.4.1.	Técnicas.....	59
3.4.1.1.	Fichaje	59
3.4.1.2.	Análisis de documentos	59
3.4.2.	Instrumentos	59
3.4.2.1.	Fichas bibliográficas	59

3.4.2.2. Guía de análisis de documentos	59
3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	59
IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	61
4.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS	61
CONCLUSIONES	70
RECOMENDACIÓN	71
Referencias.....	72

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Basados en la concepción alemana de qué es el proceso civil, esto es, en una relación jurídica; es el juez el sujeto procesal que se coloca en el vértice superior de la representación gráfica de aquella relación antes mencionada.

En ese sentido, partiendo de la concepción originada por aquella representación gráfica, los diferentes ordenamientos procesales en el mundo han entendido que es el Juez el sujeto con mayor preponderancia en el proceso judicial; y, es por ello que a este sujeto procesal cada vez se le ha ido dotando de mayores y más grandes potestades.

La situación descrita en el párrafo anterior, sin embargo, se condice con una filosofía jurídica denominada Publicismo, la cual concibe al Juez como el sujeto estelar o principal en el proceso judicial; no obstante, todo esto ha sido complementado con el concepto de garantía procesal, la misma que viene a significar una herramienta eficaz para encausar ese gran poder judicial; de ahí que sea importante entender que cada vez que al juez se le dote de mayores poderes, resulta imprescindible contar con una serie de garantías procesales que aseguren a los justiciables que el juez ejercerá dichos poderes con mesura y sin abusar de ellos. Ariano (2016).

Ahora, uno de esos grandes poderes que siempre ha atraído la atención de diferentes estudios en el proceso judicial sea este penal o civil, ha sido la prueba de oficio, la misma que es entendida como aquel poder que le permite al juzgador incorporar, actuar y valorar medios de prueba al proceso que viene conociendo sin necesidad de que las partes en conflicto las hayan ofrecido.

Esta prueba de oficio, en el proceso civil se encuentra regulada en el artículo 194 del Código Procesal Civil, empero la regulación legislativa de esta figura no siempre fue la misma; pues, el texto original de este artículo prescribía de la siguiente manera:

“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. (...)”

Como se puede observar aquella fórmula legal era bastante escueta y ofrecía una gran potestad judicial sin ningún tipo de límite o control para que la misma sea ejercida, por ello es que, en el año 2014, mediante la Ley 30293, el legislador entendió que dicha potestad debería estar limitada, por tal razón es que el artículo 194, fue reformado y pasó a tener una nueva fórmula:

“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 (...)”

Así pues, como se puede observar, el legislador reformante incluyó una serie de límites y garantías que procuraban una mejor aplicación de dicha institución, tales como la motivación, la impugnabilidad, el contradictorio y la imparcialidad.

En este contexto, resulta pertinente hacer mención acerca de la prueba de oficio, pero esta vez la que se encuentra regulada en

el Código de los Niños y Adolescentes, potestad que está prescrita en el artículo 174. El que a la letra señala:

“El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada”.

Así las cosas, resulta sencillo percatarse que este artículo contiene una gran potestad que se le está brindando al juzgador; sin embargo, la misma no contempla ningún tipo de garantías ni forma de control para su aplicación, lo cual resulta peligroso e incluso atentatorio con el debido proceso.

Esta situación se agrava aún más, cuando el Primer precedente vinculante del X Pleno Casatorio literalmente señala que “El artículo 194 del Código Procesal Civil contiene un enunciado legal que confiere al juez un poder probatorio con carácter de facultad excepcional y no una obligación; esta disposición legal habilita al juez a realizar prueba de oficio, cuando el caso así lo amerite, respetando los límites impuestos por el legislador”. Empero, tratándose del artículo 174, ¿cuáles serían esos límites?, pues como ya se mencionó, estos no han sido en lo absoluto regulados.

Lo que conlleva a la siguiente pregunta: ¿Por qué es importante regular límites legislativos a la prueba de oficio regulada en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes peruano?

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. Objetivo General:

Establecer porque es importante regular límites legislativos a la prueba de oficio regulada en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes peruano.

1.2.2. Objetivo Específicos:

1. Estudiar los fundamentos jurídicos de la potestad probatoria de oficio en el ordenamiento jurídico peruano.
2. Determinar la importancia de las garantías procesales como límites a las potestades de oficio, dentro de un proceso judicial constitucionalizado.
3. Proponer límites a la potestad probatoria de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

2.1.1. Antecedentes a nivel internacional

- Betancourt & Palomino (2023), investigaron “La prueba de oficio y su alcance en los procesos de niñez y adolescencia”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogados, por la Universidad de Guayaquil - Ecuador, en la que concluyen: “la prueba de oficio en materia de niñez y adolescencia en el COGEP se puede apreciar un vacío legal que se caracteriza por no disponer normas específicas sobre la aplicación de la prueba de oficio en dicha materia, lo que ocasiona que el juzgador cuando conoce casos relacionados con los derechos de las niñas, niños y adolescentes donde puedan verse afectados, no siempre pueda recurrir a la prueba para mejor resolver en virtud de las limitaciones que contiene el artículo 169 de dicho cuerpo legal, que prevé esa figura como una facultad excepcional que debe ser motivada cuando el juzgador decida decretarla para un mejor esclarecimiento de los hechos. Ese vacío podría ser llenado con una reforma del artículo 168 del COGEP que permita al juzgador una mayor libertad en materia de niñez y adolescencia cuando considere que para proteger sus derechos o hacer efectivo el principio de interés superior deba decretar prueba de oficio”.

De la investigación puede apreciarse que en el país vecino de Ecuador, existe un vacío legal con relación a la prueba de oficio en los procesos de materia niñez y adolescencia, dado que no existe normas específicas para la aplicación de la prueba de oficio, por lo que dicha causa afectaría a los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en la misma línea, busco en la presente investigación determinar la importancia de las garantías procesales como límites a las potestades de oficio, dentro de un proceso judicial.

2.1.2. Antecedentes a nivel nacional

- Chávez & Chevarría (2018), investigaron “El interés superior del niño, niña y adolescente: un estudio sobre su regulación en la legislación peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia”, Tesis para el Título Profesional de Abogadas, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que concluyen: “Desde la Doctrina de la Protección Integral debe enfocarse al interés superior del niño, niña y adolescente como un principio, un derecho y una norma de procedimiento que busca lograr su bienestar. Para tal efecto, es imprescindible impulsar su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus derechos y el otorgamiento de un nivel de vida adecuado”.

Tal como sostiene la investigación de Chávez y Chevarría, la protección a los niños, niñas y adolescentes es un principio, un derecho y una norma de procedimiento que busca el bienestar, en el mismo sentido la presente investigación busca tutelar ello, el bienestar de la niñez y adolescencia a través de mecanismos regulados en nuestro ordenamiento jurídico, siendo que ante la falta de ello, nos encontraríamos ante la vulneración de los derechos del niño, niña y adolescente, sin embargo esta investigación nos refleja que en nuestra capital, también se ve reflejado la falta de regulación de los límites a la prueba de oficio en los procesos en los cuales son los niños, niñas y adolescente los principales beneficiarios o perjudicados de la toma de decisión que realice el magistrado en el proceso que se discuta la litis.

- Correa (2019), su investigación denominada “Prueba de oficio y proceso: Una mirada desde el Estado Constitucional”, Tesis para obtener el Grado de Maestro en Derecho Procesal, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que concluye que: “En los Estados modernos, la Constitución Política está llamada a defender los derechos fundamentales; otorgando las herramientas (parámetros) para que tanto el proceso, como el

accionar de los operadores de justicia, se manifieste en el respeto cabal del conjunto derechos y/o garantías que conlleven a catalogarlo como un modelo de justicia que apunte a la búsqueda de la verdad (procesal objetiva) como a la paz social con justicia (al interés público en general)”.

De la investigación se desprende que su aporte fundamental, es que la Constitución Política de nuestro país, debe defender los derechos fundamentales, pero a su vez debe otorgar herramientas para la operalización correcta de la justicia. Lo que la presente investigación busca, la regulación de límites respecto a la prueba de oficio a la que hace mención el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes.

- Torres (2019), realiza su investigación denominada “Los Derechos del Niños, y Adolescente en el presente siglo XXI, problemática socio-político y jurídico como consecuencia de su violación”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, en la que arriba a la siguiente conclusión: “Los derechos de los niños y de los adolescentes deben ser considerados como derecho de ejecución inmediata en razón de que su tutela y preservación deben ser cumplidos de manera inmediata e imperativa”.

La investigación de Torres, señala que los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben ser de ejecución inmediata, no obstante considero que estas deben ser debidamente regulados y determinados, no dejando vacíos legales en los cuales estas puedan afectar a la niñez peruana, en las desiciones que pueda tomar el magistrado respecto a la litis que los involucra, por lo cual esta investigación busca la regulación de límites con respecto a la prueba de oficio que realiza el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes.

2.1.3. Antecedentes a nivel local

- Alvarado (2020), investigó “Prevalencia del interés superior del niño y el regimen de visitas según el código del niño y adolescente”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, por la Universidad César Vallejo – Filial Trujillo, en la que concluye: “Se ha determinado que los criterios usados por los jueces afectan en algunos casos a los menores por no respetarse la prevalencia del interés superior del niño. Ocasionando que haya variaciones o llegar hasta la última instancia, afectando al menor en su desarrollo, por encontrarse dentro de un litigio, en donde las partes son sus padres, los que deberían solamente brindarle amor y protección”.

De la investigación de Torres, considero que es de aporte para la investigación dado que los criterios que han optado los magistrados afectan los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes vulnerando el interés superior del niño, que es lo que realmente se busca tutelar sin afectar. Mi investigación busca que estos vacíos legales o normas con falta de límites no afecte el interés superior del niño y adolescente.

2.2. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

LA PRUEBA EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. UNA VISIÓN DESDE EL PROCESO CIVIL

1. Objeto de la prueba

Tal como he titulado el presente capítulo, lo que se ha pretendido aquí es realizar un análisis del derecho probatorio específicamente en el Código de los Niños y Adolescentes; sin embargo, debido a la natural similitud de los procesos judiciales que involucren intereses de menores con el proceso civil, resulta imprescindible abordar este punto desde lo que el Código Procesal Civil entiende y desarrolla como tal; por ello es que citando a la profesora Ledesma (2017), ella manifiesta que no hay una postura clara relacionada a la prueba, sin embargo, hay algunos doctrinarios que manifiestan que son hechos, otros autores sostienen que las cosas, hechos y seres. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico define, que: “los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión”, pero en el artículo 188, considera que son “(...) los hechos expuestos por las partes”. En la misma línea el artículo 190 del Código Procesal Civil, argumenta que: “Los medios probatorios deben referirse a los hechos (...)”

Ahora, refiriéndonos específicamente al Código de los Niños y Adolescentes, resulta imprescindible citar, en primer lugar, a su artículo X del Título Preliminar, el mismo que literalmente señala que “El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y los adolescentes”. Y, ello porque al ser el tema de la presente investigación uno que involucra derechos

de niños y adolescentes, resulta necesario enfatizar que existe un cuerpo legal especial que aborda los problemas relacionados especialmente con estos sujetos de derecho; sin embargo, no hay que olvidar también, que tal y como lo menciona el antes citado Título Preliminar del mismo Código de los Niños y Adolescentes, esta vez en su artículo VII; se aplica, de manera supletoria a este tipo de conflictos las normas del Código Procesal Penal, Código Civil y Código Procesal Civil.

2. Finalidad

La finalidad de la prueba es la verdad jurídica que será la certeza a la que llega el juez respecto a la prueba, al sopesar los distintos elementos y darles mayor valor a unos que a otros, y siempre observando las reglas y principios procesales para llegar a esas conclusiones, sin abandonar las reglas científicas que son la base y el apoyo general de la prueba, en palabras de Ledesma (2017)

Falcón (2003), considera que a la certeza se llega por evidencia, por persuasión, o por alta probabilidad. Entonces la certeza fija los hechos en la decisión y se transforma en una verdad jurídica amparada por la cosa juzgada.

Por lo que Ledesma (2017), infiere que la finalidad de la prueba es "(...) producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos (...)".

En el mismo sentido en la (Casación N° 309-2013, Cusco), se señala que el derecho a la prueba es aquel que posee el litigante y que consiste en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de los discutido en el proceso; como 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 consignas invariables: libertad de la prueba, control de las partes, producción específica y apreciación. Entonces Ledesma (2017), afirma que la prueba versa sobre el elemento fáctico que hay en el proceso, sobre los datos que están aportados al proceso, recogidos en medios de prueba de permitir sostener las afirmaciones de las partes.

Respecto al Código de los Niños y Adolescentes, cabe precisar que no existe artículo en particular precise cuál o cuáles son las finalidades de los medios de prueba; de ahí que se deduzca que para conocer tal efecto habría que remitirnos al Código Procesal Civil, en su artículo 188, el cual refiere que la finalidad de la prueba es acreditar los hechos alegados por las partes, producir certeza en el juez y fundar lo que él decida. En tal sentido, bien podría afirmarse que estas son también las finalidades de los medios probatorios en los procesos judiciales que involucren asuntos de menores.

3. Derecho a probar: etapas

Para Ledesma (2017), el derecho a probar como garantía de un debido proceso este compuesto de diversas etapas.

La postulación o el ofrecimiento probatorio, el saneamiento probatorio, la actuación probatoria, la conservación y valoración de la prueba.

Ahora, si bien el Código Procesal Civil, así como el Código de los Niños y Adolescentes no contienen normas específicas que de forma expresa contemplen este derecho, ello no es óbice para apoyarse en la doctrina y desarrollar al menos la primera etapa de todo este

procedimiento. La postulación u ofrecimiento de medios de prueba.

3.1. Postulación de la prueba

Está vinculada con la oportunidad en la que se incorpora la prueba al proceso, para luego asumir que no toda la prueba que se ofrece al proceso puede ser admitida. Por lo que surge una especie de depuración probatoria, para expulsar pruebas impertinentes inconducentes, ilícitas e inútiles. La prueba seleccionada para su admisibilidad ingresa a la fase siguiente vinculada con su actuación probatoria, dejando en claro, que hay medios prueba que ya no requieren esta etapa (actuación probatoria) por haber operado ya la actuación de manera inmediata con su postulación al proceso; luego de la actuación, es vital conservar los hechos que ya se incorporan con la prueba para proceder a la fase final y tal vez la más importante, como es la valoración probatoria.

Para ello, la maestra Ledesma, postula un ejemplo, a modo de grafica de la secuencia de la etapa de la prueba, entonces: una parte busca incorporar un hecho a través de una declaración de tercero (testimonial), para lo cual, la parte ofrece o postula como medio de prueba la declaración testimonial del tercero; el juez aprecia esa postulación y determina si el medio de prueba debe ser admitido tiene que ser filtrado en el proceso para verificar si es pertinente, útil, conducente y válida para ser incorporada como prueba. Luego de ello, en caso haya pasado el filtro de la admisibilidad, se procederá a la actuación de la prueba, que, en el caso concreto, consistirá en la declaración que

haga el testigo frente al juez en una audiencia pública. Recién en esas circunstancias se podría asumir que el hecho ha ingresado al proceso.

En definitiva, no podría seguir la secuencia del derecho a probar si desaparecen los hechos expuestos en la declaración de terceros.

La última fase es la valoración o compulsión de los medios probatorios. En esta fase el juez tiene que exponer una respuesta razonada en atención a los hechos y medios de prueba analizados, de tal manera que con esos referentes pueda construir una adecuada motivación de su decisión.

Como se ve la actividad probatoria tiene diversas etapas o secuencias, debería estar presente el control de la actividad probatoria por los sujetos del proceso; esto significa, que puedo cuestionar o impugnar el mandato judicial que ordena rechazar un medio de prueba; puedo oponerme a la actuación probatoria que generen o provoquen vicios o irregularidades y permanencia del hecho recaudado y sobre el cual operará la valoración probatoria de manera conjunta.

Por lo que, el Tribunal Constitucional mediante sentencia del Exp.01557-2012-PHC/TC, ha delimitado el contenido del derecho a la prueba: "(...) 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 tengan 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.

Asimismo, este tribunal ha considerado que se vulnera el derecho a probar cuando habiéndose dispuesto en el propio proceso la actuación o incorporación de determinado medio probatorio, ello no es llevado a cabo. No obstante, el criterio referido, este colegiado advierte que, si bien dicha omisión resulta prima facie atentatoria del debido proceso, puede darse el caso de que el medio probatorio no tenga una relevancia tal que amerite la anulación de lo actuado, en atención, por ejemplo, a la valoración de otros medios de prueba, lo que no es más que una manifestación del principio de trascendencia que informa la nulidad procesal, naturalmente, es la justicia ordinaria la que en primer lugar evalúa la trascendencia del medio probatorio, a fin de determinar si procede o no a la anulación de lo actuado”.

En el Exp. 010-2002-AI/TC., “se ha establecido que el derecho probatorio este 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 tengo en la sentencia”.

“El valor 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”. Exp. 6712-2005-PHC/TC.

Ahora refiriéndonos de manera específica a lo señalado por nuestro Código de los Niños y Adolescentes, resulta indispensable citar el artículo 167, el mismo que, en concordancia con el artículo 189 del Código Procesal Civil, nos trae un sistema probatorio preclusivo; pues el mencionado artículo 167 nos enseña que la etapa para ofrecer medios de prueba es en la demanda y en la contestación de la demanda y no otro momento.

4. Fuente y medio de prueba

Las fuentes de prueba que a su vez son medios de prueba, como los documentos públicos o privadas reconocidos, por lo que no requieren otro elemento complementario para su corroboración, pues ese registro puede advertirse de modo inmediato por los conocimientos que se tienen regularmente. Otras fuentes, cuando no se manifiestan por sí mismas, requieren ser auxiliadas por vías particulares llamadas “medios”, es decir, mecanismo que es preciso indicar y realizar y que se van a usar para traer el conocimiento de la fuente de pruebas, que están en el proceso, pero requieren ser expresadas o transportadas, a través de medios de prueba idóneos que la recojan y trasladen en mejor forma al proceso.

El Tribunal Constitucional, ha advertido que “es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son las fuentes de pruebas y los medios de prueba”.

Por ello, tal cual señala la profesora Ledesma (2017), San Martín, considera que los efectos procesales del Exp. 1011-2022-HC/TC, explican una distinción entre fuente y medio de prueba; en tal sentido, mientras que las primeras son realidades extraprocesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.

5. Principios procesales en la actividad probatoria

La actividad probatoria, tanto en el Código Procesal Civil, así como en el Código de los Niños y Adolescentes, está regida por la concurrencia de diversos principios, entre los cuales mencionamos: contradicción, concentración, inmediación y publicidad.

5.1. El principio de contradicción

Las partes tienen derecho a conocer, a controlar y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación, tanto las que sean producidas o incorporadas al proceso. Las tachas y las oposiciones constituyen los mecanismos para ese control.

Es una posibilidad que tiene el sindicado o demandado de pronunciarse sobre el valor, el contenido y los elementos internos y externos del material recaudado y ofrecido por el actor como

prueba y con base en ellos sustentar la argumentación de la defensa.

En efecto, los elementos materiales que se pretenden hacer valer en el proceso deben someterse a un debate en el que las partes puedan ejercer su derecho de contradecirlas, en aquellos casos en los que puedan afectar los intereses.

No es admisible el establecimiento de secciones al principio de contradicción de la prueba, pues esta es una expresión del derecho de defensa en otras palabras, un medio de prueba al que no se le ha permitido la posibilidad de contradictorio, no tiene eficacia probatoria, al margen que su incorporación al proceso haya sido en atención a la carga probatoria de las partes o la facultad oficiosa del juez.

5.2. El principio de concentración

Hace referencia a la oportunidad en el ofrecimiento o postulación de los medios de prueba. La actividad probatoria debe promoverse en el primer acto postulatorio que realicen las partes, sea con la demanda o la contestación de esta; ella no se agota en el ofrecimiento, sino que implica que, durante la fase de la actuación probatoria, la práctica de pruebas y el debate deberán realizarse de manera continua, a través de un auto público, oral, sujeto al contradictorio y concentrado, buscando obtener el adecuado ejercicio del derecho de defensa a lo largo del proceso.

Este principio tiene como fin evitar dilaciones injustificadas del proceso, haciéndolo más expedito y ágil, con el objeto de alcanzar un alto

grado de continuidad, permitiéndole el juzgador, a la hora de tomar una decisión tener una idea global de la argumentación presentada durante el debate probatorio.

La necesidad de que el juez tenga una relación directa con los sujetos procesales y con los materiales elementos de convicción que ellos aportan, sí concreta el principio de la inmediación de la prueba. A través de este principio, el juez debe de tener una relación directa y sin intermediarios con el proceso, tanto con los demás sujetos de este, y, es decir, las partes y los intervinientes, como su contenido o materia, de principio a fin.

5.3. El principio de inmediación

Este principio busca que el juez tenga acceso directo a los medios de prueba, para lo cual, se requiere materializar ese acercamiento a través de las audiencias públicas. La inmediación, implica que debe hacer una presencia e identidad física del juzgador, pues como dijimos debe ser él quien conozca personalmente el material probatorio recolectado y ofrecido. Otro funcionario judicial, no puede llevar a cabo las respectivas diligencias transmitiendo luego al juez, mediante un acta, lo que ellos han observado. Como el juez es quien toma la decisión debe formarse su propia visión acerca de los hechos materia del proceso y obtener la convicción necesaria para un pronunciamiento justo.

5.4. El principio de publicidad

El inciso cuatro del artículo 139 de la Constitución Política consagra “la publicidad de los procesos, salvo a disposición contraria la ley”. Es un derecho que tiene toda persona a que se le garantiza la transparencia en la administración de justicia, pues el conocimiento que tenga la comunidad de las actuaciones que se exhortan en el proceso sirven para controlar los abusos del poder que se llegan a presentar y para exigir a las partes una mayor lealtad. En consecuencia, el debate probatorio debe ser abierto y permitir la participación de la sociedad, como espectadora, siempre y cuando ésta no interfiera en el normal desarrollo del proceso y no afecta la seguridad nacional.

5.5. El principio de pertenencia

La prueba pertenece a la parte, quien la traslada el proceso, sin embargo deja de estar bajo su esfera de pertenencia cuando el hecho que traslada genera una actuación inmediata; pero, si el medio de prueba que ofrece requiere actuación a posteriori, la pertenencia seguirá bajo la esfera de quien lo haya llevado a proceso, pudiendo bajo esa lógica desistirse del medio de prueba que ha aportado el proceso, pues, el contenido del medio de prueba, aún no se traslada por la falta de la actuación de este. Luego de la actuación la fuente de la prueba se traslada al proceso, deja de pertenecerle la parte; pudiendo sacar conclusiones beneficiosas o adversos para quien lo ha llevado al proceso.

6. Oportunidad de la prueba

El Tribunal Constitucional en la STC 06712-2005-HC, en su sexto considerado, ha señalado el momento de la postulación de la prueba: “para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para el medio probatorio ofrecido sea admitido. El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatoria que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos”. En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis del cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia. Ahora, hablando específicamente del Código de los Niños y Adolescentes, bien cabe volver a referirnos al artículo 167 antes mencionado, el mismo que, de forma expresa e imperativa, nos señala el momento regla para ofrecer medios de prueba, así como las excepciones contempladas por la ley.

Dicho esto, cabe enfatizar que el medio probatorio debe contar con:

- **Pertinencia:** exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto del

proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

- **Conducencia o idoneidad:** el legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de los determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentren prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- **Utilidad:** se presenta cuando contribuye a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, alcanzar la probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de publicidad evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento ya hecho tránsito cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretende ser probado por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, y bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- **Licitud:** no pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

- **Preclusión o eventualidad:** en todo proceso existe una oportunidad para solicitar la visión de medios probatorios, por lo que, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

Para Ledesma (2017), considera que: La oportunidad en el ofrecimiento de los medios probatorios se relaciona con el principio de eventualidad. El cual según Monroy (1993), está directamente ligado con la diferencia, a veces útil, que existe entre una estrategia procesal y una conducta maliciosa. Con el derogado Código de Procedimiento Civil de 1912 era perfectamente factible que una parte reserve lo más importante -su material probatorio- para el único momento de etapa de prueba a efectos de reducir la capacidad de contradicción de la parte contraria. Esta situación con el actual código ha sido trastocada pues las partes tienen la única posibilidad de ofrecer los medios probatorios con la postulación de la demanda, luego de ella, precluye la oportunidad de insertar los medios probatorios, salvo que se refieran a hechos nuevos o los mencionados por la otra parte al contestar la demanda. Esto como ya se ha mencionado, es una regla imperativa descrita en el artículo 167 del Código de los Niños y Adolescentes.

7. Pertinencia de la prueba y su improcedencia

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Hay que precisar que los hechos pasados constituyen el objeto de la prueba, pero ni siquiera todos los hechos pasados pueden probarse, sino que la actividad probatoria ha de recaer sobre aquellos que están contenidos en los escritos alegatorios del proceso. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el juez.

Se relaciona con la eficacia intrínseca de la prueba, sea por la legalidad del medio, por la idoneidad del elemento propuesto y por la oportunidad y forma de su ofrecimiento. La no admisión del medio probatorio prohíbe, ad initio, el ingreso a la litis, le priva de eficacia liminar cortándole la posibilidad del debate y sustentación. Por eso, la pertinencia y la atención de la prueba son modalidades que se ocupan de centrar los puntos en discusión, procurando que el debate se concentra en los verdaderamente útil y jurídicamente relevante. Un medio probatorio es pertinente si tiene relación entre los hechos y la actividad de la verificación que se pretende alcanzar, esto es, la prueba que se pretende actuar debe orientar a demostrar los hechos que necesitan de prueba para que sea considerada pertinente. En cambio, los hechos no controvertidos o que fuesen conducentes para resolver la controversia no son actos para provocar la actividad demostrativa o de verificación de la prueba. Para nuestro código y la prueba impertinente no significa prueba inadmisiblesino material que no requiere de verificación por no ser un hecho afirmado por una de las partes y admitido por la otra, en la contestación de la demanda. Los hechos admitidos son aquellos en los que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no hay discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta. Los hechos admitidos generan dos consecuencias inmediatas: Obliga al juez a tener presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; y genera su suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna. La admisión de hechos se define como un acto de delegación, supone el reconocimiento de un hecho introducido por el adversario previamente. Se advierte de la declaración judicial porque

sólo puede versar sobre los hechos controvertidos en los procesos.

Otro tema a abordar con relación al hecho objeto de pruebas es que sea posible y que sea un presupuesto de prueba permitida por la ley (legalidad). Se trata de hechos que, aun siendo actos en principio para constituir objeto de la actividad probatoria, son excluidos de toda prueba por una disposición legal; cuando no suceda así, el juez podrá denegar la actividad probatoria que se proponga al respecto. No se trata de la prohibición de la prueba, puesto que se permite la actividad probatoria acerca del hecho en cuestión, se trata simplemente una limitación en los medios probatorios que pueden ser utilizados por los litigantes. Si bien el Código de los Niños y Adolescentes, no contiene una regla expresa acerca de este punto, no cabe duda que esto también es necesario en todo proceso judicial que involucre asuntos de menores de edad; y, para comprender mejor esta situación bien vale agenciarse del artículo 229 del Código Procesal Civil, el mismo que presenta varios supuestos en los que se prohíbe la declaración de testigos, como por citar, el testigo que ha sido condenado por algún delito a criterio del juez afecte su idoneidad; ya sea, el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad ya sea, el cónyuge o concubino, salvo en asuntos de derecho de la familia o que lo proponga a la contraparte. La imposibilidad de objeto de prueba y la del medio de prueba conducen al mismo resultado: nada puede aportar al proceso de la actividad probatoria, sin embargo, existe una diferencia. El medio de prueba imposible implica que la prueba no se podrá llegar a practicar, por ejemplo, llamar a declarar a un testigo que ha fallecido. Se debe precisar que los hechos imposibles no son lo contrario del

hecho notorio, sino que se trata de los conceptos que se sitúan en dos planos diferentes.

Lo notorio se refiere a la difusión del conocimiento de un determinado hecho; la posibilidad, a su actitud de existir, por tanto, la notoriedad se podría aplicar al hecho imposible igual que a cualquier otro tipo de hechos, de manera que puede existir un hecho notorio imposible o notoriamente imposible. Por otro lado, la conducencia de las pruebas es un tema trabajado por la doctrina y consistente en la actitud legal o jurídica para convencer al juez sobre el hecho a qué se refiere.

Por su parte Gozaini (1997) menciona que Couture la involucra dentro del concepto de admisibilidad porque entiende que esto se refiere la idoneidad de un medio determinado para acreditar un hecho; pero la conducencia se aparta de la admisibilidad porque no representa un análisis sobre las cuestiones de procedencia formal, sino que se ocupa de señalar la capacidad que tiene el medio para ser conductor de una idea y fundamento para el juicio en la sentencia.

La pertinencia de la prueba se diferencia de la conducencia porque aquella contempla la relación entre el hecho alegado y el medio de prueba ofrecido; en cambio, la conducencia contempla la trascendencia del medio de prueba para generar convencimiento en el juzgador.

Otro presupuesto que se exige de prueba son los hechos notorios, entendidos estos como aquellos conocimientos que forman parte de la cultura, de la información normal de los individuos con relación a un lugar o a un momento determinado. La notoriedad requiere que sea efectiva, o sea que puede estar al corriente de la generalidad de los hombres en el lugar y tiempo en lo que la decisión ocurre.

A diferencia del hecho imposible, en el cual hemos de tener en cuenta las circunstancias en las que se produce al momento del acaecimiento del hecho, en el hecho notorio, la notoriedad tiene intereses en el momento del pleito, porque no importa tanto si el hecho se ha producido o no se ha producido, como sí que el conocimiento generalizado del hecho sea tal que puede eximir de prueba.

El concepto de hecho notorio procura por un lado satisfacer el principio de economía procesal ahorrando esfuerzos de actividad a las partes y al órgano jurisdiccional, y, por otro lado, permite prestigiar a la justicia, evitando que ésta viva de espaldas al saber común del pueblo, pues no parece razonable que el juez ignore lo que todo el mundo sabe. No constituye hecho notorio aquel que es conocido por un solo individuo, aunque su testimonio sea totalmente fiable, ni podría aceptarse tampoco el carácter de notorio de un hecho que es conocimiento únicamente por un número muy reducido de personas.

CAPÍTULO II

LA CONSTITUCIÓN Y SU PROTECCIÓN AL NIÑO Y ADOLESCENTE EN EL PERÚ

En la Constitución Política del Perú, se contempla en el artículo 4, lo siguiente: *“Protección a la familia. Promoción del matrimonio la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio”*.

Bien, solo será motivo de análisis y comentario para del citado artículo (parte subrayada), y podemos señalar que el Tribunal Constitucional, en el Exp. 0127-2013-PH/TC (f. j.15), resalta que la familia y la protección de los niños, es una obligación de la familia, el Estado, de la sociedad y la comunidad de cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social; y para su eficacia resulta de vital importancia las relaciones parentales, pues los padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos, por lo que la unidad y estabilidad familiar y la presencia activa, participativa y permanente de los padres devienen indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño. Gutiérrez (2021)

Efectivamente el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución a través de sus fallos, ha demarcado una línea significativa para fortalecer la protección constitucional a los niños y adolescentes. A modo de ilustración, en los siguientes pronunciamientos destaca el principio del interés superior del niño y adolescente, incluso cuando se trata de menores privados de su libertad:

- En el Exp. 05842-2006-PHC/TC (ff. jj. 132-133), el Tribunal Constitucional declara que un centro de salud mental vulnera la tutela especial que merecen los pacientes adolescentes al no proporcionarles un ambiente exclusivo para que lleven tratamiento intramural correcto; pues al amparo de la Constitución, los adolescentes con problemas de

salud mental merecen una atención respetuosa sobre las cuestiones que afecten su derecho a la salud, debiéndoseles brindar la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente (Expediente 05842-2006-PHC/TC, pág. 51).

- En lo que respecta a medidas socioeducativas de internamiento preventivo de menores, el Tribunal Constitucional en el Exp. 03386-2009-PHC/TC (ff. jj. 25-29) advierte que en la provincia de Trujillo es una práctica habitual de los jueces trasladar a los adolescentes a la ciudad de Lima, lo cual contraviene la Constitución y el propósito de la Convención sobre Derechos del Niño; por lo que decidir la ciudad donde deberá cumplirse la medida de internación supone considerar al niño y adolescente como un objeto y no como un sujeto de derecho (Exp. 03386-2009-PHC/TC, págs. 9-10).

Asimismo, la Corte Suprema resalta la importancia del amparo constitucional a los menores en un proceso penal como en el siguiente pronunciamiento:

- En el RN 761-2018, Apurímac (f. j. CUARTO.4.), la Corte Suprema destaca el interés superior del niño como causal de disminución de punibilidad suprallegal cuando la pena que afecta la unidad familiar reprime a quien lo mantiene y protege (Recurso de Nulidad 761-2018, Apurímac, págs. 3-4)

La niñez, la adolescencia y la senectud son las etapas más vulnerables del ser humano. Es por esta razón que la Constitución establece como deber constitucional tanto del Estado como de la comunidad. Por tanto, no es admisible dejar en situación de indefensión a las personas, más aún en estas etapas. El niño como dependiente absoluto de sus padres, el adolescente y las necesidades que demandan el ejercicio de sus derechos; y el anciano constituyen ciertamente estadios en los cuales la permanente tutela y promoción de los derechos deben ser asumidos con mayor responsabilidad.

Son por estas razones que existe en el ordenamiento jurídico una legislación especial para estos segmentos de personas: El Código de los Niños y Adolescentes, así como la Ley de protección especial del Adulto Mayor (Ley

N.º 28803), poniendo énfasis en las personas en situación de abandono.
Gutiérrez (2021)

CAPÍTULO III

LA PRUEBA DE OFICIO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. ¿UN MODELO A SEGUIR POR EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES?

La Ley N° 30293, publicada el 28 de diciembre del año 2014, entró en vigor a los 30 días hábiles de su publicación, y modificó diversos artículos del Código Procesal Civil. 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 Código Procesal Civil, es decir, después de haberse puesto en práctica en los procesos judiciales durante todo este periodo por los órganos jurisdiccionales de todas las instancias. Martel (2016)

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 se piensa 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 profesor Martel (2016) 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 del 2014. Dicha tesis, que ha servido de base para la publicación de Martel (2015), contiene como recomendación una propuesta normativa referida a las pruebas de oficio en el proceso civil, sugiriéndose que debe mejorarse la

regulación legal en esta materia, establecientes 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 Estados y los litigantes, y también disminuye la carga procesal.

Luego de la sustentación de la tesis, a partir de setiembre del 2014, el suscrito juntamente 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 Código Procesal Civil. En estas sesiones el suscrito tuvo la oportunidad de aportar para la discusión y debate la propuesta normativa relativa al artículo 194 del Código Procesal Civil, que elaboró para la tesis doctoral, cuyo texto guarda grandes coincidencias con el texto modificado del artículo 194, aprobado por la Ley N° 30293.

La propuesta legislativa decía así:

“Pruebas de oficio artículo 194.- Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar la convicción, el juez de primera o de segunda instancia, debe ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesario para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada pro 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 prueba de oficio. Este precepto también es aplicable a los órganos jurisdiccionales que conocen del recurso de casación”.

Por lo tanto, no aseveremos que la realidad cambia o se modifica con la sola dación de la norma, pero no cabe duda de 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. Martel (2016)

1. La situación problemática de las pruebas de oficio antes de la Ley N° 30293

El texto original del artículo 194 del Código Procesal Civil (estuvo en vigencia por más de 20 años) y prescribe 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 una 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:

a) 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.

b) Inimpugnabilidad de la resolución que ordena prueba 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 Código Procesal Civil. 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.

c) 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 podría 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.

d) 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 seguían sosteniendo que las pruebas de oficio solo debía ordenarlas el juez de primera instancia, con lo cual la duración del

proceso 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.

e) 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 derivada 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 formaban parte del ordenamiento jurídico, y que tienen que ver con principios del derecho probatorio y el derecho de defensa de las partes.

2. El nuevo escenario de las pruebas de oficio después de la Ley N.º 30293

En el numeral anterior se han puesto de manifiesto alguna de las cuestiones controvertidas y principales sobre las pruebas de oficio se habían 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 apostaremos ideas referidas al nuevo texto del artículo 194 del código procesal civil, derivado de la Ley N.º 30293. Esta disposición contiene diversas normas que se encargan de regular los aspectos controvertidos antes señalados: las nuevas reglas que trae este texto legal en los 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 autorresponsabilidad probatoria consagrado en el artículo 196 del código procesal civil), debiendo actuar el juez en materia probatoria sólo 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 sólo 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.

En mi opinión, con la actuación de pruebas de oficio en segunda instancia no se vulnera o afecta el derecho de la pluralidad instancias, pues es evidente que dicha actuación oficiosa ocurre sólo cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes de bienes insuficientes para formar convicción en el juez, es decir tienen carácter excepcional. En esta misma excepcionalidad sucede con el ofrecimiento y posterior actuación de medios de prueba en atención a las reglas del artículo 374 del Código Procesal Civil, que permite ofrecer medios de prueba con el recurso de apelación. Si se ofrece la operación es evidente que no fueron valorados en la sentencia dictada en primera instancia, más allá ello no implica que se vulnere el doble grado. Otro supuesto de excepcionalidad que contemple el código procesal civil está en el artículo 190, en virtud del cual el medio de pruebas no admitió 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 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 sólo por sección a ella no será observada como 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 código procesal civil. 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 secciones, tal como se ha explicado.

c) Establece que la prueba de oficio constituye una facultad

Habíamos dicho que en sede nacional el debate era en torno a que 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 imperativo, y si consideramos el sistema procesal publicístico al que está adherido nuestro código, nos parece que el juez ahora tiene el deber de ordenar pruebas de oficio cuando los medios probatorios ofrecidos y apartados por las partes no le causan convicción, claro está respetando y observando los límites de previstos en la misma norma. En esta línea de la prueba de oficio común deber de juez, tenemos la opinión de Reinaldo Bustamante (2011) 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 aprobar a las partes, pues en el caso

de los procesos modernos adscritos al Sistema Publicístico, y por lo tanto, que recogen el principio inquisitivo (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 cree conveniente y su posterior actuación), dicho deber deriva directamente en mi opinión de los principios y valores que fundamentan el ordenamiento jurídico e inspirado 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 permite investigar la verdad de los hechos que las partes afirman en oposición, y teniendo en cuenta que hay un interés público en 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

Las partes no sólo deben alegar los hechos, sino que además deben probarlos, tal como lo establece el principio probatorio de autorresponsabilidad consagrado en el artículo 196 del código procesal civil. Pero en el proceso no deben probarse todos los hechos, si no sólo los controvertidos, tal como lo señala la regla del artículo 190 del mismo código, que determina lo que no debe probarse en el proceso. Si la regla es que sólo deben probarse los hechos que conforman 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 este caso contrario se podría llevar el absurdo de que en uso de ese poder los jueces podrían generar actividad probatoria respecto

a los hechos que no deben probarse, o a los hechos que no han sido alegados, o a los hechos que no tienen relación con la materia controvertida del proceso, propiciando con ello dilación y dispersión del recurso 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 en la fuente de prueba

La fuente de prueba está constituida por las personas y cosas relacionadas con los hechos materia del proceso que se encuentra en etapa pre procesal. La fuente de prueba, una vez que se inicia el proceso podría ser ofrecida por las partes para probar sus afirmaciones, para cuyo se recurre a los medios de prueba, que son los instrumentos para demostrar lo que salga. 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 una de las partes, sin haberla ofrecido como medio de prueba, el juez sí está autorizado a ordenar su conclusión 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 la prueba que pertenece a las partes, sin que ellas le hayan citado, podría terminar haciendo por las partes lo que les corresponde como carga probatoria, esto es, podría terminar reemplazándolas, lo que afecta al principio de imparcialidad.

f) Prohíbe que con las pruebas de oficio el juez reemplace las partes en su carga de probar

La orden para actuar pruebas de oficio procede sólo si el juez, con las pruebas ofrecidas por las partes, no llega a tener convicción sobre la materia controvertida; sólo en tal supuesto ordenará la actuación de medios probatorios, 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 estiman 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 par de su imparcialidad.

g) Establece que la actuación de las pruebas 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 el 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 la prueba del oponente, y de otro, el derecho a cuestionarlos. Ellos significan 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 observancia, la impugna habilidad contenida en el artículo 194 del Código Procesal Civil, pues ello importaría aceptar que puede hacerse actuación oficiosa de prueba aun vulnerando este derecho fundamental de los justiciables, mas ello es absolutamente inadmisibile.

h) Precisa que la resolución que ordena prueba de oficio debe estar motivada, bajo sanción de nulidad

Aun cuando pudiera decirse que este mandato legal es redundante, porque bien impuesto de la Constitución en su artículo 139 inciso cinco, o en virtud del artículo 50 inciso seis

del Código Procesal Civil, 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 y oficios sin motivación alguna, y sin opción de impugnación por la absurda idea de impugna de este tipo de decisiones; ahora no sólo 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 respeto los límites fijados en la norma

La absurda idea y praxis de la impugna de la resolución que ordena pruebas de oficio, se había constituido en un modo autorizado para afectar el derecho de defensa o de 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 impugna no 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 ejercer 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 del control intraprocesal.

j) Prohíbe anular sentencias por no haber actuado pruebas de oficio en primera instancia

El texto vigente del artículo 194 prescribe que las pruebas de oficio las ordene el juez de primera y segunda instancia; esto significa que todo juez de segunda instancia tiene suficientes poderes probatorios para ordenar la actuación de pruebas de oficio, y por ello que ahora ya no cabe anular la sentencia para

que sea el juez de primera instancia que 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 las dilaciones, disminuyendo los costos del proceso y se atiende a los fines concretos y abstractos del proceso. También Couture (1958) nos habla que los jueces de apelación pueden ordenar las pruebas para mejor proveer: “el principio de que la prueba debe producir plenamente en primera instancia, (...). En la segunda instancia sólo pueden admitirse aquellas pruebas respecto de las cuales es la imposibilidad de la incorporación al juicio en primera instancia e insuperable; la enumeración taxativa y la reapertura del periodo probatorio configura la excepción rigurosa (...). La segunda instancia no es renovación, si no revisión de la primera. Cabe aclarar que dicha solución rige en lo que se refiere a las partes y sus posibilidades de enmendar los errores de 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 primer juez de primera instancia, etc. En estos puntos, iniciativa en materia de prueba y facultad de innovar en materia de derecho nada se modifica y rigen los principios generales”.

3. 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:

Para Palacios (2015), sostiene lo siguiente: “otra modificación importante es la referida a la prueba de oficio”. Se ve con mucha frecuencia que los jueces en grados de apelación o incluso la suprema en casación anulan sentencias inferiores, pues consideran que los jueces de instancias inferior debieron haber ordenado de oficio la

actuación de medios probatorios. En el artículo 194 en su reciente modificación está disponiendo expresamente que no pueden haber anulado sentencias por no haberse actuado medios de prueba de oficio. Me parece que tiene sentido, porque si la sentencia del juez está debidamente motivada con 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 Ramírez (2015), sostiene lo siguiente: “es importante la modificación del artículo 194 del código procesal civil, pues precisa la incorporación de pruebas por iniciativa del juez. En primer lugar, sólo 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 nulidad con el argumento de no haberse actuado una prueba de oficio, práctica común de los órganos revisores, especialmente a nivel de la Corte Suprema”.

Para Hurtado (2015), afirma que: “los poderes probatorios del juez dieron un hueco 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 de indiscriminado y arbitrario de este mecanismo por parte del juez, impidiendo se comporte como abogado de las partes a asumir la carga probatoria de estas”.

Por otro lado, el profesor Alfaro (2015), afirma que: “luego de analizar los aspectos más resaltantes de la versión reformada del artículo 194 del Código Procesal Civil, es posible corregir 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 redefinirla, 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 recepción 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 la función de los poderes probatorios del juez; pero no solucionado todos los problemas, quedan todavía algunas cuestiones pendientes por resolver, por ejemplo: ¿en qué momento de 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, según lo señala Martel (2016) luego de la reforma los jueces desplieguen una nueva tendencia jurisprudencial, sensible a los derechos fundamentales procesales y la función del proceso, que no sólo apliquen adecuadamente dicha iniciativa probatoria, sino que proporcionen soluciones a estos y otros problemas que se presentan en la práctica jurisprudencial (...).”

Por su parte, el profesor Priori (2015) 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 habrá (como la de la misma vía procedimental) pues se apuesta por la absolución integral del problema, antes que el respeto a las formas procesales; se exige la motivación de la decisión del juez de aportar nuevas pruebas, y si el juez no la hace se le permitirá a la parte cuestionar esta 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 hechos nuevos); 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 de tutele efectiva y no por unos sumiso de formalidades”.

4. La prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes

En el caso del Código de los Niños y Adolescentes, la prueba de oficio está regulada en su artículo 174; sin embargo, como se puede leer de la literalidad de esta disposición, la misma carece de límites expesos, y por ello consideramos que la misma crea las condiciones para que se cometan abusos con tan delicada institución. Por ello, es que es importante haber hecho un recuento en este capítulo de los cambios y mejoras que se hicieron en el Código Procesal Civil, partiendo de la situación que esta prueba de oficio tenía antes de la ya mencionada reforma legislativa.

La reforma del artículo 194 del Código Procesal Civil 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 (Martel Chang, 2015). Realidad que no solo se presenta en los asuntos o materias que aborda directamente el Código Procesal Civil, sino que esta realidad se presenta también en los asuntos que involucran derechos de menores; de ahí que, si bien exista una supletoriedad mandada por el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, consideramos que resulta imprescindible que el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes sea reformado y se incluyan alguno de los límites

añadidos por la reforma que se hiciera a la prueba de oficio en el Código Procesal Civil.

El nuevo texto del artículo 194 contiene un conjunto de normas que apuntan a la solución de determinadas cuestiones controvertidas que la materia de pruebas de oficio se había identificado en sede judicial, con lo que podemos decir que las nuevas regulaciones propicias de viejos problemas que agobiaron a los actores del proceso queden superadas, para cuyo fin es fundamental el compromiso de dichos actores. Por tal razón, consideramos que resulta imprescindible que lo mismo ocurra en los procesos judiciales regulados en el Código de los Niños y Adolescentes.

Sin perjuicio de lo señalado, tal como lo señalaba Martel (2015) es claro que sólo 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 otros que van a aparecer con motivo de ella. Sin embargo y pese a eso, estamos seguros que estos cambios han traído más beneficios que perjuicios a la institución de la prueba de oficio, los mismos que deseamos sean incorporados en el Código de los Niños y Adolescentes.

CAPÍTULO IV

PODER, FACULTAD DEL JUEZ EN LOS PROCESOS RELACIONADOS A NIÑOS Y ADOLESCENTES

1. Poderes del juez

Para Echandía (1985) citado por la División de Estudios jurídicos de Gaceta jurídica (2015), sostiene que: “los poderes del juez son: la decisión, coerción, documentación y ejecución”, los mismos que se detallan a continuación:

a) El poder de decisión

Comprende el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual, para desatar los conflictos y darle certeza jurídica a los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas concretas, mediante la sentencia, que cuando se trata de procesos contenciosos reviste la calidad especial de cosa juzgada, y para la resolución por providencias interlocutorias de los problemas que se presenten en el curso del proceso.

b) El poder de coerción

En este poder se incluye el disciplinario, que le permite sancionar con multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones, o demoren su ejecución, y sancionar con pena de arresto (...) a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas, ordenar la devolución de los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros, expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso y sancionar con multas a los empleados y representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representantes,

cuando éstos deban rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga.

c) El poder de documentación

El poder de documentación faculta al juez para adoptar las medidas conducentes a verificar los hechos que interesen al proceso, decretando y practicando pruebas, allegando directamente documentos, no sólo a instancia de parte sino oficiosamente en toda clase de procesos (...).

d) El poder de ejecución

El poder de ejecución permite que él proceda a cumplir coercitivamente las condenas impuestas en sentencias y en otras providencias judiciales (...). Devis (1985)

Por otro lado, De La Plaza (1955), sostiene que, de los poderes del juez, son: "(...) El ejercicio de los poderes está en íntima relación (...), por una parte, con la condición dispositiva o inquisitiva del proceso, y, por otra, con el predominio que en él se dé al principio de autoridad del organismo jurisdiccional.

Y este señala que el juez tiene:

e) Poder de dirección

Para encausar los actos procesales, de tal modo que, mediante ellos, se logre el fin que con cada uno se persigue.

f) Poderes de investigación

En la aportación del material de conocimiento, más o menos amplios, según el principio predominante, y también habida cuenta de la naturaleza de aquél, puesto que son más amplios cuando se trata de la investigación de normas jurídicas, y lo son mucho menos, cuando se pretende determinar los hechos y justificarlos.

g) Poderes de impulso

Que en otro aspecto lo son también de dirección, relacionados con la posibilidad, más amplia o restringida, de conducir el

proceso hasta su fin, de su propio motivo, sin esperar el apremio o la iniciativa de las partes; y (...).

h) Poderes disciplinarios

Que ejerce en vía correctiva, por infracción de las normas rectoras de los actos procesales que no constituyan vicios que puedan invalidarlos”.

2. Facultades del juez

Para Alvarez, Neuss, & Wagner (1990), el juez tiene 4 tipos de facultades y estas son: disciplinarias, ordenatorias, instructorias y conminatorias, las mismas que se pasan a explicar a detalle:

a) Disciplinarias

El juez tiene facultades o atribuciones de carácter disciplinario como:

- i. Mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos.
- ii. Excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso.
- iii. Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas (...).

b) Ordenatorias

Figuran dentro de esta categorías las siguientes:

- i. Tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso. A tal efecto, vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias (...).
- ii. Corregir, a pedido de parte (...), y sin sustanciación, cualquier error material, aclarar conceptos oscuros o suplir cualquier omisión de la sentencia acerca de las pretensiones discutidas en el litigio, siempre que la enmienda, aclaración o agregado no altere lo sustancial de la decisión. También corregir los errores puramente

numéricos aun durante el trámite de la ejecución de sentencia.

c) Instructorias

El juez podrá ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A este efecto podrá:

- i. Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación o requerir las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito (...).
- ii. Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de los testigos, de personas mencionadas por la partes en los escritos de constitución del proceso o de otras pruebas producidas, si resultase que tuviesen conocimientos de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. También podrá solicitar la comparecencia de peritos y consultores técnicos para interrogarlos acerca de lo que creyere necesario.
- iii. Mandar (...) que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de los terceros, los cuales estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallen los originales (...).
- iv. Ejercer las demás atribuciones que la ley le confiere.

d) Conminatorias

Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento.

La Corte Suprema de Justicia de la República, ha establecido lo siguiente mediante distintas casaciones:

- En la (Casación 1817-2000, Lima), se establece “(...) El proceso y los actos procesales no son formalismos rígidos o

pétreos pues conforme al perfil ideológico de nuestra ley procesal el Juez puede adecuar la exigencia de las formalidades procesales a los fines del proceso (...)

- En (Casación 2506-2001, Ica), se argumentó “(...) Si bien los jueces están facultados para adaptar la vía procedimental como lo anota el artículo cincuentiuno inciso primero del Código Procesal Civil, ello debe ser mediante resolución que lo justifique siempre que sea posible su adaptación y antes del saneamiento del proceso, pues luego de ello se declara la existencia de una relación jurídico procesal válida (...)”
- Asimismo en la (Casación 799-1999, Arequipa), “(...) El artículo tercero del Título Preliminar del Código Procesal Civil, prescribe que son fines del proceso el resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica y además lograr la paz social en justicia; facultándose por ello al Juez a intervenir durante todo el desarrollo del proceso para que éste se lleve de acuerdo a ley y poder contar con elementos de convicción suficientes al momento de decidir la controversia”.
- Por otro lado, en (Casación 772-2006, Chincha) “(...) Los magistrados cuentan con determinados poderes inquisitivos para el esclarecimiento de la certeza de los hechos controvertidos, poderes de iniciativa probatoria que son independientes de la carga de la prueba que incumbe a las partes, y que se encuentran previstos en los artículos cincuenta y uno inciso segundo y ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, los que debe ejercitar de ser necesario (...)”.
- (Casación 3073-2000, Lima), “(...) La apreciación y criterio razonado utilizado por los jueces para resolver las causas es una de las facultades que la ley les otorga y su aplicación no constituye vulneración alguna al debido proceso, por lo que no se ha configurado violación o transgresión al haberse expedido las resoluciones materia del presente recurso [de casación], y

por cuanto el recurrente ha hecho uso de los medios impugnatorios que la ley le concede (...)

- (Casación 3094-2001, Ica), “(...) La imposición de multa a las partes a fin de que se cumpla con algún mandato es solo una facultad que tiene el Juez mas no una obligación, por lo que no se advierte contravención al artículo cincuentitrés citado [del C.P.C.] (...)”.
- En la (Casación 3-2000, Lima), “(...) La facultad otorgada al Juez de denunciar ante el Ministerio Público la comisión de un delito, tiene como premisa la existencia de indicios razonables del hecho en el proceso civil (...)”.

2.1. Facultades genéricas

Echando una mirada al artículo 51 del Código Procesal Civil, las facultades genéricas con que cuentan los magistrados son las siguientes:

- a) Adaptar la demanda a la vía procedimental que considere apropiada, siempre que sea factible su adaptación.
- b) Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. Al respecto, cabe señalar que, en virtud de la presente facultad genérica con que cuenta el Juez, éste puede disponer, por ejemplo, la actuación de pruebas de oficio (artículo 194 del Código Procesal Civil); la confrontación entre testigos, entre peritos y entre éstos, aquéllos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios (artículo 209 del Código Procesal Civil); etc.
- c) Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos, pudiendo las partes concurrir con sus abogados.
- d) Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de

fundarse en razón distinta, ésta pudo ser alegada al promoverse el anterior.

- e) Ordenar, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación designado por el Juez, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiera dado al proceso.
- f) Ejercer la libertad de expresión prevista en el inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sobre el particular, el primer párrafo del inciso 4) del artículo 2 de la Constitución Política de 1993 preceptúa que toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.
- g) Ejercer las demás atribuciones que establecen el Código Procesal Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2.2. Facultades disciplinarias

Según se colige del artículo 52 del Código Procesal Civil, los Jueces cuentan con las siguientes facultades disciplinarias (dirigidas a conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial):

- a) Pueden (y deben) ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos y vejatorios.
- b) Pueden (y deben) expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo, y, tratándose de alguna de las partes, pueden imponerles, además, los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación.
- c) Pueden (y deben) aplicar las sanciones disciplinarias que el Código Procesal Civil y otras normas establezcan

(comúnmente, se trata de multas que obedecen, principalmente, a la adopción por parte del sancionado de una conducta procesal temeraria o de mala fe).

2.3. Facultades coercitivas

A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces cuentan con facultades coercitivas que pueden aplicar (según el penúltimo párrafo del art. 53 del Código Procesal Civil) en forma sucesiva (lo que implica una sanción seguida de otra, en caso que la primera no produjera el efecto deseado), individual o conjunta (dependiendo la forma en que se apliquen las sanciones de la trascendencia y/o urgencia del mandato judicial respectivo). Así tenemos que, según se infiere del artículo 53 del Código Procesal Civil, los Jueces están facultados para lo siguiente:

- a) Imponer multa compulsiva (esta calidad está sobreentendida, pues tal sanción se dirige a compeler u obligar al destinatario de la misma a acatar la orden judicial de que se trate) y progresiva (lo cual significa que su monto se va incrementando paulatinamente hasta que el destinatario de la sanción cumpla el mandato judicial, o, también, que se aplica tantas multas como sean las veces en que el obligado es requerido judicialmente a algo sin que lo haga) dirigida a lograr que la parte o quien corresponda (un tercero legitimado, por ejemplo) cumpla los mandatos judiciales. La referida multa tiene carácter discrecional (no así las multas que tienen un fin estrictamente sancionatorio cuya imposición, por mandato expreso de la ley, sea obligatoria para el Juez que dirige el proceso), tanto en su determinación como en la fijación del monto respectivo, el mismo que deberá señalarse en función de los parámetros establecidos en el Código Procesal Civil. Por otro lado, en atención precisamente al carácter discrecional de la multa, el

Juez está autorizado para reajustar su monto e, incluso, para revocar dicha sanción, siempre y cuando aquél adquiera el convencimiento de que el incumplimiento del mandato judicial por parte del obligado no fue intencional o deliberado, sino que obedeció a causas justificantes (u obedece a causas justificantes, si el impedimento continúa).

b) Ordenar la detención (que no deberá exceder de veinticuatro horas) de la persona (parte, tercero legitimado, testigo, etc.) que incumple permanente e injustificadamente un mandato judicial, causando agravio a alguna de las partes o a la majestad del servicio de justicia. Sobre el particular, el Código Procesal Civil establece lo siguiente:

- El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario (artículo 232 del Código Procesal Civil).
- La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos (en el artículo 232 del Código Procesal Civil). Ello según el artículo 254 del Código Procesal Civil.

Ahora, tratándose de lo dispuesto específicamente por el Código de los Niños y Adolescentes, cabe precisar que los poderes del juez, tienen mucha relación con los antes descritos y contemplados por la ley procesal civil; sin embargo, son los artículos 136 y 137 los que de manera específica regulan dichas potestades.

CAPÍTULO V

DEBIDO PROCESO. UNA GARANTÍA DENTRO DEL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Para Landa (2002) citando a Nowak & Rotunda (1995), el debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón; se descompone en el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales, y el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales.

Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia. Sagues (1993)

Asimismo, Bustamante (2001), manifiesta que en la doctrina y la jurisprudencia nacional han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona peruana o extranjera, natural o jurídica, y no solo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de la justicia.

Por otro lado, Sáenz (1999), considera que el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo a las entidades estatales, civiles y militares y como debido proceso parlamentario ante las cámaras legislativas, así como, debido proceso inter privados aplicable al interior de institucionales privadas.

Por ello, Fernández (1994), señala que el debido proceso encierra en sí un conjunto de garantías constitucionales que se pueden perfilar a través de identificar 4 etapas esenciales de un proceso: acusación, defensa, prueba y sentencia, que se traducen en otros tantos derechos que enunciativamente se mencionan.

Finalmente, qué duda cabe que, al ser el debido proceso una garantía procesal constitucional, el mismo tiene, sin lugar a duda aplicación o incidencia directa dentro del Código de los Niños y Adolescentes; de ahí que, su tratamiento y abordaje haya resultado imprescindible.

Ahora, algo que resulta imprescindible dejar en claro es que la garantía que aquí se ha venido comentado, es de aplicación; en virtud al principio de igualdad procesal, a ambas partes; empero, no hay que olvidar que teniendo en cuenta que el Código de los Niños y Adolescentes protege por sobre todo al niño y adolescente (principio de interés superior del niño), es a favor de este último sujeto que las reglas y políticas sociales tantas normativas deben ir encaminadas. Por ello es que este debido proceso, bajo ninguna circunstancia debe terminar por perjudicar al niño, niña o adolescente.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

- **Interés superior del niño**

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

- **Garantías procesales**

Conjunto de derechos públicos reconocidos a los justiciables por la Constitución con la finalidad de asegurar las condiciones necesarias para el logro de un proceso justo.

- **Prueba de oficio**

La prueba de oficio en el proceso civil responde a la necesidad de arribar a la máxima aproximación de certeza de las premisas planteadas por las partes.

- **Potestad**

Dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo, por lo general es aquella potestad que ejerce un individuo sobre otro.

2.4. SISTEMA DE HIPOTESIS

Es importante regular límites legislativos a la prueba de oficio regulada en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes peruano porque de esta manera se estaría asegurando una aplicación acorde con las garantías procesales constitucionales de dicha potestad.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA

3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

3.1.1. Por su finalidad

La presente investigación es cualitativa, porque aporta conocimientos sobre la regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

3.1.2. Por su alcance

El presente trabajo responde a una investigación descriptiva, dado que describe el fenómeno que es materia de estudio, respecto a la regulación de límites legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.2.1. Población

La población está constituida por material bibliográfico, compuesto por libros físicos y virtuales, revistas físicas y virtuales, entre otros relacionados con variables de estudio. Además, está constituida por los casos judiciales en los que se discutan intereses de menores y el juez haya hecho uso de la prueba de oficio.

3.2.2. Muestra

La muestra está comprendida por libros virtuales (PDF, E-PUB), libros físicos, artículos de revistas indexadas, revistas jurídicas, jurisprudencia, que han sido citados en el presente trabajo de investigación.

Además, está constituida por 03 casos judiciales en los que se han ventilado intereses de menores y el juez haya hecho uso de la prueba de oficio.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño es no experimental, dado que la presente investigación se observa fenómenos o acontecimientos tal y como se dan en el contexto natural, en esta investigación sobre la regulación de

límites legislativos a la prueba de oficio en el código de los niños y adolescente.

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

3.4.1. Técnicas

3.4.1.1. Fichaje

A través de esta técnica se recopilará toda la información teórica respecto a las variables de estudio, con el objeto de reunir la mayor cantidad de basamento doctrinario y jurisprudencial que nos permitan demostrar mi hipótesis.

3.4.1.2. Análisis de documentos

La información recopilada (doctrina, legislación y jurisprudencia) con ayuda de las fichas será analizada, desde el punto de vista legal y contrastada rigurosamente, con la finalidad de corroborar la afirmación contenida en mi hipótesis.

3.4.2. Instrumentos

3.4.2.1. Fichas bibliográficas

Se emplearán para mejorar el mecanismo de recolección de información, puesto que, ello permitirá establecer un orden en relación a las fuentes primarias y secundarias.

3.4.2.2. Guía de análisis de documentos

Su uso permitirá estudiar a detalle la doctrina y la jurisprudencia nacional que se han relacionado con las categorías de estudio de mi problemática.

3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

En el procesamiento y análisis de datos, se procedió a recoger, clasificar la información con el fin único de poder usar la técnica del fichaje y generar un registro, luego se procede a analizar la información, esta es clasificada de acuerdo a niveles de cada variable que se propugna en la investigación, con el fin de obtener resultados favorables, sobre la regulación de límites

legislativos a la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

IV. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para desarrollar el presente acápite es pertinente referirme a cada uno de los objetivos específicos de mi estudio.

4.1.1. Estudiar los fundamentos jurídicos de la potestad probatoria de oficio en el ordenamiento jurídico peruano.

Conforme lo prescribe el artículo III del Título preliminar del Código Procesal Civil “la finalidad concreta del proceso es la solución de conflictos de intereses”; empero para llegar a dicha solución, el juzgador debe tener en claro que la narrativa fáctica que las partes han hecho dentro del proceso se corresponde con lo que realmente ha sucedido, para lo cual necesitará corroborar los hechos con los medios de prueba que cada una de las partes aporte al proceso en la etapa correspondiente. Es esta etapa de corroboración a la que se le conoce técnicamente con el nombre de prueba. De ahí la importancia que el juez realice una adecuada actividad probatoria dentro del proceso; es decir, el juez debe realizar una adecuada admisión, actuación y valoración de los medios de prueba que han sido ofrecidos por las partes.

Sin embargo, si bien se ha dicho que la actividad de corroboración que el juez realiza la hace a partir de los medios probatorios que las partes han aportado al proceso, nuestro ordenamiento legal no ha dejado exclusivamente a ellas, dicha actividad; pues se ha regulado la prueba de oficio.

La actividad probatoria de oficio que el ordenamiento procesal ha concedido al juzgador resulta de vital importancia; dado que, permite que este no solo pueda admitir sino también actuar y valorar medios de prueba que las partes no hayan ofrecido. El fundamento de esta potestad jurisdiccional estriba en que el juez debe solucionar un conflicto de intereses, pero dicha solución debe ser lo más cercana a la verdad de los hechos que han ocurrido, ya que, de esta manera, la solución

que se dé será una solución justa y la justicia es el fin supremo del Derecho. Martel (2015) No obstante, esta potestad que venimos comentando, si bien puede parecer muy beneficiosa, esto no ha librado que diversos sectores de la doctrina comparada (por poner un ejemplo podríamos citar al profesor Rosarino Alvarado Velloso) y nacional (aquí podríamos mencionar solo a manera de ejemplo a la destacada profesora Eugenia Ariano) la hayan criticado fuertemente. Siendo la principal crítica que recibe la prueba de oficio es que esta potestad parcializa al juez; pues siempre que el juez haga uso de dicha facultad alguna de las partes va a salir beneficiada; y, además, siendo el juez un sujeto procesal imparcial, todo medio de prueba que el juez admita de oficio bien pudo haberlo ofrecido cualquiera de las partes.

Sin embargo, pese a las idas y vueltas que la doctrina especializada pueda tener respecto a la prueba de oficio, lo realmente cierto que esta potestad del juez se encuentra regulada en el Código Procesal Penal del 2004, el Código procesal Civil vigente (haciendo hincapié que incluso en este ordenamiento procesal tal herramienta fue remozada en el 2014); y, obviamente también en el Código de los Niños y Adolescentes, específicamente en el artículo 174 que prescribe literalmente:

“El Juez podrá, en decisión inapelable, en cualquier estado del proceso, ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, mediante resolución debidamente fundamentada”

Potestad que tal y como se ha precisado en el marco teórico puede ser usada para proteger derechos del niño y adolescente, en aquellos procesos donde justamente se ventilen estos asuntos.

Empero, tal como señala Ledesma (2017) esta potestad oficiosa, tal como se lee en el artículo antes citado no regula

límite alguno para su aplicación, lo que pone en serio riesgo a los justiciables y a la propia administración de justicia.

Y, es que ese es el principal problema que en el presente trabajo de investigación se ha querido plasmar; sin embargo, ¿cuáles serían los fundamentos sobre los cuales se soporta esta actividad judicial?; pues el principal de todos es la Tutela Jurisdiccional; ello porque es deber del juez proteger a los justiciables a través de una solución que se ajuste a los valores más esenciales del derecho. Y, muchas veces, para otorgar una solución de este tipo, resulta necesario que el juez pueda desplegar esta actividad probatoria de oficio.

Otro de los fundamentos es el poder que el juez tiene dentro del proceso, siendo este quien encarna el poder jurisdiccional, el ordenamiento debe proveerle las herramientas necesarias que le permitan ejecutar dicha potestad.

Otro de los fundamentos que soportan esta actividad probatoria es la justicia como valor supremo del Derecho; ello porque como ya se ha dicho el juez no debe procurar cualquier tipo de solución al conflicto de interés, sino una que implique que más se acerca la verdad; pues de esta manera la solución que se brinde será la más justa.

4.1.2. Determinar la importancia de las garantías procesales como límites a las potestades de oficio, dentro de un proceso judicial constitucionalizado.

Visto y conocido es que, en nuestro proceso judicial, al menos civil, el juez es considerado el principal sujeto procesal y como tal este goza de grandes poderes dentro de este escenario procesal, así por ejemplo podríamos enumerar algunas:

- Dirigir el proceso
- Adecuar la demanda a la vía procedimental
- Ejercer la intermediación procesal
- Aprobar los acuerdos conciliatorios o transacciones que las partes realicen fuera o dentro del proceso.

- Ordenar la comparecencia de las partes al proceso
- Aplicar sanciones disciplinarias
- Declarar la nulidad del proceso o algún acto procesal

Entre otras más que se podrían mencionar; sin embargo, lo que resalta de todas estas actividades es que el juzgador las puede aplicar oficiosamente; esto quiere decir que el juez las podría ejercer sin necesidad de que las partes tengan la más mínima intervención en la forma de proceder del despacho juzgador. Y es que esta forma de proceder dentro de nuestro ordenamiento procesal civil es muy común y arraigada.

No obstante, tal como lo señala el profesor Priori (2015), desde mediados del siglo pasado el derecho ha sufrido un fenómeno denominado la constitucionalización del derecho, esto implica que el derecho ha de ser estudiado y entendido a partir de los diversos derechos humanos fundamentales; esto es, el derecho ha puesto como eje central de protección a la dignidad humana, la que a su vez es, en muchos países del mundo, es el centro de protección a través de sus respectivas Constituciones.

La constitucionalización del derecho implica que el derecho a estar irradiado por los valores supremos que la constitución protege, de ahí que, en el caso del derecho procesal, se hayan incorporado una serie de derechos aplicados al proceso, los mismos que son llamados garantías. Hurtado (2015)

Ahora, la cuestión aquí es ¿qué rol cumplen tales garantías?; pues, en palabras del profesor Cavani (2019), estas garantías funcionan como una especie de atemperador del gran poder que el Estado, encarnado por el juzgador, ejercer sobre los particulares dentro del proceso. Es decir, estas garantías procesales tienen como función principal controlar el poder judicial a efectos de que este no se pueda desbordar y terminar siendo un abuso de poder; por ello es que el antes

citado profesor enfáticamente señala que cada vez que el ordenamiento procesal conceda al juez de algún poder oficioso resulta imperativo que se establezcan (regulen) las garantías suficientes con la finalidad de poder controlar dicha potestad.

Todo esto, traído al tema de mi investigación se podría aplicar absolutamente; pues, si damos una mirada al texto legal que tiene el antes mencionado 174 del Código de los Niños y Adolescentes es fácil percatarse que, en primer lugar, contempla una potestad oficiosa; y, segundo, tal artículo no contempla ningún tipo de límite a dicha potestad ¿esto es coherente con un proceso judicial constitucionalizado?, la respuesta es obviamente negativa.

De ahí que, resulte imprescindible dotar a dicha facultad de límites para que la misma sea ejercida adecuadamente y no se corra el riesgo de convertirse en un vehículo para abusar y pasar por sobre de la dignidad humana.

4.1.3. Proponer límites a la potestad probatoria de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

Para desarrollar los resultados respecto a este objetivo específico, resulta más que adecuado citar 03 expedientes que se han tenido a la vista, los cuales a continuación se detallan:

- Recurso de casación interpuesto por la demandada, a quien, en su calidad de docente de educación primaria, el Ministerio Público demandó en proceso sobre Contravención a los derechos de niñez y adolescencia por maltrato psicológico en agravio de estudiantes.

La profesora demandada cuestiona vía casación el actuar de las instancias de mérito, quienes la han sentenciado sin actuarse medios de prueba idóneos, valorándose pericias psicológicas no ratificadas y

cuestionadas mediante su informe presentado en su contestación, no brindándosele oportunidad para ejercer su derecho al contradictorio.

Frente al mencionado informe, la Corte Suprema precisa que fue presentado como prueba documental y no pericial, por lo que no es una evaluación psicológica de las menores agraviadas, sino solo un “Documento de Análisis y Observaciones del Informe del Protocolo de Pericia Psicológica números 000122-2016 y 000076-2016”, limitándose la Suprema a indicar que la disposición del artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes es una facultad y no una obligación del juez; por lo que le resta mérito a la actuación de pruebas de oficio.

Sin embargo, es importante indicar que meses después a la presente resolución, la Sala Civil Permanente a través de la Casación 1002-2018, Lima precisa que “la justicia se sustenta en la verdad, sin verdad no puede existir justicia y el sustento para declarar la verdad es la prueba, (...), el derecho a probar también está compuesto por el derecho a que los medios probatorios sean admitidos (...) de oficio, adecuadamente actuados, y que estos sean valorados racionalmente y con la motivación debida, con el fin de estructurar correctamente la premisa fáctica del caso (...)”

En este caso la Suprema desarrolla que en atención al interés superior del niño es pertinente la ampliación de la declaración del menor cuya tenencia se pide, junto con nuevo examen psicológico para definir un pronunciamiento acorde a la materia controvertida de tenencia y custodia del menor; pues la resolución impugnada contiene motivación insuficiente.

De la presente resolución la Corte Suprema realiza su fundamentación en función a la flexibilización de los procesos de familia, la finalidad de los medios probatorios, la primera regla del X Pleno Casatorio Civil sobre el artículo 194 del Código Procesal Civil y lo prescrito en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes; declarando la nulidad de la sentencia de vista y ordenando que la sala de origen expida nueva resolución junto a la actuación y valoración de los medios probatorios que en casación ha declarado de oficio. Si bien la Corte Suprema en esta resolución ha fundamentado íntegramente la facultad de ordenar pruebas de oficio, de acuerdo con la redacción del artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes, la madre que obtuvo la tenencia y custodia en las instancias de mérito no podrá contradecir ni impugnar dicha actuación.

- Expediente 7611-2023, tramitado ante el Juzgado Civil Especializado de La Esperanza, distrito judicial de La Libertad, el mismo que versa sobre tenencia. En este expediente resulta pertinente hacer mención al acta de audiencia única, en la cual el juez ordeno lo siguiente: “DISPONER como medio probatorio de oficio que tanto los progenitores, como los dos menores, pasen por una pericia psicológica, del cual estará a cargo el equipo multidisciplinario, para determinar el grado de conducta y personalidad de cada uno de ellos, así como si estos ejercen o no, violencia física como psicológica, entre ambos o hacia sus menores hijos, debiendo con carácter de urgencia emitir el informe dentro del plazo de quince días, bajo responsabilidad”.

Como se ha podido observar de estos casos que se han tenido a la vista, es muy acostumbrado en la

práctica judicial diaria que en los asuntos en los que se tramite asuntos judiciales que involucren intereses de niños, niñas o adolescentes, cuando el juzgador de la causa opte por aplicar la potestad oficiosa prescrita en el tantas veces artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes, simplemente haga referencia al mismo y así terminar por ordenar la actuación de una determinada prueba de oficio.

Se considera que esta situación ocurre principalmente porque pese a que supletoriamente pueda hacerse aplicación del artículo 194 del Código Procesal Civil (Artículo VII del título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes), lo cierto es que dicha supletoriedad se aplicará cuando el Código de los Niños y Adolescentes no regule alguna dicha institución; sin embargo tratándose de la prueba de oficio, el Código de los Niños y Adolescentes sí la regula; y, aunque desde mi óptica lo hace de forma defectuosa, lo cierto es que este artículo 174, del Código de los Niños y Adolescentes que prescribe esta potestad judicial, no señala ningún tipo de límite a dicha potestad; de ahí que, siendo que los jueces no leen en este 174, ningún tipo de límite, les es muy sencilla y mecánica dicha aplicación; por ello, es que los casos analizados, en ninguno de ellos se ha hecho mención a límite alguno para la aplicación de la prueba de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes.

Cabe precisar, tal cual se ha mencionado en líneas precedentes, que al no señalarse algún límite a cualquiera de las actividades judiciales oficiosas implica una vulneración al debido proceso y puede generar abusos por parte del órgano resolutor.

Ahora, qué límites se podrían aplicar a este dispositivo legal; pues en primer lugar podríamos mencionar algunos de los que establece el artículo 194 del Código Procesal Civil, los cuales son el contradictorio, que las partes citen la fuente de prueba, que el juez no subroque a las partes y una adecuada motivación judicial al momento de ordenar la actuación de medios probatorios de oficio. Seguidamente se podrían plantear otros límites como el momento específico en que estos medios probatorios de oficio deberían ordenarse, precisar quizá si es que en algunos procesos en los que se prohíben determinados medios de prueba, también estén o no prohibidos que los mismos sean traídos de oficio; quizá otro de los límites podría ser que bajo ninguna circunstancia los medios probatorios del rebelde sean admitidos por el juez, bajo el rótulo de prueba de oficio.

CONCLUSIONES

1. Es importante regular límites legislativos a la prueba de oficio consagrada en el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes peruano; pues de esta manera se tendrá una regulación más coherente con un derecho constitucionalizado acorde con la dignidad de la persona humana; además porque de esta manera se podrá asegurar una aplicación adecuada de dicha potestad judicial; pues de los casos que se han tenido a la vista vemos que la aplicación de tal herramienta es defectuosa y deficiente.
2. El principal fundamento de la prueba de oficio es la Tutela Jurisdiccional; ello porque es deber del juez proteger a los justiciables a través de una solución que se ajuste a los valores más esenciales del derecho. Otro de los fundamentos es el poder que el juez tiene dentro del proceso, el cual se deriva del sistema procesal imperativo en nuestro país. Otro de los fundamentos es la búsqueda de justicia como valor supremo del Derecho; ello porque el juzgador debe procurar una solución al conflicto judicial que más se acerca la verdad; pues de esta manera la solución que se brinde será la más justa.
3. La importancia de las garantías procesales como límites a las potestades de oficio, dentro de un proceso judicial constitucionalizado, vienen a constituir una forma de atemperar el gran poder que el Estado, encarnado por el juzgador, pueda ejercer sobre los particulares dentro del proceso. Es decir, estas garantías procesales tienen como función principal controlar el poder judicial a efectos de que este no se termine por desbordarse y tal poder termine convirtiéndose en un abuso del mismo.
4. Algunos límites a la potestad probatoria de oficio en el Código de los Niños y Adolescentes que se podrían incorporar son el contradictorio previo a la ordenación de los mismos, que las partes hayan citado la fuente de prueba, que el juez no subroge a las partes, una adecuada motivación judicial al momento de ordenarlas, el momento específico en que estos medios probatorios de oficio.

RECOMENDACIÓN:

Teniendo en cuenta los resultados que se han hallado y las conclusiones formuladas, mi recomendación va encaminada a una propuesta de reforma legislativa, específicamente la del artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes. La misma que iría en el siguiente tenor:

Artículo 174.- “El Juez de primera o segunda instancia, después de la actuación probatoria, en decisión debidamente motivada y asegurando el derecho de contradicción de las partes; podrá ordenar de oficio la actuación de las pruebas que considere necesarias, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes. Con esta actuación, el juez deberá cuidar de no vulnerar el principio de imparcialidad y congruencia procesal. En caso no se respeten estos límites, dicha potestad será nula”.

Referencias

- Alfaro Valverde, L. (2015). *Reforma de los poderes probatorios del juez. Hacia una mejor comprensión de las pruebas de oficio*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Alvarado Silva, M. C. (2020). *Prevalencia del interés superior del niño y el régimen de visitas según el Código del niño y adolescente*. Trujillo: Universidad César Vallejo.
- Alvarez Julia, L., Neuss, G., & Wagner, H. (1990). *Manual de derecho procesal*. Buenos Aires: Ricardo Depalma.
- Betancourt Sadaka, Y. A., & Palomino Encalada, A. C. (2023). *La prueba de oficio y su alcance en los procesos de niñez y adolescencia*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil.
- Bustamante Alarcón, R. (2011). *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. Lima: Amag.
- Bustamante, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. Lima.
- Casación 1817-2000, Lima.
- Casación 2506-2001, Ica.
- Casación 3073-2000, Lima.
- Casación 3094-2001, Ica.
- Casación 3-2000, Lima.
- Casación 772-2006, Chincha.
- Casación 799-1999, Arequipa.
- Casación N° 309-2013, Cusco.
- Cavani, R. (2019). *Garantías procesales y poderes del Juez*. Lima: Zela.
- Chávez Granda, J., & Chevarría Pineda, J. (2018). *El inters superior del Niño, Niña y Adolescente: Un estudio sobre su regulación en la legislación*

peruana y su aplicación en la jurisprudencia sobre tenencia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Correa Ontiveros, L. C. (2019). *Prueba de oficio y proceso: Una mirada desde el Estado Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Couture, E. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil.* Buenos Aires: Depalma.

De La Plaza, M. (1955). *Derecho Procesal Civil español.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

Devis Echandía, H. (1985). *Teoría General del Proceso.* Buenos Aires: Ed. Universidad.

División de Estudios Jurídicos de Gaceta Jurídica. (2015). *Manual del Proceso Civil. Todas las figuras procesales a través de sus fuentes doctrinarias y jurisprudenciales.* Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Expediente 03386-2009-PHC/TC, 03386-2009-PHC/TC (Tribunal Constitucional 13 de agosto de 2009).

Expediente 05842-2006-PHC/TC, 05842-2006-PHC/TC (Tribunal Constitucional 7 de noviembre de 2008).

Falcón, E. (2003). *Tratado de la prueba.* Buenos Aires: Astrea.

Fernández Segado, F. (1994). La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción. *RGD*, 9257- 9284.

Gutiérrez - Ticse, G. (2021). *Comentarios a la Constitución Política del Perú.* Lima: Grijley.

Hurtado Reyes, M. (2015). *La prueba de oficio a partir de la modificación del artículo 194 del Código Procesal Civil.* Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.

Landa Arroyo, C. (2002). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional Año VIII N°8*, 445-461.

- Ledesma Narváez, M. (2017). *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Martel Chang, R. (2015). *Pruebas de oficio en el proceso civil*. Lima: Pacífico.
- Martel Chang, R. (2016). Pruebas de Oficio. En G. J. S.A., *Código Procesal Civil Comentado* (págs. 253-265). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Nowak, J., & Rotunda, R. (1995). Constitutional Law. *Princeton University Press*, 380-451.
- Palacios Pareja, E. (2015). *Entrevista a Enrique Palacios acerca de las modificaciones al código procesal civil*. Lima: IUS 360.
- Priori Posada, G. (2015). *La reciente reforma del proceso civil peruano ¿realmente tendremos procesos más rápidos?* Lima: IUS 360.
- Ramírez Jiménez, N. (2015). *Cambios en reglas para la acumulación darán celeridad*. Lima: Peruweek.
- Recurso de Nulidad 761-2018, Apurímac, 761-2018 (Corte Suprema veintiocho de mayo de 2018).
- Sáenz, L. (1999). La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista peruana de Derecho Constitucional*, 483-564.
- Sagues, N. P. (1993). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Torres Rimac, Y. B. (2019). *Los derechos del niño y adolescente en el presente siglo XXI, problemática socio-político y jurídico como consecuencia de su violación*. Cerro de Pasco: Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión.