

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS: UNA GUÍA PARA JUECES Y ÁRBITROS

Discovering of Controversial Issues: A Guide for Judges and Arbitrators

Renzo Cavani*
Pontificia Universidad Católica del Perú

Recepción: 21/07/2017

Aceptación: 02/10/2017

Resumen

Este artículo busca cuestionar el entendimiento presente en la práctica judicial y arbitral peruana de que la fijación de los puntos controvertidos consiste meramente en transcribir los pedidos contenidos en la demanda. Contrariamente a ello, se propone que el juez o árbitro desempeñe una auténtica actividad de organización del proceso, consistiendo en la delimitación del objeto litigioso del proceso, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos jurídicos de las partes.

Palabras clave: Puntos controvertidos; objeto litigioso; medios de prueba contradictorio; motivación.

Abstract

This article seeks to challenge the actual understanding in Peruvian judicial practices and arbitration practices have the task of the discovering of controversial issues that simply consists in the transcription of the sue requests. Contrary to this, this text suggests that the judge or arbitrator should perform a reliable work in the procedure organization, this lies in determining the relevant facts, the admission and exclusion of the evidence and the legal issues offered by the parties.

Keywords: Factual and legal issues; evidence; legal justification.

* Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Integrante efectivo de la Associação Brasileira de Direito Processual. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre me llamó la atención que en la práctica judicial peruana la así llamada «fijación de puntos controvertidos», que recibiera una magra atención por el legislador del CPC de 1993¹, consista en la mera transcripción de las «pretensiones» de la demanda y/o reconvencción. En gran medida, lo mismo podría decirse de la práctica arbitral de nuestro país.

Por ejemplo, si es que se demanda la nulidad del contrato, la cancelación del asiento registral y una indemnización, el auto que fijaba los puntos controvertidos, los puntos controvertidos eran fijados de esta manera: (a) determinar si debe ser declarada la nulidad del contrato X; (b) determinar si debe cancelarse el asiento registral en la Partida Electrónica Y; (c) determinar si el demandado debe pagar X suma de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Algo extraño había aquí: ¿cuál era el sentido de repetir lo que ya estaba en la demanda?

Pues bien, el presente artículo busca defender que, a pesar de la mezquindad en la redacción del artículo 468 del CPC, la práctica debe ir más allá de la delimitación de los puntos en controversia, para pasar a desempeñar una compleja actividad de *organización del proceso*², que comprende, a su vez, tres subactividades consistentes en: (i) la delimitación del objeto litigioso; (ii) la admisibilidad de los medios probatorios (siempre que no sea una cuestión de puro derecho) y (iii) la determinación de los argumentos fáctico-jurídicos. Esta propuesta se justifica, además, en que contribuye con una mayor promoción de los derechos fundamentales al contradictorio, a la prueba y a la motivación de las decisiones judiciales.

-
- 1 Artículo 468. Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio. Expedido el auto de saneamiento procesal, las partes dentro del tercero día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. Vencido este plazo con o sin la propuesta de las partes el Juez procederá a fijar los puntos controvertidos y la declaración de admisión o rechazo, según sea el caso, de los medios probatorios ofrecidos. (...).
 - 2 Recojo el feliz término «organización del proceso» del *Código de Proceso Civil* brasileño de 2015. Allí, en su capítulo X, sección IV, «Saneamiento y organización del proceso», consistente en un solo artículo (el 357) en donde el juez debe expedir una decisión que contendrá, entre otros asuntos, la delimitación de las cuestiones de hecho sobre las cuales recaerá la actividad probatoria, especificando los medios de prueba admitidos (inciso II) y delimitar las cuestiones de derecho relevantes para la decisión de mérito (inciso IV).

Por su parte, desde un aspecto pragmático, este texto tiene como pretensión ofrecer una guía que pueda ser de utilidad en los procesos judiciales (y también arbitrales) al momento de trabajar con los así denominados «puntos controvertidos».

II. UN NECESARIO ESCLARECIMIENTO TERMINOLÓGICO: CAUSA DE PEDIR, PEDIDO, HECHOS ESENCIALES

Resulta imposible abordar el tema de los puntos controvertidos desde una perspectiva crítica sin tener antes una meridiana claridad respecto de algunos conceptos. Aquí no buscaré problematizar sobre las complejidades dogmáticas que ellos ofrecen: basta remitirse a la bibliografía pertinente para que el lector pueda profundizar.

Entendida la demanda como *acto jurídico*, ella materializa una *pretensión*, esto es, una declaración de voluntad consistente en una exigencia de tutela jurídica. Si estamos hablando de un proceso judicial, la exigencia se dirige al Estado; ya si se trata de un arbitraje, la exigencia se dirige al juez privado (árbitro único o tribunal arbitral). La pretensión tiene un elemento subjetivo (las partes) y dos elementos objetivos (causa de pedir y pedido).

La causa de pedir es la *razón* por la cual se solicita tutela jurídica³ y, concretamente, es el conjunto de hechos jurídicamente calificados que revistan *esencialidad*. Dentro de la narrativa fáctica que el demandante ofrece al juez o árbitro, existen *hechos esenciales* (principales o jurígenos) y *hechos secundarios*. Los primeros son aquellos que tienen aptitud para conducir directamente a una declaración de *fundabilidad o infundabilidad* de la pretensión. Los segundos son aquellos que complementan o esclarecen a los primeros, sirviendo, inclusive, como indicios⁴.

Por ejemplo, en una demanda de reivindicación, Juan alega que en agosto de 2014 adquirió la propiedad, pero que en abril de 2016 Gustavo usurpó ilegalmente una porción de su bien, y todas las veces que verbalmente le exigió la restitución este, simplemente, hizo caso omiso. Aquí tenemos dos hechos

3 Por todos, CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo *A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil – Uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 33 y ss.; RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. São Paulo: GZ Editora, 2014, pp. 37 y ss.; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 4.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

4 Cfr., con provecho, Marco Antonio RODRIGUES. Ob. cit., p. 54.

esenciales (adquisición de propiedad y usurpación) y varios hechos secundarios (todos los reclamos verbales). Son los primeros los que llevarían, de ser el caso, a que el juez declare fundada la demanda, y le dé la razón a Juan.

Por su parte, el pedido es *la manifestación concreta* de lo que se quiere del órgano juzgador. La doctrina entiende que existen dos tipos de pedido: el *pedido inmediato* y el *pedido mediato*. Ambos buscan un resultado práctico específico: el pedido inmediato busca un resultado en el plano del derecho *procesal*; el pedido mediato busca un resultado en el plano del derecho *material*. El pedido inmediato busca un tipo de *tutela jurisdiccional* (declarativa, constitutiva, condenatoria, mandamental o ejecutiva *lato sensu*).⁵ El pedido mediato busca un tipo de *tutela del derecho* (inhibitoria, remoción del ilícito, reintegratoria o resarcitoria)⁶.

No hay que confundir causa de pedir con *fundamentos de hecho*, ni pedido con *petitorio*. Causa de pedir y pedido son *elementos de la pretensión*, mientras que «fundamentos de hecho» y «petitorio» son, según la práctica forense peruana, *partes o fragmentos de un documento denominado «demanda»*. De hecho, la demanda-acto no puede confundirse con la demanda-documento a pesar de su polisemia, así como tampoco puede confundirse, cuando se habla de «contrato», entre el acuerdo de voluntades y el documento en que este podría plasmarse.

Esto lleva a concluir que, en estricto, lo que comúnmente se entiende por «pretensiones» (por ejemplo: «pretensión subordinada») es, en realidad, no otra cosa que *pedidos*. Por ejemplo, cuando se solicita como «pretensión principal» la nulidad del acto jurídico y como «pretensión accesoria» la cancelación del asiento registral donde aparece el derecho inscrito, en realidad estamos hablando de *pedidos*. ¿Qué sería entonces la «pretensión»? Pues la conjunción entre causa de pedir (los hechos que justifican la existencia del derecho subjetivo de pedir la nulidad y la cancelación del asiento registral) *más* el pedido.

Esto es de importancia determinante para esclarecer los así llamados «puntos controvertidos». Como veremos a continuación, esta tarea no puede resumirse a la transcripción del petitorio o, mejor, de los *pedidos*

5 Por todos, cfr. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoría e prática da tutela jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 103 y ss.

6 Sobre el asunto, cfr. CAVANI, Renzo «¿Qué es la tutela inhibitoria?».

contenidos en el *petitorio*⁷. La confusión entre pretensión y pedido, suscitada por el CPC, parece haber condicionado la práctica judicial (e inclusive, curiosamente, la arbitral), y con ello se puede asumir que se ha despreciado el otro elemento de la pretensión: la causa de pedir o, más concretamente, los *hechos esenciales*. Y esto es particularmente curioso debido a que la «delimitación de los hechos del proceso (objeto litigioso) es determinante para realizar, primero, una adecuada racionalización de los medios probatorios ofrecidos y, luego, para decidir el mérito de la causa de forma congruente y motivada».

A continuación, desarrollaré la propuesta de organización del proceso anunciada más arriba.

III. LA «FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS» COMO MERA TRANSCRIPCIÓN DE LAS PRETENSIONES DEL DEMANDANTE EN LA (MALA) PRÁCTICA PROCESAL PERUANA (JUDICIAL Y ARBITRAL). LA DELIMITACIÓN DEL OBJETO LITIGIOSO DEL PROCESO (THEMA DECIDENDUM)

La lógica del procedimiento de primera instancia, regulado por el CPC, está pensada para que este discurra por dos fases: una postulatoria y otra probatorio-decisoria. En la primera, la discusión se centra principalmente en la (in)adecuada configuración de la relación jurídica procesal; esto es, se cuestiona la (in)competencia, la representación defectuosa, la (in) capacidad procesal, etc. En la segunda, una vez que se superó la primera, la discusión se centra en el debate sobre el mérito (o fondo) del proceso. Específicamente, se dialoga sobre los hechos acerca de los cuales el juez se pronunciará, la admisibilidad de los medios probatorios a partir de los

7 Esto ha sido correctamente criticado por Roger Zavaleta. Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional. En *Vox Iudex* n.º 3. Trujillo, 2009, p. 148, aunque con un enfoque un tanto diferente del adoptado en el presente artículo. Cfr. también, desde una perspectiva de teoría de la argumentación jurídica, HIGA, César. ¿Sobre qué estamos discutiendo? Hacia un modelo para la identificación de las cuestiones controvertidas en un debate. Disponible en <http://www.ius360.com/publico/procesal/sobre-que-estabamos-discutiendo-hacia-un-modelo-para-la-identificacion-de-la-cuestiones-controvertidas-en-un-debate>. HIGA, César. «Los esquemas argumentativos como herramienta que le facilita al juez el análisis y la evaluación de los argumentos de las partes». En PRIORI, Giovanni (Coord.). *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, 2016, pp. 35-50.

hechos ya fijados, los argumentos respecto de la probanza de los hechos y sobre las cuestiones jurídicas controvertidas, todo lo cual desemboca en la decisión.

Si bien esta es la lógica del CPC, es verdad que en la fase postulatoria, rigurosamente, también se discute una porción del mérito, por más que el legislador le haya atribuido, como consecuencia la improcedencia de la demanda, nulidad de todo lo actuado y la conclusión del proceso sin declaración del fondo (con la consecuente posibilidad de *reproponer la demanda*). Por ejemplo, denunciar la prescripción o caducidad realmente equivale alegar la extinción del derecho del cual el demandante dice ser titular, mientras que discutir la legitimidad para obrar presupone hablar sobre la titularidad del derecho discutido o la vinculación con la relación jurídica material discutida. En ambos casos, sin embargo, de estimarse la excepción correspondiente, se anulará el proceso.

De otro lado, en la fase probatorio-decisoria también puede darse una discusión típica de la fase postulatoria, principalmente por la previsión del artículo 121, § 3, en donde el juez, *en vez* de sentenciar (y no «al momento», nótese bien), decide emitir un auto de improcedencia de la demanda, invalidando todo el proceso.

Esto es importante porque si es la demanda la que inaugura la fase postulatoria —y, de paso, el proceso de primera instancia— el auto de saneamiento es el acto que la concluye. En efecto, mediante este se declara la existencia de una relación procesal válida, luego de que queden subsanados todos los vicios que puedan haberse presentado en la fase postulatoria. ¿Y cuál es el acto que inaugura la fase probatorio-decisoria? Pues precisamente la así llamada «fijación de puntos controvertidos».

El *nomen legis*, empero, es extremadamente engañoso. Parecería que el CPC le pide al juez apenas que *determine aquellos aspectos en donde exista controversia*. Por ello, quizá la práctica entendió que dado que los pedidos del demandante reflejan una controversia que es resistida por el demandado, entonces «fijar puntos controvertidos» consistiría en transcribir los pedidos de la demanda.

Nada más equivocado. Como bien indica Zavaleta:

Esta práctica [la judicial] no repara que el petitorio simple y llanamente expresa la conclusión del razonamiento de quien demanda, pero no los fundamentos que la sustentan y, sobre todo, los extremos específicos de tales fundamentos que entran en confrontación con los de la parte contraria y son trascendentes

para resolver la litis. Recordemos que el demandante no solo presenta al juez su versión sobre los hechos del caso, sino que esta versión implica una selección y ordenamiento de tales hechos de manera que constituyan la condición de aplicación de la norma jurídica que —al final de su razonamiento— derive en la conclusión deseada. Esta conclusión es la que el demandante presenta al juez como el petitorio de su demanda; y, en buena cuenta, es la que solicita se ampare en la sentencia. En este sentido, si los puntos controvertidos resumen los problemas de justificación externa que presenta el caso; y, estos surgen como consecuencia de la duda o discrepancia entre las partes sobre las premisas normativas o fácticas del razonamiento jurídico, entonces es imposible que a partir de la conclusión del demandante (*v. gr.* petitorio de la demanda) se fijen correctamente los puntos controvertidos⁸.

Como fue anunciado, lo que se buscará demostrar es que esta práctica es equivocada, proponiendo que se lleve a cabo una actividad consistente en una auténtica *organización del proceso*. Esta actividad comprende, a su vez, tres subactividades: la delimitación de los hechos esenciales, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos fáctico-jurídicos de las partes.

Para la fijación del objeto litigioso del proceso (*thema decidendum*), siendo la primera subactividad de la *organización del proceso*, resulta indispensable estudiar detalladamente la demanda y la contestación (y, eventualmente, la reconvencción y su contestación) para, primero, identificar cuáles son los *hechos alegados* por las partes. Posteriormente, es necesario identificar los *hechos esenciales*, pues, como se ha indicado, solo estos tienen la aptitud de conducir *directamente* a un pronunciamiento de fundabilidad o infundabilidad.

Esto bien puede plasmarse en una tabla a fin de que el juez o árbitro realice este delicado trabajo.

En el Cuadro 1, los hechos esenciales son los que se encuentran por encima de la línea, mientras que los hechos no esenciales son los que están debajo. Junto a los hechos esenciales pueden colocarse, también, los hechos no esenciales que sirvan como indicios que puedan conducir a la probanza de los primeros. En ese caso, estarían revestidos de *esencialidad*.

8 ZAVALETA, Roger, 2009, ob. cit., pp. 148-149. Vale la pena mencionar que este ensayo ha sido incorporado en una monografía de largo aliento aparecida cinco años después: ZAVALETA, Roger. *La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica*. Lima: Grijley, 2014, pp. 135. Por cuestiones de conveniencia, continuaré citando el primer texto.

Cuadro 1

Demanda	Contestación
H1d	H1c
H2d	H2c
H3d	<u>H3c</u>
H4d	
<u>H5d</u>	H4c
	(...)
H6d	
H7d	
(...)	

Fuente: Elaboración propia.

De cualquier manera, la línea divisoria traza la frontera entre *los hechos que serán objeto de pronunciamiento de aquellos que no*. Estos deberán simplemente ser descartados de la futura decisión.

IV. LA ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA (THEMA PROBANDUM)

Desde un punto de vista lógico, no hay forma de realizar una calificación de los medios de prueba si es que no se han delimitado los hechos respecto de los cuales el juez se pronunciará. Sin el *thema decidendum* no hay *thema probandum*; esto es, aquello sobre lo que recae los medios de prueba de las partes⁹. En este punto se trata de vincular los medios probatorios que han sido ofrecidos a sus respectivas alegaciones de hecho. Esta vinculación es realizada en abstracto, no propiamente valorando los medios de prueba, sino *examinándolos sumariamente para identificar cuál es el hecho alegado que buscan acreditar*¹⁰.

9 Sustancialmente conforme, ZAVALETA, Roger. 2009, ob. cit. pp. 140.

10 Como es claro, esto no cuenta para los casos en donde la cuestión debatida sea de puro derecho; esto es, cuando no habrá discusión probatoria por ser un tema esencialmente jurídico, como sería el caso de un proceso de acción popular o de inconstitucionalidad. En el ámbito civil tenemos, por ejemplo, la interpretación de un contrato, la nulidad de un acto jurídico por petitorio jurídicamente imposible, etc. Inclusive en estos casos, el artículo 473 del CPC ordena al juez prescindir de la audiencia de pruebas.

Los medios probatorios, para ser admitidos, deben dirigirse a demostrar *hechos controvertidos, pertinentes y relevantes* y, además, deben ser *lícitos*. Son, por tanto, los cuatro requisitos: controversia, pertinencia, relevancia y licitud. Ellos están regulados en los artículos 190 y 199 del CPC, pero más allá de su regulación, es lo que la doctrina sostiene para la calificación de los medios de prueba¹¹.

Los medios probatorios deben buscar acreditar *hechos controvertidos* porque debe existir, cuando menos, dos versiones sobre un hecho; los medios probatorios deben ser *pertinentes*, porque deben referirse al mérito de la causa (esto es, estrictamente al *thema decidendum* ya delimitado); los medios probatorios deben ser *relevantes*, porque el esclarecimiento de los hechos a que se refieren debe contribuir con conducir a la verdad; finalmente, los medios probatorios deben haber sido obtenidos *lícitamente*.

Esto impacta directamente en el respeto al *derecho fundamental a la prueba*, cuyo contenido normativo está compuesto, entre otros aspectos, por el derecho a la admisión de los medios probatorios *ofrecidos* que cumplan con los requisitos legales, superando las barreras de exclusión probatoria. Con esas cualidades objetivas, se le impone al juez el deber de *admitir los medios probatorios* y, luego, el derecho de la parte de *actuarlos*, para que posteriormente sean valorados en la sentencia. Así, la *admisión* de los medios de prueba es un momento estelar tales medios serán objeto de valoración a fin de corroborar las hipótesis fácticas en juicio. El artículo 190 del CPC¹²

11 Por todos, PAULA RAMOS, Vitor de. «Derecho fundamental a la prueba». Trad. Renzo Cavani. En *Gaceta Constitucional* n.º 65. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, mayo 2013, pp. 290 y ss.

12 Artículo 190. Pertinencia e improcedencia. Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez. Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

consagra los requisitos de la controversia, pertinencia y relevancia, con la particularidad de que están enunciados en negativo. Si los convirtiésemos a enunciados positivos, quedarían como sigue:

- (a) deben referirse a hechos o a la costumbre de la pretensión (pertinencia);
- (b) los hechos no pueden ser no controvertidos; (c) no pueden ser imposibles (relevancia);
- (c) no deben ser notorios o de pública evidencia (relevancia);
- (d) hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra (controversia); y
- (e) no deben estar sujetos a una presunción *iure et de iure* (relevancia).

Por su parte, el artículo 199 señala que «carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno». Más allá de que la expresión «carece de eficacia probatoria» pueda llevar a plantear una *cuestión probatoria* (para así eliminar la eficacia probatoria del medio de prueba al momento de sentenciar), considero que también es posible que el juez, constatando la ilicitud del medio de prueba y previo contradictorio con las partes, lo rechace, impidiendo, inclusive, que se acúe en la audiencia y, por tanto, tener que pronunciarse sobre tales medios de prueba en la sentencia.

Es así que el juez, para admitir los medios probatorios o declararlos improcedentes debe *limitar* su análisis a la controversia, pertinencia, relevancia y licitud y, si decide rechazar alguno, debe fundamentar su decisión *únicamente* a partir de uno o más criterios.

Al momento de realizar el saneamiento probatorio, una vez delimitado el objeto litigioso del proceso, el juez debe preguntar: ¿qué hecho *esencial busca ser probado con el medio probatorio X*? Estas preguntas permitirán realizar la vinculación en abstracto a la que hice referencia hace poco. El Cuadro 2, por tanto, tiende a complejizarse más con la introducción de los medios probatorios que obran en el proceso. Veamos solo lo correspondiente a la demanda (teniendo en cuenta que lo mismo debería realizarse para la contestación de demanda, reconvenición, hecho nuevo, pretensiones incorporadas por un interviniente, etc.).

En el Cuadro 2 se ve que una vez delimitados los hechos esenciales es posible identificar qué medios probatorios están destinados a demostrar su veracidad y, a la misma vez, qué medios probatorios, por estar vinculados directamente a los hechos no esenciales (= no conforman el *thema*

decidendum), deben ser rechazados. Aquí, por tanto, se realiza el análisis de la *pertinencia* y *relevancia*. El examen de estos dos requisitos, por tanto, es lo primero que debe ser realizado en el saneamiento probatorio¹³.

Cuadro 2

Demanda	Medios probatorios de la demanda
H1d	MP1
H2d	MP2
H3d	MP3
H4d	MP4
H5d	MP5
<hr/>	
	MP6
H6d	MP7
H7d	MP8
(...)	MP9
<hr/>	
	MP10
	MP11
	(...)

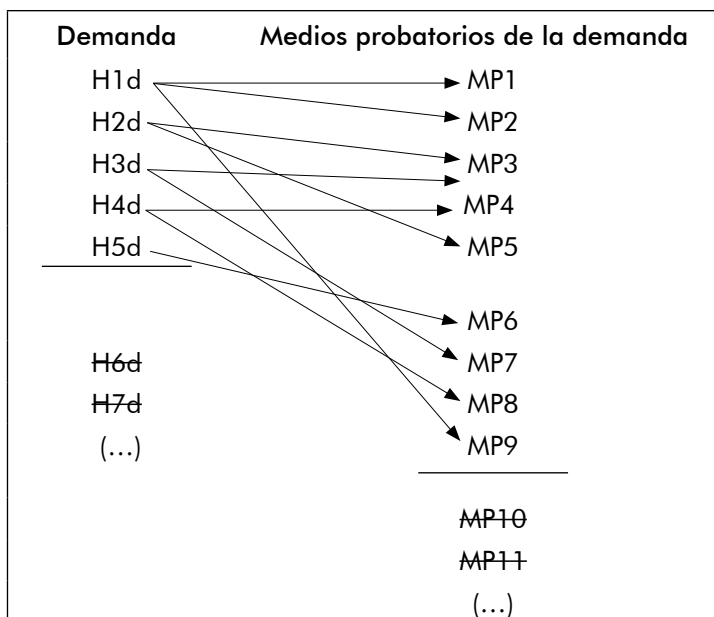
Fuente: Elaboración propia

Resulta de gran utilidad trazar líneas a fin de que, gráficamente, cada uno de los hechos esté unido a su respectivo medio de prueba.

El procedimiento plasmado en el Cuadro 3 permite tener un panorama general de la estrategia, a nivel de probanza, del demandante. Vincular de esta manera los hechos y los medios de prueba resulta ser decisivo para *racionalizar el trabajo* del órgano juzgador a nivel probatorio. En efecto, desde un punto de vista de la eficiencia, mientras mejor identificados estén los binomios hecho/medio probatorio, más sencillo será determinar qué es lo que, al final, será objeto de valoración y, luego, de justificación.

13 Dejaré el tema de la prueba ilícita y la posibilidad de su constatación en el marco del saneamiento probatorio para otra oportunidad. Para mayor información, cfr., con provecho, ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2011; FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 95 y ss.

Cuadro 3



Fuente: Elaboración propia.

Asimismo, esto resulta de particular interés porque si en la valoración se concluyese que un hecho no está probado, debe aplicarse la *carga de la prueba* (o, muy residualmente, la prueba de oficio o la dinamización de la carga de la prueba, cuando esté autorizada por ley). Conectar hechos con medios de prueba permitiría identificar rápidamente el grado de corroboración de estos, determinando si es que determinado hecho está probado o no¹⁴.

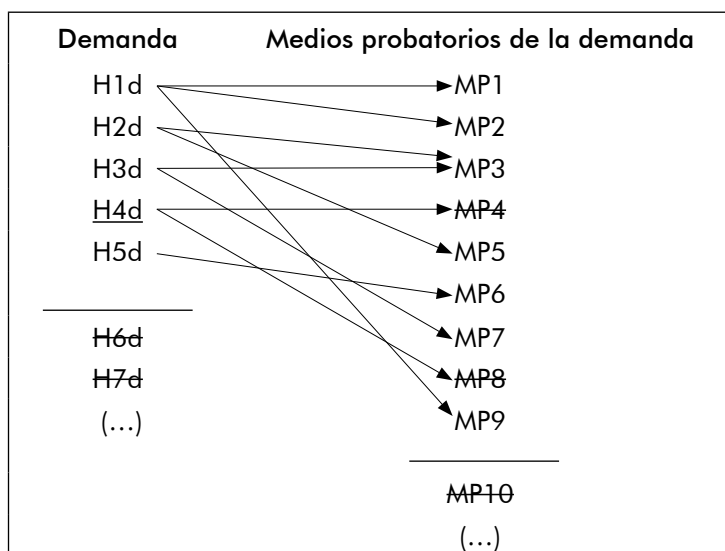
Superado el análisis de la pertinencia y la relevancia, es menester retornar al tema de los *hechos controvertidos*. Si algo debe quedar claro hasta ahora es que solo con posterioridad a la delimitación de los hechos es que se puede analizar cuáles son los *hechos controvertidos*. Nótese bien que los hechos controvertidos sí integran el *thema decidendum*; esto es, recibirán un pronunciamiento por parte del juez. Su particularidad es que *no requieren de probanza* pues las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, han manifestado que sí ocurrieron¹⁵.

14 Por todos, con provecho, FERRER, Jordi *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

15 Por eso es que el artículo 190 ordena al juez que declare la improcedencia de los medios de prueba «que tiendan a establecer (...) 2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos».

Si es que seguimos trabajando con el Cuadro 3, imaginemos que H4d fue *aceptado* por el demandado (le colocaremos un subrayado). Lo que corresponde, por tanto, es *eliminar* los medios probatorios que buscan acreditar su veracidad (MP4 y MP8). Estos ya no deben siquiera ser valorados porque el hecho que buscan acreditar ha quedado probado. Así, sería una actividad probatoria absolutamente inútil tener que demostrar un hecho que la contraparte dio como cierto. De esta manera, el Cuadro 3 podría colocarse así:

Cuadro 4



Fuente: Elaboración propia.

Pero la delimitación del objeto litigioso del proceso y la admisibilidad de los medios de prueba, sumando a ello la identificación de los hechos controvertidos, no es suficiente para la actividad de *organización del proceso*. Esta debe involucrar, también, la identificación de aquellas alegaciones esenciales que han sido proporcionadas por las partes respecto de los hechos, los medios de prueba y, además, las cuestiones jurídicas planteadas. Esto es lo que pasaremos a examinar a continuación.

V. LA DETERMINACIÓN DE LOS FUNDAMENTOS FÁCTICO-JURÍDICOS

La determinación de los argumentos fáctico-jurídicos es absolutamente indispensable para conectar *thema decidendum*, *thema probandum* y la propia

actividad decisoria o justificativa¹⁶. Aquí es donde hace su aparición la importancia del derecho fundamental al contradictorio en su conjunción con el derecho fundamental a la motivación de las decisiones judiciales.

A partir de un correcto entendimiento del núcleo duro del derecho fundamental al contradictorio como derecho de influencia y deber de debate¹⁷, la motivación viene a ser «el último momento de manifestación del derecho al contradictorio y proporciona un parámetro seguro para la verificación de la sumisión del juez al contradictorio y al deber de debate que emana de él»¹⁸. En efecto, la mejor forma de constatar que las partes influenciaron en la decisión judicial (entendida ésta como acto de poder) es cuando el juez evidencia un *diálogo* respecto de los *fundamentos* alegados por ellas.

De ahí que los *fundamentos* deban ser diferenciados de los *argumentos*. Los primeros constituyen «los puntos levantados por las partes de los cuales provienen, por sí solos, la fundabilidad o la infundabilidad del pedido formulado», mientras que los segundos «son simples refuerzos teóricos que las partes realizan en torno a los fundamentos»¹⁹, como sería el caso, por ejemplo, de describir una teoría acogida por el CPC según la opinión de algún jurista citado por una de las partes. El juez no tiene por qué refutar si el jurista citado por la parte tiene o no razón, sino, por el contrario, debe pronunciarse *expresamente* sobre *todos* los fundamentos, con seriedad y detenimiento, concentrando sus energías en analizar los puntos que lo lleven a decidir el caso concreto. *Los argumentos no pueden ser objeto de su preocupación ni, tampoco, de su justificación*²⁰.

Así como los hechos esenciales, los fundamentos deben conducir por sí solos a la fundabilidad o infundabilidad del pedido; concretamente, son

16 ZAVALETA, Roger, 2009, Ob. cit., p. 144.

17 Sobre el tema, cfr. ALFARO VALVERDE, Luis. *El principio de audiencia. Evolución e influencia en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 2014, pp. 101 y ss.; CABRAL, Antonio do Passo. «El principio del contraddittorio como diritto d'influenza e dovere di dibattito». En *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 2005, n.º 2, pp. 118 y ss.; CAVANI, Renzo. «Combatiendo las «nulidades-sorpresa»: El derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal». En *Gaceta Constitucional* n.º 58. Lima: Gaceta jurídica, 2012, pp. 288-296. Recuperado de: <https://ufrgs.academia.edu/RenzoCavani>.

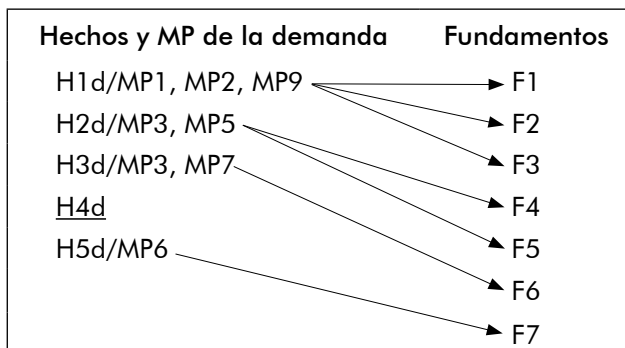
18 SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 666-667.

19 *Ibidem*, pp. 667-668, cita 238.

20 Conforme ZAVALETA, Roger. *Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional*, 2009. Ob. cit., p. 147.

alegaciones que versan sobre los hechos, sobre los medios probatorios o sobre cuestiones jurídicas que resultan ser determinantes para el pronunciamiento del juez. Es así que la identificación de los *fundamentos* debe realizarse *después* de la delimitación del objeto litigioso del proceso y de la admisibilidad de los medios de prueba, tal como se indica en el gráfico siguiente:

Cuadro 5



Fuente: Elaboración del autor

Tras establecer el binomio «hecho-prueba» e identificar los fundamentos, el juez deberá preocuparse por dar una respuesta *a cada uno de ellos*. Eso es lo que exige el derecho fundamental al contradictorio, puesto que solo habrá auténtica participación de las partes cuando estas hayan podido *efectivamente* contribuir con el acto de poder que les alcanzará. Y esta participación se trasluce esencialmente en el diálogo entre los *fundamentos* y las *respuestas* del juez.

Identificar los fundamentos alegados por las partes hace referencia a la *completitud* de la motivación²¹. Con ello se satisface una porción del *deber de motivar*, específicamente lo que se conoce como *justificación externa*. Pero esta va más allá: en realidad la justificación externa refleja la *adecuación de las elecciones de las premisas empleadas en la justificación interna*²².

Partiendo de la idea de que *texto y norma* son inconfundibles debido a la ínsita equivocidad del lenguaje y que la labor interpretativa presupone una

21 TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padua: Cedam, 1975, pp. 467 y ss.

22 La corrección lógica de la decisión, es decir, la necesidad de no contradicción entre sus premisas, conforma lo que se conoce como justificación interna. Sobre el asunto, ampliamente, WRÓBLEWSKI, Jerzy. «Legal Decision and its Justification». En *Logique & Analyse* vol. 14, n.º 53-54, 1971, pp. 421 y ss.; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of the Law* (Ed.: Zenon Bankowski, Neil MaacCormick). Dordrecht: Springer-Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 209 y ss.

reconstrucción de sentidos en base a elecciones y valoraciones del intérprete, la justificación de dichas elecciones entra de lleno en el campo de la *argumentación jurídica*²³. De ahí que la *justificación externa* consista en la demostración de las razones del proceso interpretativo, es decir, la extracción de la norma del texto (o, de ser el caso, de un elemento no-textual), su individualización para el caso concreto en base al encuadramiento de los hechos alegados (*interpretazione attività e interpretazione-prodotto*²⁴) y los medios probatorios destinados a probarlos, todo ello siguiendo las correspondientes reglas argumentativas²⁵. La justificación externa también implica la correcta aplicación de la norma (lo cual se diferencia de la actividad interpretativa, cuyo objeto son *enunciados normativos* o *textos*)²⁶.

Este entendimiento de la interpretación y aplicación jurídica y su plena inserción en un contexto en donde el *peso de los argumentos* es decisivo para la adopción de la *mejor decisión posible*, es lo que intensifica la importancia de que la *organización del proceso* tenga como parte esencial la determinación de aquellas alegaciones de las partes sobre cómo interpretar los textos normativos, si los medios de prueba presentados por la contraparte no corroboran la hipótesis por ellos formulada, si debe emplearse alguna metanorma para resolver algún conflicto entre reglas o principios, etc. La dimensión argumentativa de la actividad de interpretación y aplicación del derecho, por tanto, genera que cobre mayor importancia la dimensión participativa.

Es así que se manifiesta nítidamente la intersección entre contradictorio, motivación y prueba: las partes tienen derecho a *influir* en la propia elaboración de la decisión, contribuyendo con sus fundamentos y argumentos, buscando demostrar la veracidad de sus alegaciones de hecho, direccionados estos a probar que la razón les asiste.

23 GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè, 2011, pp. 3-11 y 63 y ss.; Chiassoni, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Boloña: Il Mulino, 2007, pp. 49 y ss.

24 TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 39 y ss.; Guastini, Riccardo. Ob. cit., pp. 13 y ss.

25 CHIASSONI, Pierluigi. *La giurisprudenza civile – Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milán: Giuffrè, 1999, pp. 572 y ss.; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Ob. cit., pp. 11 y ss.

26 *Ibidem*, pp. 136 y ss.

VI. CONCLUSIONES

La práctica judicial y arbitral en nuestro país poco contribuye con la racionalización en el trabajo con los medios de prueba y con la actividad decisoria. En efecto, la mera transcripción de los pedidos de la demanda hace que se sacrifique la posibilidad de que el juez o árbitro realice un adecuado examen fáctico-jurídico de la causa, conduciendo a decisiones mal motivadas.

Por ello, lo que se conoce como «puntos controvertidos» y «saneamiento probatorio» según la terminología del CPC debe entenderse como una actividad que podemos denominar «organización del proceso» que comprenda la delimitación del objeto litigioso del proceso, la admisibilidad de los medios de prueba y la determinación de los fundamentos fáctico-jurídicos proporcionados por las partes, todo mediante la activa participación de estas. El juez, por su parte, al motivar su decisión, trabajando con las cuestiones de hecho y derecho como *elementos inseparables*, tiene que evidenciar que dicha *influencia* realmente existió.

Todo ello permitirá un trabajo más eficiente que, a la postre, promoverá los derechos fundamentales al contradictorio y a la prueba y, además, coadyuvará para el adecuado cumplimiento del deber de justificación de las decisiones judiciales y arbitrales.