



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**



ESCUELA DE POST GRADO

MAESTRIA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

**LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA, SU NECESIDAD DE
SER LEGISLADA EN EL PROCESO CIVIL PERUANO**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y
COMERCIAL.**

PRESENTADA POR:

LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ.

LAMBAYEQUE – PERU

2014

**“LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA, SU NECESIDAD DE SER LEGISLADA
EN EL PROCESO CIVIL PERUANO”**

LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ.

AUTOR

Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ.

ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional
“Pedro Ruíz Gallo” para optar el Grado Académico de **MAESTRO
EN DERECHO**, con mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

APROBADO POR:

Dr. JOSE MARIA BALCAZAR ZELADA.

Jurado (Presidente)

M.Sc. CARLOS ALFONSO SILVA MUÑOZ.

Jurado (Secretario)

M.Sc. CARLOS CEVALLOS DE BARRENECHEA.

Jurado (Vocal)

FEBRERO– 2014

DEDICATORIA.

*A mi padre, **LEOPOLDO YZQUIERDO SANTA CRUZ**, in memoriam,*

*A mi madre **MARIA LIDIA HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, Por
su amor y apoyo incansable e incondicional.*

A quienes debo sus coordenadas, las primeras
orientaciones, sus sabias enseñanzas
para la superación.

A ellos dedico...

*A mi tía **GAUDENCIA SEBASTIANA MONDRAGÓN SANTA CRUZ**, con
sus 103 años es un ejemplo de vida, quien me motivo para
ser abogado y docente universitario; ella es
mi referencia de mis logros.*

A ella dedico...

"AJULY MAGALY, por su amor, dulce compañía, y compartir mis sueños.

*A mi hija, **LIDIA LEONELA** quien desde su nacimiento se ha
Convertido en la razón de mi existencia.*

A ellas dedico...

*A mis hermanos, por los momentos de trabajo y satisfacciones
compartidas y su encomiable apoyo en mi
desarrollo profesional.*

A ellos dedico...

AGRADECIMIENTO

*“Mi sincero agradecimiento al **Dr. MIGUEL ARCANGEL ARANA CORTEZ**, Asesor de este Trabajo de investigación de Grado, por su aceptación a lidiar conmigo en la realización del mismo y por su valiosa colaboración. Con sus aportes y correcciones, la tarea resultó posible”*

*Agradecimiento a mi alma mater, la **UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**, donde me forme y me dio la oportunidad de ejercer la cátedra en la asignatura de Derecho Procesal Civil.*

INDICE

Dedicatoria.....	III
Agradecimientos.....	IV
Índice.....	V
Resumen.....	XII
Abstract.	XIII
Introducción	XIV

CAPITULO I

ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1.	UBICACIÓN.	2
2.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	3
	2.1. Descripción del problema.....	3
	2.2. Formulación del problema.....	6
3.	JUSTIFICACIÓN.....	6
	3.1. Justificación teórica.....	6
	3.2. Justificación metodológica.....	7
4.	OBJETIVOS.....	7
	4.1. Objetivo general.....	7
	4.2. Objetivos específicos.	7
5.	HIPÓTESIS.....	8
	5.1. Formulación de la hipótesis.....	8
	5.2. Identificación de variables.....	8
	5.2.1. Variable independiente.....	8
	5.2.1.1. Indicadores.....	9
	5.2.2. Variable dependiente.....	9
	5.2.2.1. Indicadores.....	9
6.	METODOLOGÍA APLICABLE A LA INVESTIGACIÓN.....	9

6.1. Métodos generales.....	9
6.1.1. Descriptivo –explicativo.....	9
6.1.2. Inductivo – deductivo.....	10
6.1.3. Analítico – sintético... ..	10
6.1.4. Método histórico.....	10
6.1.5. Método hermenéutico.....	10
6.2. Técnicas de recolección de datos.....	11
6.2.1. Documentales.....	11
6.2.2. La observación.....	11

CAPITULO II

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

SUB - CAPITULO I : LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

1. NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA CIVIL.	13
1.1. Concepto de prueba.....	14
1.2. Definición procesal de prueba.....	15
1.2.1. Definición preliminar.....	15
1.2.2. La faz dinámica de la prueba.....	15
1.2.3. Definiciones tradicionales históricas.....	16
1.2.4. Definiciones modernas.....	17
1.2.5. Otros enfoques modernos.....	17
2. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.....	20
2.1. Importancia de la distinción conceptual.....	21
3. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.....	22
3.1. Noción y titularidad.....	22
3.2. Jerarquía y naturaleza jurídica.....	23
3.3. Contenido.....	24

SUB - CAPITULO II : LOS SISTEMAS PROCESALES

1. EL GARANTISMO PROCESAL.....	29
--------------------------------	----

1.1. Delimitación.....	29
2. EL PUBLICISMO PROCESAL.....	31
2.1. Delimitación.....	31
2.2. El Publicismo aspira a satisfacer la justicia.....	33
2.3. Sistema que adopta el Código Procesal Civil Peruano.....	34

SUB - CAPITULO III: OBJETO Y TEMA DE LA PRUEBA

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA.....	37
1.1. Distinción entre objeto y tema de prueba.....	39
1.2. El objeto concreto de la prueba en oposición al objeto abstracto.....	39
2. EL HECHO COMO OBJETO DE PRUEBA.....	40
2.1. El hecho desde la perspectiva del derecho probatorio.....	40
3.- TEMA (O NECESIDAD) DE PRUEBA	42
3.1. Hechos que constituyen tema de prueba.....	43
3.1.1. La afirmación de los hechos.....	43
3.1.2. Los hechos controvertidos.....	44
4.- HECHOS EXENTOS DE PRUEBA.....	46
4.1. Hechos exentos por actitud de parte.....	46
4.2. Situaciones objetivas que eximen de prueba.....	48
5. EL DERECHO COMO OBJETO DE PRUEBA.....	49
5.1. El derecho nacional.....	49
5.2. La prueba del derecho extranjero.....	50
5.3. La prueba de la costumbre.....	51
6. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA COMO OBJETO DE PRUEBA.....	51
6.1. Concepto y función.....	51
6.2. Efectos probatorios.....	53

SUB - CAPITULO IV: EL FIN DE LA PRUEBA.

1. NOCIONES GENERALES.....	54
2. LA VERDAD Y LA PRUEBA.....	54
2.1. La verdad en el proceso.....	56

2.2. La verdad real y verdad formal.....	58
2.3. La verdad jurídica objetiva.....	59
2.4. Fases de la verdad.....	60
3. TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL.....	61
3.1. El fin de la prueba es establecer la verdad.....	62
3.2. El fin de la prueba es obtener la convicción del juez.....	62
3.3. El fin de la prueba es establecer los hechos del proceso.....	64
4. POSICIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.....	65

SUB - CAPITULO V: LA CARGA DE LA PRUEBA.

1. NOCIONES GENERALES.....	67
2. PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL.	67
2.1. Concepto.....	67
2.2. Contenido.....	68
2.3. Fundamento.....	69
3. LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL.....	70
3.1. Deber, obligación y carga de realizar actos procesales.....	70
3.2. Diferencia entre carga procesal, obligación y deber.....	72
3.3. Deber y obligación.....	73
3.3.1. Naturaleza y fuente de la obligación.....	74
3.3.2. Naturaleza y fuente del deber.....	74
4. CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA.....	75
4.1. Necesidad y fundamento	76
4.2. Características de la carga de la prueba.....	79
4.3. Funciones de la carga de la prueba.....	80
4.3.1. Reglas de juicio para el Juez.....	80
4.3.2. Reglas de conducta para las partes.....	82
5. TEORÍAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA..	83
5.1. Los aforismos de la carga de la prueba.....	83
5.2. Las teorías modernas.....	85
6. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL (ART.196 y 200)..	88
6.1. La formulación de la regla de juicio.....	88

6.1.1.	El presupuesto objetivo: Hecho dudoso relevante.....	89
6.1.2.	El presupuesto temporal: Momento de dictar sentencia..	91
6.2.	Las reglas generales de distribución.....	91
6.3.	La hipótesis del Art. 196 del Código Procesal Civil constituye un límite al derecho fundamental de la prueba.....	92
7.	INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	94
7.1.	Concepto y naturaleza.....	94
7.2.	Supuestos legales de inversión.....	97
7.3.	Supuestos jurisprudenciales de inversión.....	98
7.4.	Supuestos convencionales de inversión.....	98

SUB - CAPITULO VI: LA CARGA PROBATORIA DINAMICA

1.	GENERALIDADES.....	100
2.	TEORÍA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.....	102
2.1.	Concepto.....	103
2.2.	Denominación de la teoría.....	106
2.3.	Características y precisiones.....	107
2.4.	La carga estática versus la carga dinámica.....	112
3.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	119
4.	PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA.....	121
4.1.	El principio de solidaridad y el principio de colaboración procesal..	122
4.2.	La verdad jurídica objetiva y el deseado resultado de justicia al caso concreto.....	125
4.3.	El deber de las partes de conducirse con la buena fe, la lealtad, la verdad y la probidad.....	127
4.4.	El principio de moralidad.....	127
4.5.	El principio de facilidad y disponibilidad probatoria.....	128
4.6.	El fundamento constitucional.....	129
4.7.	La mejor posición probatoria de una parte frente a la dificultad probatoria de la otra.....	133
4.8.	El valor de la conducta de las partes en el proceso.....	136
5.	CORRIENTE OPOSITORA.....	138

6.	MATERIAS A LAS QUE SE PUEDE APLICAR LA DOCTRINA.....	139
6.1.	En materia de responsabilidad profesional.....	139
6.2.	En materia de simulación de acto jurídico.....	141
6.3.	En materia del derecho usuario o consumidor.....	142
6.4.	En materia contractual.....	142
6.5.	En materia comercial.....	143
6.6.	En el levantamiento del velo societario por fraude atribuido a los socios, representantes o administradores de la persona jurídica.....	143
6.7.	En materia laboral.....	144
6.8.	En materia de seguridad social.....	144
7.	ADHESIONES DOCTRINARIAS EN EL DERECHO COMPARADO...	145
7.1.	En Argentina.....	145
7.2.	En Brasil.....	146
7.3.	En Uruguay.....	148
7.4.	En Colombia.....	149
7.5.	En México.....	153
7.6.	En Perú.....	153
7.7.	En España.....	157
8.	APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO	159
8.1.	En países de Latinoamérica.....	159
8.2.	En países de Europa.....	169
9.	APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL PERÚ.....	173
10.	CONCRECIÓN LEGISLATIVA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.....	177
10.1.	¿Necesita la teoría ser plasmada en una o más normas legales?	177
10.2.	En el ámbito internacional.....	178
10.2.1.	Códigos vigentes.....	178
11.	LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA EN LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ.....	187
11.1.1.	En el Código Procesal Civil.....	187
11.1.2.	La Nueva Ley Procesal del Trabajo.....	187
11.1.3.	Ley que regula el proceso contencioso- administrativo...	188

11.1.4. Reglamento de atención de reclamos de OSITRAN.....	189
--	-----

CAPITULO III

ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

1. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN DE DATOS.....	191
1.1. Análisis de países que aplican la carga probatoria dinámica.....	191
2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	194
3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	202
 CONCLUSIONES.....	 206
 RECOMENDACIONES.....	 209
 BIBLIOGRAFIA.....	 210
 ANEXOS.....	 227

RESUMEN

En la presente investigación desarrollamos la utilidad de la carga probatoria dinámica, la que consiste en el trasladando de la carga de la prueba, al sujeto procesal que se encuentra comparativamente en mejores condiciones técnicas, profesionales, fácticas o jurídicas de aportar la prueba pertinente, sin considerar su posición de demandante o demandado. El objetivo de este desplazamiento es crear el incentivo de colaboración a la parte en procura de concretar un acervo probatorio que permita al juzgador contar con suficientes elementos de juicio para lograr un fallo más aproximado a la verdad y a la justicia.

El problema de la carga de la prueba se presenta cuando una de las partes se encuentra en una situación de disponibilidad y facilidad probatoria, mientras que la contraparte se enfrenta en un panorama absolutamente inverso, pues se ve impedida de acceder o de proveerse del material probatorio pertinente para acreditar su pretensión. Dicha dificultad probatoria conlleva a una situación de evidente imposibilidad práctica en el ejercicio del derecho a probar, por razones ajenas a la propia voluntad del sujeto procesal perjudicado.

En este contexto, nuestra propuesta de trabajo consiste en determinar que la carga dinámica de la prueba, para no dificultar su aplicación, debe ser legislada o incorporada al proceso civil como una excepción al esquema rígido establecido en el Art. 196 del Código Procesal Civil, que carga la probanza de un hecho a quien lo afirma. En tal sentido, su aplicación debe reducirse a aquellos casos de imposibilidad probatoria de una de las partes procesales.

En el desarrollo del este trabajo, se ha tenido en cuenta los conceptos fundamentales de la teoría de la prueba, como el contenido del derecho a la prueba, el objeto de prueba judicial, sistemas procesales sobre la prueba, el fin de la prueba, la carga de la prueba y específicamente la aplicación de la carga probatoria dinámica, con sus características, fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales a las materia aplicables.

PALABRAS CLAVE: Prueba, Carga de la Prueba, Carga probatoria dinámica, facilidad y disponibilidad probatoria.

ABSTRACT

The following research, it is developed the utility of testing dynamic evidence, it consists in the movement of the evidence, to the processed subject who is in better technical, professional, real or legal conditions to contribute the appropriate evidence, without any consideration of plaintiff or defendant. The purpose of this action is to increase the cooperation of the juror to have the enough evidence to get a verdict closer to the truth and justice.

The problem of the evidence is when one of its parts is available and easy for the probation period, while the other faces to the reverse environment absolutely, then it cannot access or provide to the evidential material to credit its pretensions. Such difficulty takes a situation of impossible practice in the exercise of law, for different reasons to the proper will of the processed subject.

In this context, our proposal offer consists to determine the dynamic evidence, to not difficult its application, should be legal or introduced to the civil process like an exception to the strict scheme according to the article n° 196 in the Civil Code, which evidence the situation from a person who affirms it. Then, its application has to reduce to such cases of impossible evidence of one of the processed parts.

During the process of this research, it was taken the main concepts of the evidence theory, as the content of the law of the evidence, the object of legal evidence, process systems about the evidence, the evidence goals, the importance of the evidence and the application of the dynamic evidence specifically, with its characteristics, doctrinal and jurisprudential fundamentals to the applied materials.

KEY WORDS:

Evidence, importance of the evidence, dynamic evidence, movement of the evidence, facility and availability of the evidence.

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, tenemos que destacar, en palabras de Trazegnies Granda, la importancia de la prueba como piedra angular de todo el razonamiento jurídico. *La prueba* es un aspecto fundamental del Derecho porque es su conexión con la realidad. El Derecho sin pruebas no sería sino una suerte de matemática abstracta o un relato de ficción. En verdad, la prueba hace terrenal al Derecho, lo hace partícipe del mundo de los hombres. Pero lo hace también justo; porque un Derecho perfectamente coherente e ideal pero aplicado a tuestas o sin correlación con la realidad, sería inicuo.

En segundo lugar el otro aspecto importante de la teoría probatoria y del proceso es *“la carga de la prueba”*, una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.

El fundamento de la carga de la prueba; se basa en la necesaria consideración de que al juez le está prohibido abstenerse de decidir la sentencia so pretexto de la falta o insuficiencia de prueba sobre los hechos controvertidos.

Históricamente la institución de la carga de la prueba ha sido informada por el principio, según el cual, al actor le corresponde probar los hechos constitutivos que afirma y al demandado los hechos impositivos, extintivos y/o modificativos que opone. Con arreglo a ese principio se encuentra regulada en el sistema procesal civil peruano la distribución de la carga de la prueba. Así se desprende de las normas contenidas en el artículo 196 del Código Procesal Civil, el Cual establece: *“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.* Y el Art. 200 que señala *“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”*. Normas similares a las precedentes han regulado el reparto probatorio en la mayoría de los sistemas normativos de los Estados.

Sin embargo, en la mayoría de esos ordenamientos jurídicos y a diferencia de lo que ha ocurrido con el nuestro, se ha venido produciendo una prudente

flexibilización de esas reglas clásicas y rígidas de distribución de la carga de la prueba, bajo el influjo de la moderna doctrina de las *Cargas Probatorias Dinámicas*.

El problema formulado sobre de la carga de la prueba, se presenta en los casos concretos, cuando una de las partes se encuentra en una situación de disponibilidad y facilidad probatoria, mientras que la contraparte se enfrenta a un panorama absolutamente inverso, pues se ve impedida de acceder o de proveerse del material probatorio pertinente para acreditar su pretensión. Dicha dificultad probatoria conlleva una situación de evidente imposibilidad práctica en el ejercicio del derecho a probar, por razones ajenas a la propia voluntad del sujeto procesal perjudicado.

En efecto, la teoría postula la corrección de desigualdades que en ocasiones se presentan en el proceso, precisamente por la aplicación de las reglas clásicas de la carga de la prueba, rígidas y formalistas. Entre sus enunciados, la teoría no plantea derogar las reglas clásicas de la carga de la prueba, ni acabar con la concepción normativista del derecho; más bien encuentra en ellas las bases fundamentales para conocer y describir el objeto del instituto de la carga de la prueba. La teoría *in commento* sólo persigue moderar tales reglas, rompiendo su mecanicismo, deslastrándolas de patrones rígidos y tecnicistas, y así mantener a las partes en plano de igualdad en el juicio.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha sido en el derecho comparado de aplicación jurisprudencial en la mayoría de países y de carácter legal en otros. Con pesar hay que destacar que este esquema novedoso de reparto probatorio ha sido tratado con indiferencia por la doctrina y la jurisprudencia nacional. Ello se refleja en la casi nula ausencia de precedentes judiciales y en la exigua literatura sobre el tema

Si bien la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas se han aplicado sin ser positivizadas por el Código procesal civil, *el presente trabajo de investigación tiene como objetivo de determinar* que la carga dinámica de la prueba, para no dificultar su aplicación, debe ser legislada o incorporada al proceso civil como una excepción al modelo procesal clásico establecido en el Art. 196 del Código Procesal Civil, que carga la probanza de un hecho a quien

lo afirma. En tal sentido, su aplicación debe reducirse a aquellos casos de imposibilidad probatoria de una de las partes procesales.

Ante la problemática planteada se formula siguiente hipótesis: *Legislar la carga probatoria dinámica de modo excepcional frente al sistema rígido de la carga de la prueba, regulado en el art. 196 del Código Procesal Civil; contribuirá a una solución justa en el caso concreto y proteger el derecho a probar de las partes con criterio de igualdad, en los casos de difícil o imposible aporte del medio de prueba.*

En los primeros capítulos trataremos de definir el concepto de prueba, que presenta dificultades en su carácter de término unívoco como también últimamente en cuanto a su función en el proceso; el contenido del derecho fundamental a la prueba; el objeto de prueba; los sistemas procesales; el fin de la prueba y en los últimos capítulos, estudiaremos el tema de la carga, y un poco más a fondo, el tema de la carga de la prueba y la carga probatoria dinámica, tanto su tratamiento doctrinal, jurisprudencial y legal. Este orden de exposición responde a definir el marco teórico fundamental necesario para entender la carga probatoria dinámica como institución, a fin de poder estructurar su configuración en concreto para un posible Código Procesal Civil peruano y finalmente las voces favorables y críticas a ésta teoría.

Con la presente investigación se espera poder contribuir a llamar la atención de los operadores de la justicia peruana (entiéndanse jueces, abogados, profesores universitarios, auxiliares de la justicia, etc.) sobre la Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, pues aplicada con prudencia y de manera excepcional, dicha teoría puede significar un arma poderosa en la lucha por la concreción de uno de los fines más caros perseguidos; que el proceso funcione realmente como un instrumento de justicia.

EL AUTOR

CAPITULO I

ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.

1. UBICACIÓN

La carga de la prueba en el proceso civil, como está establecido en el Art. 196¹ del Código Procesal Civil, "Corresponde a quien afirma hechos". Aplicando este concepto a la actividad probatoria de las partes, se torna en un esquema absoluto, rígido constituyendo un irrazonable límite del derecho a probar a quien afirma los hechos; esto se evidencia que si el demandante se contrajese a esgrimir determinados hechos sin adjuntar las pruebas esenciales, que correspondan a su acreditación perderá el juicio, tan solo por la falta de colaboración de su parte contraria, ya que dichos medios de prueba se encontraban a disposición de este. Estos efectos perjudiciales que se desencadenan sobre la parte que desaprovecha la oportunidad de la carga procesal de probar, están expresamente reguladas en el Art. 200² del Código Procesal Civil, en el sentido que "si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión" la demanda será declarada infundada.

Por lo que constituye un imperativo de justicia orientado hacia el legislador desde el punto de eficacia probatoria, la flexibilización del sistema distributivo de la carga de la prueba, mediante la introducción del criterio de la carga de la prueba dinámica, basado en el principio de colaboración a partir de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria como una excepción al rígido esquema de distribución probatoria establecido por el Art. 196 del Código Procesal Civil.

¹ CODIGO PROCESAL CIVIL Art. 196. *"Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos"*

² CODIGO PROCESAL CIVIL Art. 200 *"Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada"*

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

2.1. Descripción del Problema.

El Código Procesal Civil, en su Art. 196 establece " Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

Este artículo constituye un límite irrazonable del derecho a probar. En el ámbito civil podemos citar el ejemplo de "PEDRO" que demanda nulidad de acto jurídico por simulación contra "OSIAS y PAOLA". Exigir la probanza a "PEDRO" de dicho supuesto deviene en prueba diabólica (medio de prueba de difícil o imposible consecución por el actor) ello se evidencia en que la parte contraria guarde celosamente el contradocumento en el que consta la simulación del acto y el acto real de ser el caso.

Ante esta situación de imposibilidad probatoria de "PEDRO", La Teoría de la Prueba Dinámica, rompería el esquema tradicional que distribuye legalmente la prueba en función a la persona que alega un hecho relevante al proceso; a fin que "OSIAS y PAOLA" desvirtué la pretensión induciéndolo a aportar las pruebas que estime pertinente que acredite la ausencia de simulación, pues de lo contrario el Juez se pronunciara en contra de su interés.

La doctrina y la jurisprudencia nacional en este tipo de casos se ha pronunciado de acuerdo al esquema rígido de la carga de la prueba regulado en el Art. 196 del código procesal civil; sin embargo encontramos una exigua casuística como por ejemplo en el **Expediente N°4116-98-Lima**³ en donde la sala superior de Lima, establece que en la acción de nulidad por simulación no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar, sino que en materia de simulación, la doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica; según la cual, la carga de probar se traslada a quien se encuentra en

³ Expediente N° 4116-98 Lima. De fecha 20 de mayo de 1999, " Cuadernos Jurisprudenciales, sobre Simulación de Acto Jurídico", Suplemento mensual de Dialogo con la Jurisprudencia N° 45, Marzo del 2005. P. 35 - 37

mejores condiciones para producirla. Así también lo señala la Sala suprema en la **Casación N° 1385-2004. Lima**⁴sobre nulidad por simulación de acto jurídico

La carga probatoria dinámica recurre a la cobertura de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilice la acotada repartición. Los referidos principios facultan al Juzgador a colocar la carga de la prueba sobre aquel sujeto procesal que tiene acceso o se encuentra en mejor posición que su contraparte de acceder a una prueba determinada o de colaborar a su producción. Este análisis se justifica en la situación excepcional de la parte que afirma un hecho a la cual le es materialmente imposible o de extrema dificultad generar una determinada prueba del mismo; ya sea porque su adversario está en una situación de dominio o de control del elemento probatorio clave o porque sencillamente la causa petendi de la reclamación configura hechos de probanza inalcanzable para el accionante.

Evidentemente el sujeto procesal en poder de la prueba "esencial" que eventualmente permitiría a la parte contraria acreditar sus afirmaciones esta despojado en absoluto del interés de cooperar aportándola a la causa. Es más claramente tiene el interés contrario de "obstruir" o de "impedir" la actuación de la misma; lo que corresponde a un comportamiento típicamente egoísta.

Con lo expuesto la concepción de la prueba dinámica se orienta en principio a remover de solidaridad y cooperación a través de la creación de incentivos necesarios respecto de la parte que "oculta" u "obstaculiza" la incorporación a la causa de un elemento probatorio vital para esclarecer los puntos controvertidos.

En nuestro ordenamiento jurídico Nacional se ha regulado y se viene aplicando la carga probatorias dinámica en la Ley N°26636, Ley Procesal del Trabajo, publicada el 24 de junio de 1996, en su Art. 27 regula la carga de la prueba dinámica, recayendo la carga de la prueba en el empleador; asimismo la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, publicada el 15 de enero del 2010, en su Art. 23 regula la carga de la prueba dinámica del mismo modo que la anterior. El Texto Único ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el

⁴ Casación N° 1385-2004. Lima. Publicado en el Diario Oficial "**El Peruano**" el 33/05/ 2005

Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, publicada el 29 de agosto del 2008, en su Art. 33 y el Reglamento de Reclamos del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN.

Así también, en la demanda de amparo, referente al Expediente N° 1776-2004-AA/TC. Fue materia de controversia la solicitud de desafiliación por parte del accionante, aduciendo no haber sido debidamente informado e incluso haber sufrido engaño al momento de afiliarse al sistema privado, lo cual condiciona su decisión final. Sobre el particular el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia ha utilizado el criterio distributivo dinámico de la prueba, colocando la carga de la prueba en la AFP demandada y la Superintendencia de Banca y Seguros, señalando que a los demandados les compete el interés de probar que en este supuesto han proporcionado una información correcta a los afiliados o que en todo caso no les han ocultado información relevante para la contratación del servicio, más aun si se toma en cuenta que nos encontramos ante un supuesto de relaciones de consumo evidentemente asimétricos.

Si la distribución legal de la carga de la prueba coloca a una de las partes procesales en lo que llamamos, por razones metodológicas situación injusta, entonces en dicho supuesto pasa a ser una limitación irrazonable y por lo mismo inconstitucional del derecho de prueba.

En resumen, como depositario de la carga de la prueba en el esquema del Art. 196 del Código Procesal Civil, el sujeto procesal desfavorecido es impedido normativamente a ejercer su derecho para probar lo imposible. ¿Qué posibilidades tendrá esta parte de proveerse o de generar alguna prueba que ayude al sustento de su pretensión en el contexto de una situación procesal injusta?. Ninguna. Pues o bien su contraparte egoístamente sustrae del conocimiento del Juez la Prueba esencial o sencillamente no colabora en su producción, no obstante ser imprescindible que lo haga.

2.2. Formulación del Problema.

El problema planteado lo formulamos con la siguiente pregunta:

¿QUE NECESIDAD EXISTE DE LEGISLAR LA CARGA PROBATORIA DINAMICA DE MODO EXCEPCIONAL FRENTE AL SISTEMA RIGIDO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, REGULADO EN EL PROCESO CIVIL PERUANO, EN CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS DE DIFICIL O IMPOSIBLE APORTE PROBATORIO DE UNA DE LAS PARTES COMO UNA SOLUCION JUSTA AL CASO CONCRETO Y PROTEGER EL DERECHO A PROBAR.?

3. JUSTIFICACIÓN.

3.1. Justificación teórica.

El tema a tratar en la presente investigación se justifica; porque tiene como propósito estudiar y explicar la problemática que surge en torno al esquema de distribución de la carga de la prueba establecido en el Art. 196 del Código Procesal Civil; planteando una propuesta de flexibilización del sistema distributivo de la carga de la prueba, exponiendo las razones de regular legalmente en nuestro ordenamiento procesal el criterio de la carga de la prueba dinámica como una excepción al modelo procesal clásico, que carga la probanza de un hecho a quien afirma. En tal sentido, su aplicación debe permitir solucionar aquellos casos de dificultad o imposibilidad de aportar los medios de prueba que acrediten la pretensión del demandante o viceversa, como aproximación a la verdad material y por ende a la justicia en el caso concreto.

Existe una casuística diaria que no se puede iniciar un proceso por el hecho que el dominio de la prueba lo tiene la parte a ser demandada, como en el caso de una persona que compro las acciones de un socio en una Sociedad Anónima Cerrada cuya transferencia no se inscribe en bolsa, sino en un libro de acuerdos societarios y en un registro de acciones que lo tiene la

administración de la empresa; el hecho de no tener acceso a dicho libro le es imposible acreditar su condición de socio.

En estos casos la aplicación de la carga probatoria dinámica es trascendental, por cuanto asigna la carga de la prueba a quien se encuentra mejor preparado para soportarlo o en mejor posición de acreditar el hecho controversial.

3.2. Justificación Metodológica.

El resultado de esta investigación permitirá ser empleada en otras investigaciones posteriores, la misma que se efectuará haciendo una explicación de la flexibilización del sistema clásico y rígido de distribución de la carga de la prueba regulado en el Código Procesal Civil, incorporando la carga de la prueba dinámica como excepción, contrastándolo con el derecho comparado, que permita regular la carga de la prueba con un criterio de justicia para las partes.

4. OBJETIVOS.

4.1. Objetivo General.

- ❖ **DETERMINAR** los fundamentos teóricos y prácticos que permita sustentar la posibilidad y conveniencia de legislar la carga probatoria dinámica de modo excepcional frente al sistema rígido de la carga de la prueba regulada en el Art. 196 del Código Procesal Civil, en circunstancias extraordinarias de imposibilidad probatoria de una de las partes.

4.2. Objetivos Específicos.

- **EXPLICAR** los principales elementos conceptuales de la teoría de la Prueba en el proceso civil.

- **DESCRIBIR** las limitaciones del ejercicio del derecho a probar con la regla rígida de la carga de la prueba regulada en el Art. 196 del Código Procesal Civil.
- **IDENTIFICAR** los fundamentos doctrinarios que justifican la flexibilización normativa de la carga de la prueba en el proceso civil mediante la regulación excepcional de la carga probatoria dinámica.
- **ESTABLECER** las circunstancias y casos en que se justifica el desplazamiento del **ONUS PROBANDI**, como una excepción al sistema rígido de la carga de la prueba en el proceso civil.

5. HIPÓTESIS.

5.1. Formulación de la hipótesis.

Ante el problema planteado nos formulamos la siguiente hipótesis:

LEGISLAR LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA DE MODO EXCEPCIONAL FRENTE AL SISTEMA RÍGIDO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, REGULADO EN EL ART. 196 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL; CONTRIBUIRÁ A UNA SOLUCIÓN JUSTA EN EL CASO CONCRETO Y PROTEGER EL DERECHO A PROBAR DE LAS PARTES, EN LOS CASOS DE DIFÍCIL O IMPOSIBLE APORTE DEL MEDIO DE PRUEBA.

5.2. Identificación de Variables.

5.2.1. Variable independiente:

Regulación legal de la carga probatoria dinámica de modo excepcional.

5.2.1.1. Indicadores:

- Regulación excepcional de la carga probatoria dinámica.
- Sistema rígido de la carga de la prueba
- Principio de facilidad y disponibilidad probatoria.

5.2.2. Variable dependiente:

Solución justa en el caso concreto y protección del derecho a probar, en los casos de difícil o imposible aporte del medio de prueba.

5.2.2.1. Indicadores.

- Solución Justa en caso concreto.
- Derecho a probar
- Casos de difícil o imposible aporte de medio de prueba.
- Disponibilidad probatoria de la parte contraria.

6. METODOLOGÍA APLICABLE A LA INVESTIGACIÓN.

El tema de estudio es de carácter cualitativo, pues pertenece al tipo de investigación jurídico dogmático, netamente doctrinal. Por lo que esta figura jurídica que se pretende investigar, será detallada desde el ámbito doctrinario, jurisprudencial hasta el nivel legislativo, de conformidad a las fuentes secundarias de investigación. Durante el proceso se hará uso de los siguientes métodos:

6.1. Métodos generales.

6.1.1. Descriptivo –explicativo.

Método utilizado *para* la exposición del tema objeto de investigación, así como para la exposición y discusión de los resultados.

6.1.2 Inductivo – Deductivo.

Se hará uso de este método, partiendo de la observación y análisis de la diversa doctrina, la jurisprudencia y legislación del derecho comparado y la jurisprudencia nacional.

6.1.3. Analítico- Sintético.

Consiste en la descomposición del objeto de estudio en sus elementos y parte integrante con el fin de descubrir los elementos esenciales que lo conforman. Así como la integración de las partes, elementos o nexos esenciales de los objetos o fenómenos que se estudia.

6.1.4. Método histórico.

El método histórico comprende el estudio de los antecedentes y condiciones en que aparece y se desarrolla un objeto proceso determinado.

6.1.5. Método hermenéutico.

Se utiliza para interpretación de los términos jurídicos que integran el objeto de la investigación. Se aplicará este método para interpretar y analizar todas las disposiciones normativas relativas al tema de la investigación

6.2. Técnicas de recolección de datos.

6.2.3. Documentales.

El Trabajo se soporta en la técnica documental consistente en la revisión de la bibliografía relativa al objeto de estudio, con el auxilio de las técnicas de la observación.

6.2.4. La observación.

Se recurrió a las técnicas de la observación documental, el resumen y la síntesis de contenido.

CAPITULO II

DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO

SUB- CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE PRUEBA CIVIL.

1. NOCIONES GENERALES DE LA PRUEBA CIVIL

En el presente capítulo se abordara algunas nociones fundamentales sobre la prueba civil y se verificará su encuadramiento diseñado en el Código Procesal Civil.

Por otro lado a partir del reconocimiento positivo en el derecho comparado sobre el **derecho a probar como derecho fundamental**, se definirá su contenido; si bien en el Perú no contamos con una norma especial de tal reconocimiento, pues se desprende implícitamente con la incorporación del derecho a un debido proceso o proceso justo (Art. 139 numeral 3 de la constitución Política de 1993) , así también lo reconoce el Tribunal Constitucional en las Sentencias recaídas en los Expedientes N° 4831-2005-PHC/T.C⁵., Expediente N° 06712-2005/HCT.C⁶.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expedientes N° 4831-2005-PHC/T.C, fundamento 6.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída Expediente N° 06712-2005/HC/ /T.C. Fundamento 15.

1.1. Concepto de prueba.

El concepto de Prueba, según el diccionario de la Real Academia de la lengua Española, *Probar* deriva del latín **probare** que significa justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho.

Para GERMAN BAUCHE y MARIELA I. PRADA⁷, en su libro *Tratado de Derecho Procesal*, indican que el Diccionario de la Real Academia de la lengua, señala cuatro acepciones: Acción y efecto de probar; razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa; indicio que muestra que se da de una cosa; y ensayo o experiencia que se hace de una cosa.

SENTIS MELENDO⁸ sostiene que el vocablo prueba al igual que **probo** deriva de la voz latina **probus**, que significa bueno, honrado, así pues lo que resulta probado es bueno, es correcto es auténtico.

La noción de prueba está presente en todas las manifestaciones de la vida humana, expone DEVIS ECHANDIA⁹, que la noción de prueba no solo tiene relación con el derecho, sino que trasciende el campo general de este, para extenderse a todas las ramas de las ciencias que integran el saber humano e incluso la vida práctica cotidiana.

Lo que interesa en el presente capítulo es el estudio sobre la prueba en relación con el derecho y específicamente con el Derecho Procesal; al respecto MONTERO AROCA¹⁰ escribe en general se puede hablar de la existencia de dos clases de prueba, una la **material o extraprocesal**, que produce sus efectos en el campo de las relaciones jurídicas civiles materiales en general y

⁷ GERMAN BAUCHE Eduardo y PRADA Mariela I. *Teoría General del Derecho Procesal*. Ediciones jurídicas. Buenos Aires 2011. P.206.

⁸ SENTIS MELENDO, Santiago, Citado por ARAZANI RONAL en: *La prueba en el Proceso civil*. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2001. P.31

⁹ DEVIS ECHANDIA Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2002. P. 2

¹⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso civil*. CIVITAS. Cuarta Edición .España 2005. P.25.

la otra **Procesal** que se produce solo en el proceso. En adelante nos ocuparemos de la segunda, la prueba en el proceso civil.

1.2. Definición procesal de prueba.

1.2.1. Definición preliminar.

Una definición preliminar sobre la prueba procesal, nos menciona Enrique M. FALCON¹¹, quien expresa que, cuando un hecho se produce en el universo y es captado y aprehendido por un registro, ese hecho puede ser reproducido mediante la consulta a ese registro. En nuestro caso diremos que el registro es una **fuentes de prueba**. Si nos interesa para el proceso lo registrado por la fuente, propondremos que esa fuente se exteriorice en el proceso en virtud de un **medio de prueba** y el conjunto de comunicaciones de esos medios, contrastados con las afirmaciones, acusaciones, defensas o excepciones, sumados a los requerimientos de la norma jurídica correspondiente permitirán que el Juez exprese la voluntad de la ley en el caso concreto, actividad conocida también por una frase que ha tenido éxito, como es la **subsunción jurídica**.

1.2.2. La faz dinámica de la prueba.

La fase dinámica, importa la consideración de la prueba en su devenir. Este devenir permite dar distintas definiciones conforme con el sector del tránsito en que tomemos la prueba. La diversa óptica ha sido notada por diversos autores, los mismos que son citados por Enrique M. FALCON¹²; así cita a PRIETO CASTRO, quien dice que *“La prueba es la actividad que desarrollan las partes con el tribunal para llevar al juez a la convicción de la verdad de una afirmación o para fijarla a los efectos del proceso. Con el termino prueba se indica también el medio que se sirve para probar, el recibimiento del mismo y el resultado de la prueba”*

¹¹ FALCON, Enrique M. *Tratado de la Prueba Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa*. Editorial ASTREA Buenos Aires. 2003. P. 20

¹² *ibídem*. P. 21.

Por su parte, CARNELUTTI, citado por el mismo autor, ya había enseñado que “La prueba, como tantas del lenguaje jurídico, no tienen un solo significado; *se llama prueba no solo al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también el conocimiento que este hecho proporciona*”. Estas concepciones fueron recogidas por EISNER, al decir con claridad que “*la palabra prueba se usa en múltiples sentidos: Tanto indica el **medio** por el cual se intenta demostrar, como el **procedimiento** para probar, cuanto el **resultado** de lo que se haya probado*”.

1.2.3. Definiciones tradicionales históricas.

Si bien estas definiciones eran múltiples, Enrique M. FALCON¹³ nos dice debemos considerar solo las jurídicas y cita a los siguientes: BENTHAM sostiene: “*En sentido más lato que puede darse a esa palabra, se entiende por prueba un hecho que se da por supuesto como verdadero, y que se considera como debiendo servir de motivo de credibilidad acerca de la existencia de otro hecho*”. DEMOLOMBE manifiesta que la palabra prueba en su acepción general significa “*la demostración de la de la verdad de un hecho*” BONIER dice: “*Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad*”. A su vez, DE VICENTE Y CARAVANTES, con referencia al texto legal indica que “por prueba se entiende principalmente, la producción de actos y/o elementos de convicción que somete el litigante, en la forma que la ley previene, ante el Juez que conoce del litigio y que son propios, según derecho, para justificar la verdad de los hechos alegados en el pleito. Por su parte MANRESA Y NAVARRO luego de recordar también esta acepción, dice que “probar el hecho es averiguar su certeza y realidad, es demostrar la existencia de ciertos actos humanos o de acontecimientos naturales de los cuales se derivan los derechos y obligaciones que se ventilan en el juicio”.

¹³ FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 22

1.2.4. Definiciones Modernas.

Al respecto Enrique M. FALCON¹⁴ refiere que los autores más modernos tienen otra orientación, basado en un **enfoque finalista**, como se ve en:

GOLDSCHMIDT: “Las aportaciones de pruebas son actos de las partes destinados a convencer al juez de la verdad de un hecho afirmado”

CARNELUTTI: “La prueba procesal es, como se ha dicho, la que se dirige a producir la convicción psicológica del Juez en un sentido determinado, con respecto a un dato o conjunto de datos procesales”.

SILVA MELERO: “Desde el punto de vista procesal el concepto de prueba aparece indisolublemente unido a la finalidad de obtener la Certeza procurando el convencimiento judicial, en relación a la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho”.

1.2.5. Otros enfoques modernos.

El enfoque finalista o desde el punto de la sentencia, modernamente no es el único que se ha planteado, sino que, entre otros tenemos:

Al maestro DEVIS ECHANDIA¹⁵ quien explica desde el **punto de vista rigurosamente procesal** tres aspectos de prueba, la prueba como medio, como actividad y como resultado:

Prueba como medio: Prueba judicial es todo motivo o razón aportada al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarla al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos (*se refiere a los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez*).

Prueba como actividad. Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. (*se entiende a las razones o motivos contenidos en los medios*)

¹⁴ Ibídem. PP. 22 - 23.

¹⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P.25.

Prueba como resultado. Prueba es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza. (*Viene a ser el convencimiento de que existen o no esos hechos*).

Nos dice SENTIS MELENDO¹⁶, que “la prueba no consiste pues, en averiguar, sino en verificar”. Averiguar, según el mismo autor, significa, tender, ir, caminar, hacia algo, en este caso la verdad; mientras que verificar “se refiere a hacer o presentar como verdad como cierto”.

La función del Juez no es averiguar esa es la función de las partes, pero no la del juzgador; al juez puede serle necesario aclarar, clarificar algún aspecto de lo que se está discutiendo, pero nunca ir en busca de esa verdad que ha debido procurar traerle las partes.

Para MONTERO AROCA¹⁷, la prueba que nos importa es la que se realiza dentro de un proceso civil, con lo que se está diciendo, además que es una actividad procesal. Por lo que **define a la prueba** como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el Juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento psicológico del mismo Juez y en otros de las normas legales que figuran los hechos.

Además agrega que la palabra prueba puede utilizarse en dos sentidos, como actividad (se está efectuando la prueba) y como resultado (este hecho se ha probado), pues la noción de la prueba atiende al primero de ellos.

Finalmente, citamos a MIDON¹⁸, para quien, prueba es verificación de afirmaciones formuladas en el proceso, la demostración de tales afirmaciones. Lógicamente, con el propósito de convencer o persuadir al juez de que los hecho afirmados y controvertidos se corresponden con la realidad.

¹⁶ SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio*. Ed. Ejea. Buenos Aires 1978. P. 55.

¹⁷ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. PP. 54 - 55.

¹⁸ MIDON, Marcelo Sebastián. *Tratado de la Prueba*. Obra colectiva Dirigida por Marcelo Sebastián Midon, Liberaría de la Paz, Argentina, 2007. P.35.

En términos más precisos, creemos que la prueba jurídica **es una actividad lógica racional, por la que se logra inferir que ciertos elementos fácticos, o bien, afirmaciones realizadas relativas a éstos, constituyen confirmación racional de una aseveración anteriormente emitida por una parte, la que a su vez, se caracteriza por estar referida a algún aspecto susceptible de comprobación empírica.**

2. FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.

Si probar es llevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones corresponden a la realidad, parece evidente que debemos contar con elementos que nos permitan llegar a tal resultado, esos elementos son, nos dice Sebastián MIDON¹⁹, las fuentes y los medios probatorios, desde esta distinción nos permite explicar ¿ Con que se prueba?.

La distinción entre fuentes y medios de prueba es procedente de CARNELUTE y desarrollada por SENTIS MELENDO, quien refiere frecuentemente que su obra es de utilidad extraordinaria para comprender la diferencia conceptual entre fuente y medio²⁰.

SENTIS MELENDO llamó **fuentes de prueba** al hecho, cosa o fenómeno que sirve para verificar la verdad del hecho afirmado. Las fuentes de prueba se encuentran antes del proceso y aun con independencia del proceso. Por lo tanto, fuente de prueba es un concepto meta jurídico, extrajurídico o ajurídico. Denominó **medio de prueba** a la actividad desarrollada en el proceso para que la fuente de prueba se incorpore a él. El medio nace y se forma en el proceso; se trata por consiguiente, de un concepto jurídico y absolutamente procesal²¹.

Xavier ABEL LLUCH²² refiere que **las fuentes de prueba** son conceptos preexistentes al proceso (la parte material, el testigo, el documento,

¹⁹ Ibídem. Ob. Cit. P. 51

²⁰ SENTIS MELENDO, Santiago. Ob. Cit. P. 147.

²¹ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 52.

²² ABEL LLUCH, Xavier. *Derecho Probatorio*. JB BOSCH EDITOR. España 2012. P. 25.

el lugar, objeto o persona que ha de ser examinado, el conocimiento técnico del perito) y **los medios de prueba** son conceptos que existen en y para el proceso (el interrogatorio de las partes o testigos, la prueba documental, el reconocimiento judicial, el dictamen del perito.)

Todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba. Así por Ejemplo, el testigo (o mejor el conocimiento del testigo) es la fuente y su testimonio en la audiencia es el medio. La cosa u objeto que debe ser examinado por el Juez es la fuente, y su reconocimiento por el magistrado, en otro tiempo denominado inspección judicial, es el medio. El documento es la fuente y su incorporación al proceso, con todas las diligencias y formalidades previstas, es el medio. La parte o justiciable o mejor dicho el conocimiento del justiciable sobre los hechos controvertidos, es la fuente y el medio de prueba la confesión. La materia u objeto que se somete a pericia constituye la fuente; el trabajo u actividad de los peritos, estudiándola y dictaminando es el medio. Los datos o noticias que la entidad informante posea serían las fuentes y la emisión del informe respectivo el medio²³.

Las partes en sus actos de alegación realizan afirmaciones de hechos y la prueba de esas alegaciones no podrá lograrse sino contando con algo que, preexistiendo al proceso, se introduce en este. Conceptualmente hay que distinguir, pues, entre lo que ya existe en la realidad (fuente) y el cómo se aporta al proceso (medio) con el fin de obtener la certeza del juzgador²⁴.

2.1. Importancia de la distinción conceptual.

La distinción entre fuentes y medios de prueba, nos dice Sebastián MIDON²⁵, repercute sobre cada uno de los diversos puntos de estudio de la Teoría de la prueba:

²³ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 52

²⁴ MONTERO AROCA, Juan. *La Prueba en el Proceso Civil*. CIVITAS, Cuarte Edición. España 2005. P. 137.

²⁵ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. 53

- a) Considerando que *la prueba es verificación y no averiguación*. No se trata de dos conceptos opuestos, sino, correspondientes a dos etapas o momentos sucesivos: primero se averigua y después se verifica, con la necesaria advertencia de que la etapa de la averiguación o de investigación no constituye actividad probatoria, sino procedimiento previo.

Resulta claro, que la búsqueda de las fuentes no es actividad probatoria, precisamente porque consiste en averiguar, indagar, investigar. Por eso misma razón, las fuentes representan lo preprocesal, lo preexistente, lo preconstituido, que corresponde a una realidad anterior al proceso, Mientras los medios de prueba son lo procesal, aquello que se constituye en el proceso, esto es la exteriorización de las fuentes o su manifestación en autos. En suma mientras fuente es un concepto extraprocesal; el medio de prueba es un concepto procesal. La fuente existe con independencia de que llegue a realizarse o no un proceso; el medio se forma en el proceso, en un proceso concreto y siempre producirá efectos de esta naturaleza.

- b) En cuanto al estudio de *quien debe probar*, la diferencia entre fuente y medio adquiere mayor importancia. Las partes disponen de las fuentes, porque al Juez no le es dable investigar, salir en búsqueda de datos que no posee.

Así se ha dicho que las fuentes de prueba corresponden a las partes y los medios al Juez. A la parte le corresponde averiguar las fuentes de prueba y aportarlos al proceso. La actividad probatoria de la parte es averiguación, indagación y aportación al proceso de las fuentes existentes fuera del proceso.

Al Juez le corresponde introducir (admitir) y valorar las fuentes aportadas por las partes a través de los medios de prueba, la actividad probatoria del Juez es, por ende, de incorporación al proceso de los medios de prueba y de valoración de dichos medios de prueba.

- c) Frente al tema dedicado a estudiar ***para quien se prueba*** (adquisición procesal), la distinción entre fuentes y medios es igualmente interesante, porque los medios, pura forma, no se adquieren para nadie; son las fuentes, sustancia, las que se adquieren o pertenecen a quien debe utilizarla; las partes las proponen, o el Juez las acuerda de oficio, para que el proceso las adquiera, para que se incorporen a él. Por eso se dice que la fuente es sustantivo, material preexistente al proceso y se introduce en él y medio es actividad procesal de verificación de la existencia de algo, ese algo es la fuente.
- d) Finalmente, como se ha de ***valorar o apreciar la prueba***. Aquí se ve lo que se aprecia o valora es el contenido, la fuente. Incluso cuando se toma en consideración las formas de actuar, la conducta procesal, es porque se las está convirtiendo en sustancia, es decir, en fuente.

3. EL DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.

3.1. Noción y titularidad.

El derecho a la prueba o derecho a probar, se define como “aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa o participara como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del Juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto concreto de prueba”²⁶.

Por su parte PICO I. JUNOY²⁷, lo define el derecho a la prueba como aquel que posee el litigante consistente en la utilización de todos los medios

²⁶ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. *El Derecho a probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo*. ARA Editores. Lima 2001. P. 101.

²⁷ PICO I. JUNOY. Joan. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. J.M. Bosch Editor, Barcelona 1996. PP. 18 -19.

probatorios necesarios para formar la convicción del Órgano Jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso.

En cuanto a su titularidad, este, no solo corresponde al demandante o al demandado, sino a todo sujeto de derecho que participe, o participara, en un proceso o procedimiento, sea como parte (trátese de un demandante o demandado, o de un denunciante o denunciado) o como tercero legitimado (en el caso de un coadyuvante) ²⁸

3.2. Jerarquía y naturaleza jurídica.

La constitución peruana, al igual que la mayoría de leyes fundamentales vigentes en el derecho comparado, no contienen una cláusula que clara e inequívocamente confiere a los justiciables el derecho a la prueba. Sin embargo se puede inferir, que tal reconocimiento se encuentra implícitamente en el Art. 139 Inc. 3 de la constitución de 1993²⁹, comprendido dentro del derecho a un debido proceso o proceso justo; así también lo ha reconocido el Tribunal constitucional³⁰.

Este derecho es considerado una facultad de índole constitucional y por lo tanto de **jerarquía fundamental**, en tanto inspira y conforma - junto a otros derechos y principios - la más generosa de las garantías aseguradoras al justiciable: el debido proceso³¹.

Según la opinión de MORELLO, el derecho constitucional a la prueba es una fase esencial del debido proceso y del cabal ejercicio de la defensa en juicio o si se prefiere, uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo³². Motivo por el cual, sentenciaba COUTIURE, que “la

²⁸ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 107.

²⁹ Constitución política del Perú de 1993 Art. 139 inc. 3

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expedientes N° 4831-2005-PHC/T.C, fundamento 6

³¹ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 42

³² MORELLO, Augusto Mario, citado por MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 43.

ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa”³³.

Respecto a la **naturaleza jurídica**, el derecho a la prueba es un verdadero derecho subjetivo de contenido procesal y rango fundamental, sin perjuicio de que luego se trate de un derecho de configuración legal, el cual en la jurisprudencia se presenta como instrumental respecto del derecho de defensa³⁴.

Al integrar el contenido de un derecho fundamental presenta un doble carácter, es decir es un **derecho subjetivo** de todo sujeto de derecho que participa, o participara, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, y al mismo tiempo es un **elemento objetivo** esencial del ordenamiento jurídico político.

3.3. Contenido.

El derecho a la prueba no es de carácter ilimitado. Tanto su contenido como su ejercicio se encuentran delimitados por una serie de derechos, bienes jurídicos y principios (especialmente de naturaleza procesal) con los que guarda relaciones de coordinación o complementariedad en el ordenamiento jurídico. En sentido estricto, su núcleo o contenido esencial se compone de un conjunto de manifestaciones que se puede sintetizar en lo siguiente:

a) Derecho a la proporción de los medios de prueba.

El primer elemento que integra el derecho a probar consiste en el derecho que tiene cada titular a ofrecer o proponer los medios probatorios que considere necesarios para acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de

³³ COUTIURE, Eduardo; citado por MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 44.

³⁴ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P.100

prueba³⁵. De modo que, existiendo en un proceso hechos controvertidos, no podrá negarse la posibilidad misma de que las partes propongan prueba³⁶.

Realmente se trata del aspecto inicial del derecho a la prueba, MONTERO AROCA³⁷, indica, que lo que puede llegar a cuestionarse es, si esta debe poder proponerse en todos los procesos, y la respuesta a la cuestión pasa por recordar que la prueba solo tiene sentido si existe hechos controvertidos, de modo que en un proceso en el que todo se reduce a una cuestión jurídica no cabe ejercitar tal derecho.

b) Derecho a que se admitan los medios de prueba propuestos.

El primer elemento del derecho a la prueba carecería de trascendencia práctica si los medios probatorios ofrecidos no ingresaran oficialmente al proceso o procedimiento. Por tanto, su segundo elemento consiste en el derecho que tiene su titular a que se admitan los medios probatorios ofrecidos con el propósito de acreditar la existencia o inexistencia de los hechos que constituyen el objeto concreto de prueba, trátase del objeto de prueba principal o de un objeto de prueba incidental o secundario³⁸.

El derecho a la prueba, no lo es a que se admitan todos los medios de prueba propuestos, o dicho de otra manera, no tiene carácter absoluto, pues el derecho no lo es a una actividad probatoria ilimitada y referida a cualesquiera medios de prueba que las partes pudieran proponer, sino que es un derecho a la prueba en los términos regulados en la ley, lo que lleva a que el derecho lo es: 1) a los medios pertinentes y útiles y 2) a esos medios pero siempre con sujeción a la forma y al tiempo previstos en la ley³⁹.

³⁵ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. 138

³⁶ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P.101.

³⁷ Ibídem. P. 101

³⁸ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. 142.

³⁹ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P.102

En caso de inadmisión, nos menciona ABEL LLUCH⁴⁰, la misma no debe ser arbitraria o irrazonable, sino que tiene que ser motivada, esto es, con expresión de las razones que impiden superar el juicio de pertinencia, se trata de un derecho de configuración legal y debe ejercitarse conforme al marco previsto por el ordenamiento jurídico.

c) Derecho a la práctica de los medios de prueba admitidos.

Si un medio de prueba ha sido admitido, se entiende por cumplir con los requisitos legales, la falta de práctica del mismo, siempre que no se deba a negligencia de la parte que lo propuso, debe conformar la vulneración del derecho. La jurisprudencia española alude a que la lesión del derecho solo se habrá producido si la falta de práctica es imputable al órgano jurisdiccional⁴¹.

Los medios de prueba deben practicarse conforme a lo dispuesto en la ley y uno de los elementos básicos de esa práctica es la intervención de las partes, de las dos, tanto de la que ha propuesto el medio como de la contraria. Naturalmente cuando la ley permite que el juez practique medios de prueba de oficio las partes mantienen su derecho a intervenir en esa práctica⁴².

BUSTAMANTE ALARCON⁴³, señala que, entendemos por práctica o actuación de los medios probatorios a aquellos actos procesales necesarios para que los diversos medios de prueba que han sido admitidos a pedido de parte, o han sido incorporados de oficio por el juzgador, puedan cumplir su propósito; esto es, que puedan ingresar al proceso o procedimiento sus respectivas fuentes de prueba(que el testigo o la parte presente su respectiva declaración, que el juez observe los objetos o hechos en la inspección, que el perito elabore la pericia que se ofreció. etc.)

⁴⁰ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 36

⁴¹ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P.102.

⁴² MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 103.

⁴³ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. PP: 253 - 254.

d) Derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba.

El tercer elemento del derecho a la prueba guarda relación con el cuarto elemento del mismo derecho. En virtud de este último, su titular, ante circunstancias justificantes, tiene el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba a través de la actuación anticipada, y también adecuada, de algún medio probatorio, ya sea antes de que se inicie el proceso o procedimiento en el que se intentara formular alguna pretensión o defensa, o antes de que llegue la etapa probatoria en la que dicho medio de prueba hubiera sido actuado ordinariamente (por ejemplo, ante el peligro de muerte de un testigo cuya declaración haya sido o será ofrecida como medio de prueba)⁴⁴.

e) Derecho a la valoración adecuada y motivada de todos los medios de prueba practicados.

La valoración o apreciación de los medios de prueba es la operación mental que realiza el juzgador con el propósito de determinar la fuerza o valor probatorio del contenido o resultado de la actuación de los medios de prueba que han sido incorporados (sea de oficio o a petición de parte) al proceso o procedimiento. Son estos medios probatorios admitidos y actuados – y no otros – los que constituyen, o deben constituir, el objeto de la valoración ⁴⁵. No obstante, agrega BUSTAMANTE ALARCON⁴⁶, conviene precisar que, como quiera que los medios de prueba están destinados a probar o verificar la existencia o inexistencia de hechos, la valoración no solo debe consistir en un análisis cuidadoso del material probatorio, sino también de los hechos que pretenden ser acreditados o verificados con ellos.

⁴⁴ PICO I JUNOY, Joan, citado por BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 256.

⁴⁵ DEVIS ECHANDIA, citado por BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. PP. 291-292.

⁴⁶ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P.292.

El derecho a la prueba solo adquiere sentido si todas las pruebas practicadas son tomadas en consideración en la sentencia, de modo que si una prueba no es valorada se está negando el derecho. La valoración de la prueba corresponde al tribunal, pero todas las pruebas deben ser valoradas conjuntamente.

SUB - CAPÍTULO II

LOS SISTEMAS PROCESALES

1. EL GARANTISMO PROCESAL.

1.1. Delimitación.

Esta tendencia procesal, epistemológicamente opuesta al Publicismo, niega la posibilidad de la verdad en el proceso. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA señala: “Estamos ante algo tan elemental como es el reconocimiento de la imposibilidad en que se encuentra el hombre de alcanzar verdades que puedan calificarse de absolutas” ⁴⁷ lo que no implica, según el mismo autor, que se renuncie a la justicia de la función judicial, de modo que la prueba y su función “no puede por tanto suscitarse en el vacío de lo abstracto, sino que debe incardinarse en los ordenamientos jurídicos en concreto y ello supone que debe adecuarse a los principios que conforman el proceso y, más allá, a la función de la jurisdicción.” ALVARADO VELLOSO, reconocido maestro garantista, explica que “...la verdad es un valor relativo y, como tal, cambiante en el tiempo, en el espacio y entre los diferentes hombres que hablan de ella... En otras palabras, hay tantas verdades o justicias como personas pretenden definirlas” y profundizando sobre la anterior afirmación señala: “...Si verdad es la exacta correspondencia entre la realidad y el pensamiento resulta difícil – por no decir imposible - alcanzarla con la sola y pura actividad del razonar. Y por

⁴⁷ Las dos citas provienen de MONTERO Aroca, Juan. Ob. Cit. P. 42 y ss

ello hay varias cuestiones que condicionan al hombre en esa tarea: 1) sus sentidos... 2) su cultura...3) su lenguaje... 4) su inteligencia...5) sus pasiones, instintos y deseos e inclinaciones... 6) la sociedad en la cual vive...⁴⁸

Entonces, al no ser la verdad una posibilidad del proceso, ¿Que opciones quedan como finalidad del proceso? Señala entonces Alvarado que éste tiene una doble función, una privada en la que el proceso *“es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (rectius: resolución) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente -como alternativa final- si es que no se ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición”* y otra pública por la que el proceso *“es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contraparte de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada”*. Esto siempre basado en la idea que el proceso *“es un medio pacífico de debate argumentativo mediante los antagonistas dialogan entre sí para lograr de una autoridad la resolución... de los conflictos intersubjetivos de intereses que mantienen y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad”*⁴⁹. Sobre esta idea de fin público, MONTERO AROCA vincula la función de la prueba en específico con la función de la jurisdicción, señalando que ésta, para él, constituye al juez como *“el último garante de los derechos que el Ordenamiento jurídico reconoce al individuo, y sea cual fuere la rama del mismo que se tome en consideración...”* Así es como reconoce al proceso como un instrumento por el que la jurisdicción, orientada por el imperio de la ley, tutela los derechos de los particulares. Y señala en este último punto *“Desde esta posición, que es privatista y liberal, la verdad, siempre relativa, se convierte en medio para cumplir con la función de garantía”*⁵⁰.

Es justamente la concepción del proceso como una garantía para el ciudadano, la consigna principal de esta concepción. Desde este punto de vista, e identificando garantías y constitución, señala Alvarado que *“El*

⁴⁸ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa*. Primera Edición, Rosario, Juris 2006 P. 172 y 173

⁴⁹ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Ob. Cit. P. 31

⁵⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La prueba...* Ob. cit. P. 44

garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental... por lo contrario; se contenta modestamente con que los jueces... declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas, otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos.”

La intervención judicial de oficio en el proceso, más que un medio de indagación de verdad, es para estos autores una actividad que rompe la imparcialidad del juzgador, necesaria para lograr la justicia de la decisión. Así por ejemplo, CIPRIANI señala en un reciente artículo de réplica a TARUFFO y con ocasión a algunas observaciones de la doctrina publicista señalando que *“un código que quita garantías a las partes y da poderes discrecionales al juez, es, en cualquier latitud, un código iliberal y autoritario”*⁵¹. ALVARADO VELLOSO, en concordancia con lo antedicho, señala: (refiriéndose a las legislaciones que han otorgado más poderes al juez de oficio) *“...ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en normadores primarios... Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo jurídico absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador - no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno - hace literalmente lo que quiere...”*⁵²

2. EL PUBLICISMO PROCESAL

2.1. Delimitación.

Esta tendencia procesal, deriva de la admisión de la verdad como posibilidad y fin último del proceso. Si bien hay diferencias menores entre

⁵¹ CIPRIANI, Franco. *El autoritarismo procesal y las pruebas documentales*, IUS ET PRAXIS. [online]. 2007, Vol.13, No.2, PP. 45 - 55. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0122007000200003&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012.

⁵² ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Ob. Cit. P. 174 y 175

autores, éstos comienzan su discurso planteando el tema de la verdad desde el punto de vista filosófico. Primeramente descartan las teorías que no admiten la posibilidad de la verdad o que la desestiman como fin del proceso. Destacamos entre estas argumentaciones el descarte del concepto de “verdad formal” como aplicable al proceso y diferenciador entre la verdad alcanzada por la vía procesal y la verdad en sí misma. Así por ejemplo y citando a FERRER: *“En mi opinión, la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad”*⁵³.

En cuanto a la característica de la verdad como fin del proceso, expresado el tema en palabras de TARUFFO *“...el proceso no sólo pretende producir decisiones, sino también decisiones justas. Como ya he dicho anteriormente, pienso que una decisión sólo puede ser justa si se funda en una determinación verdadera de los hechos del caso (además de derivar de un proceso correcto y de la justa interpretación y aplicación de las normas)”* y esto lo justifica especificando que la verdad que se encuentra en el proceso *“...no puede ser en ningún sentido absoluta, y es necesariamente contextual y relativa. Puede ser definida como la mejor aproximación posible, sobre la base de las pruebas, a la realidad empírica de los hechos relevantes para la decisión... la verdad del enunciado es una función de la confirmación lógica que puede derivarse de las pruebas que a él se refieren”*⁵⁴

Otros autores, por su parte, atacan el argumento respecto de la imposibilidad indagatoria del juez, sea por motivos fácticos o por limitaciones jurídicas, así por ejemplo, PARRA QUIJANO señala: *“Se ha exagerado, los efectos que sobre el averiguamiento de la verdad en el proceso judicial ejercen las prohibiciones de prueba. Sin caer en cuenta que esta forma leal de afrontar*

⁵³ FERRER Beltrán, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Segunda Edición, Barcelona, Marcial Pons, 2005 II, 5, P. 73 y ss

⁵⁴ Ambas citas en el párrafo corresponden a una entrevista realizada a MICHELE TARUFFO por Jordi BELTRAN FERRER y que se encuentra en TARUFFO, MICHELE. *La Prueba de los Hechos*. Segunda Edición, Traducción castellana por FERRER BELTRÁN, Madrid, Trotta 2005. P. 517 y ss, y en específico, P. 525 y 526.

la investigación no impide que se utilicen otros medios probatorios que perfectamente pueden lograr trasladar los hechos del mundo extraprocesal al mundo del proceso con la misma nitidez de los prohibidos y por sobre todo con inmaculación”⁵⁵.

Aseverando entonces, por una u otra vía, la posibilidad de la verdad en el proceso como fundamento de la decisión, se abre el camino a la posibilidad de otorgar al juez facultades adicionales para la búsqueda de la misma. Al respecto, TARUFFO dice: *“La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta - como se ha visto - en numerosos ordenamientos, se basa evidentemente en elecciones ideológicas en función de los que la calidad de la decisión que cierra el proceso no es para nada indiferente e irrelevante, y tiene que tender en cambio a basarse en una comprobación verdadera de los hechos de la causa. Para que esta finalidad sea conseguida hace falta que se realicen varias condiciones: una de estas condiciones es que el juez pueda integrar las iniciativas probatorias de las partes cuando ellas parecen insuficientes o inadecuadas para permitir la adquisición de todas las pruebas que hacen falta para formular una decisión que verifica la verdad de los hechos”⁵⁶.* Y esto parece lógico desde esta perspectiva, si la verdad es el fin último del proceso, la prueba de las partes puede ser insuficiente para conseguir una confirmación de la realidad por parte del juez, y es así como el juez debiera tener para estos fines las facultades para complementar la prueba.

2.2. El Publicismo aspira a satisfacer la justicia

Como se podrá notar de lo anteriormente expuesto el publicismo, frente a los planteamientos del sistema garantista, aspira a satisfacer las exigencias de un fenómeno de masificación de la justicia, propugnando:

⁵⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Quinceava Edición, Bogotá, Del profesional, P. 167 y ss.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa*. IUS ET PRAXIS. [online]. 2006, vol.12, No.2 [citado 27 noviembre 2013], P. 95-122.) Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071800122006000200005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0012

- a) El proceso es un fenómeno social de masas, por lo que el Estado ejerce un rol preponderante como manifestación de su poder-deber de resolver los conflictos;
- b) El Juez no es un mero componedor de problemas, sino que ejerce un rol fundamental en el proceso, dentro del Estado de Derecho;
- c) El Juez tiene el poder de actuar pruebas de oficio, bajo determinados límites;
- d) El Juez no sólo tiene poderes expresos, sino también implícitos o genéricos, los cuales utiliza cuando la realidad supera a la norma, pues no puede dejar de administrar justicia. Esa es su función;
- e) Podemos agregar, que, los controles procesales de la demanda se adelantan, por lo que no todo puede ser admitido, sino sólo aquellas pretensiones que satisfacen tales requisitos.

2.3. Sistema que adopta el Código Procesal Civil Peruano.

Nuestro Código Procesal Civil vigente ha consagrado en su artículo II del Título Preliminar la publicización del proceso, cuando expresamente dice: Art. II. Principios de Dirección e Impulso del Proceso: la dirección del proceso está a cargo del Juez, quien la ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este

Código. MONROY GÁLVEZ⁵⁷, ha expresado al respecto que el Principio de Dirección del Proceso tiene como objetivo limitar los excesos del principio dispositivo, en el que el juez estaba únicamente destinado a protocolizar la actividad de las partes. A ello agrega que el principio de impulso procesal resulta una manifestación concreta del principio de dirección, todo ello en base a una visión publicista del proceso⁵⁸.

En este mismo orden de ideas el artículo VI del Título Preliminar sirve de fundamento para la actividad probatoria del juzgador: Art. VI.- Principio de Socialización del Proceso: el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso; ya que su propio artífice el profesor MONROY GÁLVEZ ha mencionado que este principio en tanto expresión del sistema publicístico no sólo hace más asequible la oportunidad de expedir una decisión justa, sino que lo faculta (al juez) para impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso, sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor justicia⁵⁹. En su interpretación auténtica este artículo tenía como finalidad justificar la intervención del juzgador en la actividad probatoria cuando las deficiencias de defensa, económicas o sociales, eventualmente impidan el logro de una solución “justa”.

Del análisis del Principio de Dirección del Proceso y en especial del Principio de Socialización claramente se deduce que nuestro sistema ha acogido las tendencias de “publicización” del proceso civil, aunque sin descuidar el Principio de Aportación de la Parte materializado en su art. VII del Título Preliminar que cuando sostiene que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; lo que nos conduce a afirmar que en un principio el código tuvo

⁵⁷ MONROY GALVEZ, Juan .*La función del Juez en el Derecho Contemporáneo*. Editorial San Marcos. Primera Edición. 2004. P. 91.

⁵⁸ MONROY GALVEZ, Juan. Ob. Cit. PP. 92 -93.

⁵⁹ *Ibíd.* PP.. 102 -103.

un acentuado hálito publicista que ha venido amenguando con el transcurso del tiempo, a medida que se han descubierto algunas distorsiones y resulta necesario repensar los alcances y aclarar los mal entendidos en materia de la prueba .

SUB - CAPITULO III

OBJETO Y TEMA DE LA PRUEBA

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA.

Cuando se habla de objeto de prueba se quiere preguntar “**¿Qué puede ser probado**” . En la doctrina hay una prolija discusión que no se ha puesto de acuerdo sobre lo que es el objeto de prueba. **La primera postura** considera que el objeto de prueba son los hechos⁶⁰. **La segunda postura** considera a las cosas, hechos y seres⁶¹. Una **tercera posición** todo lo que es posible de confirmación⁶². La **cuarta posición**, indica que el objeto de la prueba está constituido simplemente por **las afirmaciones sobre los hechos**⁶³. Y **por último** la que combina estos sistemas, incluyendo la concepción del objeto inmediato (la afirmación) y del objeto mediato (el hecho)⁶⁴.

⁶⁰ ALSINA, BENTHAM, CHIOVENDA, COUTIURE, DOHRING, KIELMANOVICH, LIEBMSN, MICHELI, MITERMAIER, SILVA MELERO, citado por FALCON ENRIQUE M. Ob. Cit. P. 81.

⁶¹ DELLEPIANI, *Nueva Teoría, General de la Prueba* p.31. citado por FALCON ENRIQUE M. Ob. Cit. P. 81.

⁶² DEVIS ECHANDIA. *Teoría general de la prueba Judicial* p. 142 y 144. Citado por FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 81

⁶³ CARNELUTI, *Sistema*. Tomo I, P. 50. SENTIS MELENDO, *La prueba*. P. 158; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, P. 256 y 257, Citado por FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 81.

⁶⁴ FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 81

Pero la divergencia acerca del objeto de la prueba se centra básicamente en dos grandes grupos. *Los que sostienen que en el proceso deben probarse los hechos y los que sustentan que la prueba debe recaer sobre las afirmaciones que las partes en relación con los hechos.*

Fue CARNELUTTI⁶⁵, el primero que refirió el objeto de prueba, no a los hechos, sino a las afirmaciones de las partes en relación con los hechos, observando que las afirmaciones no se conocen pero se comprueban, mientras que los hechos no se comprueban sino que se conocen, a partir de este autor se dio inicio a un largo debate que aún no termina.

Para la doctrina mayoritaria el objeto de la prueba son los hechos⁶⁶; pues en el derecho procesal la existencia o inexistencia de los hechos marcan el fundamento o el rechazo de la pretensión (demanda, contestación de demanda, excepciones, defensas y reconvención), por lo que constituyen el objeto de la prueba y son los elementos base de la sentencia para la aplicación de la norma jurídica.

DEVIS ECHANDIA⁶⁷ señala que, el objeto de prueba judicial en general, es todo aquello que, siendo de interés para el proceso, puede ser susceptible de demostración histórica (como algo que existió, existe o puede llegar a existir) y no simplemente lógica (como sería demostración de un silogismo de un principio filosófico) es decir, que objeto de prueba judicial son los hechos presentes, pasados y futuros y lo que puede asimilarse a estos (costumbre y ley extranjera).

⁶⁵ CARNELUTTI. Citado por MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 65.

⁶⁶ FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P.81.

⁶⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P. 147.

1.1. Distinción entre objeto y tema de Prueba.

La frecuente confusión entre las nociones de objeto y necesidad o tema de la prueba conlleva a DEVIS ECHANDIA⁶⁸, a diferenciar la noción de objeto y tema de prueba.

- a) **Objeto de la Prueba.** Debe entenderse lo que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba, es una noción puramente **objetiva y abstracta**, no limitada a problemas concretos de cada proceso; ni a los intereses o pretensiones de las diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual.
- b) **Tema de Prueba.** se entiende lo que en cada proceso debe ser materia de la actividad probatoria, esto es, los hechos sobre los cuales versa el debate o la cuestión voluntaria planteada y que deben probarse, por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por ambas partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir, es también una noción **objetiva**, porque no se contempla en ella la persona o parte que debe suministrar la prueba de esos hechos o de alguno de ellos, sino en general, el panorama probatorio del proceso, pero **concreta** porque recae sobre hechos determinados.

1.2. Objeto concreto de la prueba en oposición al objeto abstracto.

La doctrina suele distinguir el **objeto abstracto de prueba** del **objeto concreto de concreto**, señalando que mientras **el primero** está constituido por todo aquello susceptible de ser probado o sobre lo cual puede recaer prueba, sin relación con un proceso o procedimiento en particular⁶⁹; puede

⁶⁸ Ibídem. P. 135.

⁶⁹ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 91

serlo todo hecho material o psíquico, en el más amplio significado del término⁷⁰; **el segundo** está constituido por aquellos hechos que directa o indirectamente tienen relación con la materia debatida o que ha sido propuesta en un proceso o procedimiento.

MONTERO AROCA⁷¹, hace la precisión que el **objeto de prueba en abstracto** responde a la pregunta **¿Qué puede probarse?** La respuesta es obvia: hechos, pero prefiere llamarle datos, por cuanto aunque los hechos sean el principal objeto de prueba, no faltan ocasiones en que la actividad probatoria puede referirse al derecho y también las máximas de la experiencia.

Además el mismo autor añade que si por objeto de prueba se entiende en abstracto y sin atender a un proceso concreto, lo que puede ser probado, es decir, todo lo que puede ser establecido por una norma material como supuesto factico de una norma consecuencia, ese objeto han de ser en principio hechos, entendidos estos en sentido general. Pero también debe incluirse las normas mismas por cuanto nada impide que sobre ellas pueda recaer la actividad probatoria.

Por el contrario el **objeto concreto de la prueba** responde a la pregunta **¿qué debe probarse?** Esta pregunta se refiere a un proceso concreto, esto es, cuando en realidad se atiende al tema de prueba, la respuesta tiene que ser que las afirmaciones de las partes relativas a los hechos.

Tienen importancia para delimitar concretamente el objeto de prueba en relación a cada proceso, las nociones de conducencia, pertinencia o relevancia e influencia o utilidad de la prueba⁷².

2. EL HECHO COMO OBJETO DE PRUEBA

2.1. El hecho desde la perspectiva del derecho probatorio.

El derecho probatorio contempla el hecho con gran amplitud, Siguiendo a DEVIS ECHANDIA⁷³, Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son

⁷⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 157.

⁷¹ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. PP. 64 - 65

⁷² DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 157.

los hechos, se toma esta palabra en el sentido jurídico amplio, eso es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos circunscritos a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que puede probarse para fines procesales.

En este sentido jurídico se entiende por hechos:

- a) Todo lo que puede calificarse como conducta humana, los sucesos o acontecimientos, los hechos y actos humanos, involuntarios o voluntarios, individuales o colectivos, sus circunstancias de tiempo y lugar.

Así, por ejemplo, podrá ser objeto de prueba una manifestación de voluntad (un contrato); un acto civilmente ilícito generador de culpa extracontractual, un comportamiento (un acto propio); la intención de una persona (simulación, dolo etc.)

- b) Todos los hechos de la naturaleza, es decir, aquellos en los que no interviene la voluntad. Ejemplo un rayo, un terremoto, una inundación a los efectos de demostración de un caso fortuito o una fuerza mayor.

- c) Las cosas u objetos materiales y los lugares, es decir cualquier aspecto de la realidad material, sean o no producto del hombre, o sobre ellos haya incidido o no la actividad humana.

Podrá ser objeto de prueba una finca a los efectos de una acción de reivindicación, el vehículo dañado a los efectos de una indemnización por culpa, un documento a los efectos de un testamento ológrafo, unas grietas a los efectos de una acción fundada en vicios de la construcción.

⁷³ Ibídem. P. 150

- d) La propia persona humana, en cuanto realidad material, a su existencia, como sus condiciones físicas y mentales, sus aptitudes y cualidades. Podrá ser objeto de prueba, la capacidad mental de una persona a efectos de impugnación de un testamento o las lesiones a efectos de una indemnización por accidente de tránsito.
- e) Los estados psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el conocimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce de hechos externos: palabras o documentos, por lo que pertenecen al primer grupo). por ejemplo, la voluntad de donar a los efectos de una simulación contractual.

También algunos ordenamientos procesales expresamente lo señalan que las reglas de la experiencia, las normas jurídicas extranjeras y consuetudinarias son objeto de prueba distinto a los hechos, al respecto DEVIS ECHANDIA⁷⁴, cree que en cuanto puede ser objeto de prueba se contemplan como conductas o hechos humanos.

3. TEMA (O NECESIDAD) DE PRUEBA.

En los puntos anteriores precisamos la diferencia que existe entre objeto de prueba y tema de prueba, del mismo modo el objeto abstracto del objeto concreto de prueba, tal distinción responde a puntos de vista de dos sectores de la doctrina que para algunos de los estudiosos del tema resulta innecesario, ante tal disyuntiva se hace necesario precisar lo que comprende el tema de prueba.

La noción de objeto de prueba responde a la pregunta **¿Qué podría probarse?** La noción de tema o necesidad de prueba plantea la pregunta **¿Qué se debe probar en este proceso?**⁷⁵

⁷⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 151.

⁷⁵ Ibídem. P.178

Con estas preguntas DEVIS ECHANDIA⁷⁶ da la siguiente definición de tema o necesidad de prueba, también llamada obligatoriedad de prueba: *“Es el conjunto de hechos materiales o psíquicos, en sentido amplio, que sirven de presupuesto a las normas jurídicas aplicables en cada proceso, en vista de las peticiones o excepciones de las partes o del efecto jurídico percibido y que la ley exige probar por medios autorizados”*.

En opinión de BUSTAMANTE ALARCON⁷⁷, acudir al concepto de **“tema o necesidad de prueba”**, pues, la noción de objeto concreto de prueba la engloba o comprende. No obstante con el fin de dar alguna utilidad a dicha categoría, parece mejor calificar como **“tema o necesidad de prueba” a aquellos hechos que, integrando el objeto concreto de prueba no son irrelevantes, imposibles ni están exentos de prueba**, es decir aquellos que siendo susceptibles de actividad probatoria necesitan ser verificados o probados si se quiere amparar la pretensión o defensa que se encuentra configurada por los hechos objeto de prueba concreto.

3.1. Hechos que constituyen tema de prueba.

Lo que está necesitado de prueba para que el Juez pueda declarar la consecuencia prevista en la norma jurídica son **la afirmación de los hechos y la controversia o discusión sobre tales hechos**, llamado también **hechos controvertidos**, esto es lo que delimita el tema de prueba.

3.1.1. La afirmación de los hechos.

“La afirmación de un hecho es la posición de este como presupuesto de la demanda dirigida al juez”⁷⁸, es la afirmación de su existencia material (en

⁷⁶ Ibídem. P.178.

⁷⁷ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 98

⁷⁸ CARNELUTTI, en la prueba civil. citado por DEVIS ECHANANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 179.

sentido amplio, que incluye la realidad psíquica y el juicio que sobre el hecho se tenga). La palabra “demanda” debe tomarse en sentido genérico, esto es, como cualquier petición, incluso la del demandado, para que se declare su excepción. Esto significa que, como regla general para que un hecho necesite prueba y forme parte del tema de prueba en un proceso civil, es indispensable su afirmación por alguna de las partes en el momento y con las formalidades establecidas por la ley procesal (excepto cuando son hechos accesorios o secundarios).

El principio de aportación de parte que informa al proceso civil determina que las partes son las únicas que pueden hacer afirmaciones de hechos, en el sentido de que las mismas tienen esta facultad de dirección material del proceso, pero el mismo principio también determina que sobre ellas recae la carga de la afirmación⁷⁹. Esto supone que:

- a) La prueba solo puede recaer sobre hechos afirmados por las partes, de modo que la necesidad de prueba únicamente puede referirse a ellos; los hechos no afirmados no pueden existir para el juzgador y por lo mismo, no pueden estar necesitados de prueba.
- b) La prueba tiene que referirse, no a cualesquiera hechos, sino a aquellos que guarden relación con la tutela que cada una de ellas pretende obtener en el proceso, lo que es aplicable tanto al demandante como al demandado.

3.1.2. Los hechos controvertidos.

Dentro de los hechos afirmados por las partes oportunamente la necesidad de prueba solo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos.

⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 72

Por hecho controvertido entendemos, el hecho que afirmado por una parte es negado por la contraria, resultando de este modo un hecho necesitado de prueba y que integra el **tema de prueba**⁸⁰.

El llamado hecho controvertido, es el resultado o, mejor aún, la consecuencia jurídica de las facultades y cargas de alegación y negación que, respectivamente corresponde al actor y al demandado en la fase inicial del proceso. Secuencialmente corresponde al esquema cronológico siguiente: 1º) **Alegación** por una de las partes - en los escritos de demanda o, en su caso de reconvención; 2º) **Negación** por la adversa – en el escrito de contestación a la demanda o, en su caso, en la contestación de la reconvención y 3º) **Fijación por el juez** con la propuesta de las partes en el auto de saneamiento probatorio (Art. 468 del Código Procesal Civil).

La fijación de los hechos controvertidos o como el Código procesal lo denomina puntos controvertidos, en el proceso de conocimiento tiene lugar en el Auto de saneamiento probatorio, previo a la audiencia de pruebas, tiene por finalidad establecer los hechos sobre los que existe conformidad, y que por ende están exentos de prueba; y unos hechos sobre los que existe disconformidad, y por ende están necesitados de prueba; estos últimos constituyen el **Thema probandi** y el antecedente necesario para un correcto juicio de admisión de los medios de prueba.

La correcta fijación de los hechos o puntos controvertidos proporciona varias ventajas, que se resume en lo siguiente:

- a) Permite el acceso a la siguiente fase de la audiencia de pruebas en el proceso de conocimiento, la función de proposición y admisión de medios de prueba de oficio.

⁸⁰ CARNELUTTI citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 72.

- b) El juez podrá inadmitir los medios de prueba que, por impertinentes o inútiles, no guarden relación o no resulten idóneos para acreditar los hechos controvertidos.
- c) Permitirá proyectar la duración del proceso, e incluso el tiempo para la práctica de cada medio de prueba.
- d) El objeto de la prueba puede circunscribirse a una cuestión jurídica, y existiendo conformidad en los hechos y al quedar reducida la discrepancia a cuestiones de puro derecho, el tribunal puede dictar sentencia, prescindiendo de la audiencia.

4. HECHOS EXENTOS DE PRUEBA

Cabe destacar que el proceso civil se desenvuelve en toda su dimensión al principio dispositivo. La actividad de las partes mecaniza la marcha del litigio y, a partir de los escritos constitutivos queda delineada la órbita de los intereses en conflicto. Estos constituyen los hechos pertinentes, conducentes, es decir las cuestiones que ocupa el tema de prueba o necesidad de prueba.

Sin embargo existen hechos que la ley procesal (Art. 190 del Código Procesal Civil) y la doctrina admite en forma unánime la innecesidad de ser probados. Nos dice GOZAINI⁸¹ tales hechos son:

4.1. Hechos exentos por actitud de parte.

El carácter biforme de un hecho (ante la alegación cabe la réplica) permite asumir actitudes diversas o ninguna, implicando esas conductas consecuencias sobre las afirmaciones que tendrán o no que verificarse.

a) Los hechos admitidos.

En virtud de la estructura dialéctica del proceso y del principio de contradicción, y conforme al código procesal civil, el actor tiene la facultad

⁸¹ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La prueba en el Proceso Civil peruano. Editorial normas jurídicas*. Trujillo -Perú. 1997. P. 164

de introducir los hechos en el proceso, (Art. 424 Inc. 6 del Código Procesal Civil.) y el demandado la carga de admitirlos o negarlos.

La admisión de los hechos suponen aceptar por cierto la afirmación y debe tener lugar en la fase de postulación al proceso (Art. 442 Inc. 2 del Código Procesal Civil.) pues en esa fase debe quedar delimitado el objeto del proceso y el tema de prueba.

GARCIMARTIN MONTERO, citado por ABEL LLUCH⁸², afirma que la admisión de los hechos supone la existencia de una manifestación en sentido positivo acerca de los hechos alegados por la contraria. La admisión de los hechos puede ser expresa o tácita.

Es **expresa**, cuando el hecho aducido por el actor es admitido por el demandado en la contestación de la demanda (Art. 442 Inc. 2 del Código procesal Civil), la admisión expresa de los hechos exige plena conformidad de los litigantes (Art. 442 Inc. 3 Código Procesal Civil.).

La **admisión tácita** se produce por vía del silencio (cuando el litigante no se pronuncia acerca de las alegaciones del contrario), de las respuestas evasivas (cuando el litigante se pronuncia tan vagamente, que de sus declaraciones no cabe deducir su postura al respecto). El silencio y las respuestas evasivas comportan la admisión tácita o la negativa genérica puede ser apreciada como reconocimiento de verdad de los hechos alegados (Art. 442 Inc. 2 del Código Procesal Civil.)

La rebeldía del demandado no comporta ni allanamiento ni admisión de los hechos (Art. 461 Inc. 4 del Código Procesal Civil.) ni exime al actor de probar los hechos constitutivos de su pretensión, la que está sujeto a probanza, por lo que no exime a Juzgador de examinar la prueba y verificar los fundamentos de su pretensión.

⁸² ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 69.

b) Hechos reconocidos.

Siguiendo a GOZAINI⁸³, nos dice que reconocimiento no es propio de los hechos, sino del derecho, por eso aquel se vincula a la pretensión y con la resistencia, constituyendo un acto de inteligencia y decisión sobre los fundamentos que porta la demanda.

El reconocimiento puede ser expreso o tácito, según obre la actitud del oponente, en igual medida que la explicada para la admisión. A veces también se habla de hechos reconocidos, como aquellos que menciona el Art. 442.inc, 2 del Código Procesal Civil, respecto al reconocimiento de la autenticidad de los documentos.

4.2. Situaciones objetivas que eximen de prueba.

Corresponde a esta categoría tres tipos de hechos: a) los hechos notorios. b) los que gozan de una presunción legal. C) los hechos evidentes.

a) Hechos notorios.

Son aquellos hechos que se suponen conocidos dentro de la cultura normal propia de un determinado grupo social, y en el tiempo en el que se produce la fase probatoria⁸⁴.

La notoriedad no requiere del conocimiento universal, porque se limita a su propia contingencia y circunstancia. Vale el ejemplo que ofrece COUTURE, el hecho de que a fines de 1945 fue inventado el procedimiento de división del átomo, creándose así una nueva fuente de energía. Pero ese hecho no es conocido por todos, pues no lo es de la personas que viven fuera de los centros de información. Sin

⁸³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Ob. Cit. P. 168.

⁸⁴ GERMAN BAUCHE Eduardo y PRADA Mariela I. Ob. Cit. P. 209.

embargo, por la circunstancia de que haya gran cantidad de personas que lo ignoran, no debe deducirse que sea notorio⁸⁵.

b) Hechos que gozan de una presunción legal.

Son los hechos que la ley admite como ciertos, de forma tal que no se admite al respecto prueba en contrario y quien alega la falsedad deberá probarlo su falsedad. Ejemplo el hijo nacido dentro del matrimonio o hasta los trescientos días después de disuelto este, se presume hijo matrimonial.

c) Hechos evidentes.

A diferencia de los hechos notorios que se restringe el saber a un grupo determinado de personas que comparten un grupo social, los hechos evidentes son aquellos hechos que se presumen conocidos por todos los hombres de una sociedad de un nivel cultural medio. Se presume normal que este tipo de hechos es conocido por cualquier hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez⁸⁶.

5. EL DERECHO COMO OBJETO DE PRUEBA.

5.1. El derecho nacional.

El tratamiento procesal del derecho como objeto de prueba no puede ser el mismo que de los hechos, pues la posición del Juez respecto de la norma no es la misma, respecto de los hechos (cuya introducción y prueba está informada por el principio dispositivo y de aportación de parte)⁸⁷.

⁸⁵ COUTURE, En fundamentos... Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo. Ob. Cit. P. 171.

⁸⁶ GERMAN BAUCHE Eduardo y PRADA Mariela I. Ob. Cit. P. 209

⁸⁷ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 83.

El derecho debe estar sustentado en normas jurídicas, las que no requieren probanza, ya que las mismas se interpretan. Es más, por el principio del ***iura novit curia***, el juez es el conocedor del derecho, es el técnico, y le corresponde a él, aplicar la norma jurídica pertinente, aun cuando la parte la haya omitido o se haya equivocado en la invocación. Las partes tienen el dominio de los hechos, el juez lo tiene sobre el derecho⁸⁸.

En nuestro ordenamiento rige el principio de *iura novit curia*. Ahora bien, el deber de conocimiento del derecho por el Juez no es ilimitado, sino que se extiende a las normas jurídicas que forman el derecho interno, escrito y general.

5.2. La prueba del derecho extranjero.

La ley extranjera, desde el punto de vista procesal, ostenta la categoría de un hecho sujeto a la carga de la alegación y prueba por las partes interesadas en su aplicación. Corresponde a las partes acreditar la existencia, contenido y vigencia conforme lo señala el Art. 190 del Código Procesal Civil.

Sin embargo, del tenor del Art. 2052 del Código Civil, también el juez tiene facultad de solicitar de oficio o a pedido de partes, al poder ejecutivo, para que vía diplomática, obtenga de los tribunales del estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido (Art. 2053 del Código Civil.) evidentemente no se requiere de probanza la existencia de leyes extranjeras que son obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial⁸⁹.

ETXEBERRIA GURIDI, citado por ABEL LLUCH⁹⁰, menciona que el principio de ***iura novit curia*** comprende a todo derecho, nacional o extranjero,

⁸⁸ MORALES GODO, Juan. *instituciones de derecho procesal*. Palestra Editores, Primera Edición. Lima 2005. P. 364.

⁸⁹ MORALES GODO, Juan. Ob. Cit. p. 365.

⁹⁰ ETXEBERRIA GURIDI en: *Las facultades judiciales en materia probatoria en la L.E.C Española*. citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. PP. 83 y 84.

pero con un alcance distinto: para el derecho nacional debe entenderse como **“deber de conocimiento”**, mientras que con referencia al derecho extranjero y consuetudinario debe entenderse como **“deber de investigación”**.

5.3. La prueba de la Costumbre.

La costumbre constituye una de las fuentes del ordenamiento jurídico, rigiendo en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. La Constitución Política del Estado de 1993⁹¹, lo ha incorporado como método de integración el derecho consuetudinario. Como método de integración solo podrá ser aplicado ante ausencia de una norma que regule el hecho controvertido. De ser así, la parte tendrá que probar la existencia de la costumbre sobre la que fundamenta su pretensión, salvo que se trate de hechos notorios, en cuyo caso el juez de oficio puede fundamentar su decisión en ella.

Los usos y costumbres en el campo del derecho comercial, constituyen fuentes reguladoras de dichas relaciones jurídicas y pueden ser aplicadas directamente por el juzgador, sin embargo, si dichos usos y costumbres no fueren de público conocimiento deberán ser acreditados como los hechos que son⁹².

6. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA COMO OBJETOS DE PRUEBA

6.1. Concepto y función

En opinión de GOZAINI⁹³, el Juez es un individuo que conoce realidades de la vida, que no es fugitivo de los diarios acontecimientos y, el paso del tiempo con sus vivencias, y el estudio mediato de las circunstancias, le

⁹¹ Constitución Política del estado de 1993. **Art. 139** Son principios y derechos de la función jurisdiccional. **Inc. 8.** *“El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”*. Y el Art. 149 *“Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas”*.

⁹² MORALES GODO, Juan Ob. Cit. P. 365.

⁹³ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Elementos de derecho procesal civil. Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera*; Buenos Aires, 2005. P. 299.

permiten contar con un caudal de conocimientos que hacen la denominada “máximas de la experiencia”

En conocida y celebre definición de STEIN las máximas de la experiencia son “definiciones o juicios hipotéticos de contenido General, desligados de los hechos concretos que se ha de juzgar en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares casos de cuya observación se han inducido y que por encima de estos pretenden tener validez para otros nuevos⁹⁴. También son llamados como reglas de naturaleza no jurídica, o reglas de carácter empírico.

No debe confundirse con los hecho notorios, porque en estos la eximición probatoria deviene sobre cuestiones de naturaleza fáctica, en cambio, en las máximas de la experiencia se trata, nada más, que de aditamentos culturales que posee el juez para formar un criterio lógico. Mientras el hecho notorio forma parte del fundamento de hecho de la demanda o la excepción, las reglas de la experiencia sirven para verificarlo, sin que pertenezcan al material probatorio allegado al proceso.

Precisamente por ello las máximas no necesitan de prueba corroborante, aun cuando esta cuestión tenga dividida las opiniones doctrinarias.

En la sentencia, las máximas de la experiencia pueden cumplir tres funciones⁹⁵:

- a)** Verificar la concurrencia de conceptos jurídicos indeterminados que forma parte de la norma Jurídica que deba ser aplicada.
- b)** Para la valoración de los medios de prueba practicados.
- c)** Para la construcción de presunciones judiciales, en cuanto que entre el hecho presumido y el hecho base ha de existir un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

⁹⁴ STEIN F. *El Conocimiento Privado del juez*. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 106.

⁹⁵ ORTELLS RAMOS, M. En: *Derecho procesal civil*. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 108.

6.2. Efectos probatorios

Pese a que en la doctrina se distingue tres orientaciones⁹⁶, en nuestro ordenamiento jurídico las máximas de la experiencia no pueden ser objetos de prueba por constituir reglas y no hechos y por consiguiente no pueden ser objeto de prueba.

El tratamiento procesal a efectos de prueba debe ser similar al de la norma jurídica, esto es, el juez debe aplicar las máximas de la experiencia al margen de cualquier prueba de las partes.

⁹⁶ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 108.

SUB - CAPITULO IV

EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL.

1. NOCIONES GENERALES.

Mientras frente al objeto de prueba respondíamos a la pregunta ¿qué se debe probar? , cuando hablamos del fin de la prueba debemos responder a la pregunta “***¿Para qué se prueba en el proceso?, ¿Cuál es el objetivo de la prueba?*** La respuesta a esta interrogante constituye lo que debe entenderse por el fin de la prueba judicial.

Esta pregunta, que a primera vista puede parecer pueril y de respuesta evidente, esconde tras de sí todo un complejo de conceptos filosóficos – jurídicos que tienen un extenso tratamiento y discusión histórica. En el presente capítulo trataremos los diversos puntos de vista que tratan de explicar lo que constituye el fin de la prueba judicial.

2. LA VERDAD Y LA PRUEBA.

En una primera acepción, decir que algo está probado equivale a predicar la verdad de aquello que se considera probado. De este modo no había

diferencia entre las nociones de prueba y verdad, así se deduce de las teorías pragmatistas de la verdad⁹⁷.

En este sentido de búsqueda de la verdad se pronunció toda la doctrina del Siglo XIX y XX, para la que, “las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad” ⁹⁸ Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporciona los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa⁹⁹.

Añade MONTERO AROCA¹⁰⁰ que la humildad ha exigido acabar con el mito de la verdad y continúa indicando que la necesidad de renunciar a la búsqueda de la verdad se descubre simplemente teniendo en cuenta algo que es consustancial con el proceso civil:

- a)** Los hechos no afirmados al menos por una de las partes no existen para el juez, que no puede salir a la búsqueda de los mismos.
- b)** Los hechos afirmados por las dos partes o afirmados por una y admitidos por la otra existen para el Juez, que no puede desconocerlos en la sentencia.
- c)** Respecto de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, lo que supone que :

⁹⁷ GASCON ABELLAN, Marina. *Los Hechos en el Derecho, bases Argumentales de la prueba*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A. Madrid- Barcelona. Segunda edición, 2004. P. 65.

⁹⁸ BONNER, E. En *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en derecho Civil y en Derecho penal*. Quinta Edición, 1928, Traducción de DE VICENTE Y CARAVANTES, P. 48 1869, citado por MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 42.

⁹⁹ GIULIANI, A. *Il concetto di prova, milano 1961. Y prova in generale, filosofia del diritto, en Inciclopedia del Diritto, XXXVII, milano, 1988, PP. 519-579.* citado por MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 42.

¹⁰⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la Oralidad* (Segunda Parte). En : Revista Jurídica del Perú, Año LI N° 21 Abril del 2001, P. 201

- i) En sentido estricto la investigación implica ir a la búsqueda o descubrimiento de unos hechos desconocidos y evidentemente, este no es el supuesto del proceso civil.
- ii) Los elementos con los que debe producirse la verificación no son los que decida discrecionalmente el juzgador, sino los que propongan las partes.
- iii) Además la actividad verificadora ha de realizarse conforme al procedimiento previsto en la ley, y no de cualquier otra forma.
- iv) En la verificación no todo vale, por ejemplo la ilicitud de la prueba, esto es, no sirve para determinar que hechos se entienden probados, de modo que el legislador ordena al tribunal que en la sentencia desconozca hechos que, sin embargo se conocen.

Todo lo anterior nos indica, sin más que ***la búsqueda de la verdad no puede ser la función de la prueba civil***. Si los hechos controvertidos pueden ser solo los afirmados por las partes, si los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante estos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de que ***la verdad fuera del alcance de la prueba procesal***.

2.1. La Verdad en el proceso.

En el proceso el problema de la verdad, nos dice MICHELE TARUFFO¹⁰¹, presenta al menos dos aspectos relevantes, o sea: Si el proceso puede o debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad, y en caso positivo, de cual genero de verdad se trata.

El primer aspecto es considerado porque en el panorama filosófico y iusfilosofico actual hay varias orientaciones según las cuales el problema del acercamiento de la verdad viene considerado como carente de sentido. Desde

¹⁰¹ TARUFFO, Michele y RAMIREZ CARBAJAL, Diana. *Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad*. ARA Editores. Lima Perú 2009. P. 16 y 17.

RORTY a las otras filosofías posmodernas son muchas las teorías filosóficas que tienden a excluir la posibilidad de un conocimiento verídico de la realidad.

En una perspectiva diversa, las teorías, según las cuales, ***el proceso no es más que un método para la resolución de las controversias*** pueden concluirse que la verdad de los hechos no se constituye como un objetivo del proceso.

En cuanto al **segundo aspecto** del problema de la verdad procesal, se puede subrayar sintéticamente que en el proceso ***no se trata de establecer una verdad absoluta de ningún género, sino solo verdades relativas***. La verdad procesal es relativa esencialmente porque la decisión del juez en torno a los hechos no puede más fundarse en las pruebas aportadas en el juicio, las cuales se presentan como instrumentos no absolutos de los cuales el juez puede servirse para conocer y entonces reconstruir de forma veraz los hechos de la causa.

Se puede considerar como verdadero solo aquello que se ha probado y en los límites en los cuales las pruebas permiten un apreciable soporte cognoscitivo a las enunciaciones de hecho. Se habla de **verdad absoluta** y se califica la **verdad procesal como relativa** a las pruebas, no pudiendo fundarse en sí misma, de modo que se induce a formular el problema de si la decisión judicial se da en términos de **certeza o de probabilidad**.

Más adelante precisa MICHELI TARUFFO¹⁰², que en el proceso se trata de establecer cual probabilidad entra en juego en el contexto del proceso judicial. En el proceso civil se presenta el criterio de la probabilidad prevalente; así como y en el proceso penal el criterio típico es el de la prueba por encima de cualquier duda razonable. Estos criterios son diversos. En términos generales la probabilidad prevalente implica que entre varias hipótesis posibles en torno a un mismo hecho deba ser preferida aquella que se encuentra en un grado de probabilidad más elevado.

¹⁰² TARUFFO, Michelle y RAMIREZ CARBAJAL, Diana Ob. Cit. P. 22

En conclusión se puede decir que el proceso civil no tiene como finalidad u objetivo establecer la verdad, más aun si, consideramos que algunos códigos procesales modernos como el nuestro establecen que el fin concreto del proceso civil es la solución del conflicto de intereses.

2.2. Verdad Material y Verdad Formal

Uno de los temas más polémicos de la prueba es el de la verdad material y el de la verdad formal. La primera también ha sido denominada mediante los calificativos de “**objetiva**”, “**real**” etc. La segunda, por su parte también ha recibido las denominaciones de “**formal**”, “**judicial**”, “**forense**” etc.

Se plantea la interrogante de si el proceso necesariamente debe recrear los hechos con exactitud o, por el contrario, los hechos serán conforme se ha probado en el expediente, según la frase “**lo que no está en el expediente no está en este mundo**”. Ciertamente el excesivo formalismo contraria los principios de una correcta administración de justicia, pero la verdad absoluta de los hechos es normalmente inalcanzable, como lo venimos mencionando.

La verdad material es aquella de la que se habla fuera del proceso, aquella que se refiere a los hechos verdaderamente acaecidos. La verdad material de un enunciado depende de su correspondencia con el mundo de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirme o de la no ocurrencia de los hechos cuya existencia se niegue. Esta es, precisamente, la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial¹⁰³.

La verdad formal, en cambio, es aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Dicha verdad formal puede coincidir o no con la material (aunque a menudo se admite que es deseable que lo haga), pero sería aquella la que gozaría de autoridad jurídica. Con

¹⁰³ FERRER BELTRAN, Jordi. *Prueba y Verdad en el Derecho*. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid 2005. PP. 61-62

independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la declaración de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia. Esa declaración puede ser revocada y sustituida por otra por parte de un tribunal superior, pero una vez que la sentencia adquiere firmeza es “la única verdad” que interesa al derecho. De este modo, la declaración de hechos probados realizada por el juzgador deviene verdadera (en sentido formal) por el solo hecho de ser pronunciada por el órgano jurisdiccional¹⁰⁴.

2.3. Verdad jurídica objetiva

La doctrina de la verdad jurídica objetiva (llamada por algunos verdad jurídica sustancial, verdad sustancial, verdad material o simplemente verdad objetiva) constituye pues un valioso aporte para superar la vieja distinción entre la verdad formal y la verdad material¹⁰⁵, al marcar la necesidad de llegar a una verdad única, cimentada en la realidad objetiva, sea cual fuere el tipo de proceso o procedimiento en que ella se obtenga.

En efecto se ha señalado que el **proceso penal** persigue la obtención de la verdad histórica, material o real; mientras que el **proceso civil** persigue la llamada verdad ficticia o formal a la que se llega mediante especiales reglas probatorias, ficciones y presunciones. Esta distinción no solo dista de lo que ocurre realmente en el proceso: **el establecimiento de la convicción judicial a secas**, sino que muchas veces ha “justificado”, sino tolerado, que en el proceso civil se declare como verdad una simple apariencia formal, produciéndose un grosero alejamiento de la realidad y por ende un divorcio entre la justicia y la sentencia.

La búsqueda de la **verdad jurídica objetiva** significa, que el proceso o procedimiento debe estar encaminado a encontrar la verdad del caso concreto,

¹⁰⁴ FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 62.

¹⁰⁵ BERTOLINO, Pedro J. *La verdad jurídica objetiva*. Buenos Aires: ediciones Depalma 1990. PP. 19 y 20, citado por BUASTAMANTE ALARCON, Reynaldo Ob. Cit. P. 56.

o mejor a dilucidar la existencia o inexistencia de las circunstancias de hecho que resulten relevantes o decisivas para la justa solución de la causa(la llamada *quaestio facti*) . Pero como los hechos, en cuanto tienen transcendencia jurídica, son mentalmente concebidos en su significación jurídica, la búsqueda de la actividad jurídica exige, además que la realidad de los hechos se entienda desde la óptica jurídica (*quaestio iuris*). Asimismo significa que la verdad así obtenida debe ser objetiva, es decir, que no se base en hechos o datos aparentes o inexistentes, sino en datos o hechos verificables, que se ajuste al contenido o naturaleza real de los mismos y que no sea una derivación de la mera subjetividad del juzgador sino de una derivación del derecho vigente¹⁰⁶.

No estamos diciendo que siempre se tiene que llegar a la verdad histórica o real, pues quizá ella nunca se llegue a alcanzarse-recordemos que el ser humano siempre es falible por naturaleza – sino que jamás se debe renunciar a alcanzarla.

En efecto ninguna decisión es justa si se funda sobre una apreciación errada de los hechos, de ahí, que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva; esto es , que la convicción del juzgador no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho, con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica.

2.4. Fases de la verdad judicial.

Al respecto, nos indica Enrique FALCON¹⁰⁷ estas aparecen con distintos rangos, según sea la actividad perseguida en el proceso, y permite concluir, en principio, en tres instancias distintas:

¹⁰⁶ BUASTAMANTE ALARCON, Reynaldo Ob. Cit. P. 57.

¹⁰⁷ FALCON, Enrique M. Ob. Cit. PP. 138 -139.

- a) **La fase de la verosimilitud.** La que por ejemplo, da lugar a las medidas cautelares; uno de los presupuestos para decretar una medida cautelar es el *fomus boni iuris*, lo que quiere decir basta que se acredite un humo del derecho para concederla.
- b) **La fase de la certeza.** Que normalmente da lugar a la sentencia, fundada en el nivel subjetivo del conocimiento. MUÑOZ SABARTE¹⁰⁸ señala que cuando nuestra mente adhiere a un determinado aserto sin temor a equivocarse, produce certeza. La convicción es la medida psicología de la certeza.

En este último caso, no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que vendría a confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica y psicológica, es decir, humana, por tanto, con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error, de uno y otro Caso deberá nutrirse de la verdad jurídica objetiva¹⁰⁹.

- c) **La fase de la evidencia.** Que si bien puede dar lugar igualmente a la sentencia, aparece claramente para fundamentar otras soluciones sin usar medios probatorios. Distinguimos no obstante la “evidencia” en el sentido de “muestra clara, manifiesta y tan perceptible de una cosa que nadie puede dudar racionalmente de ella “de la evidence del sistema anglosajon, que quiere decir simplemente prueba o demostración, tal como ya vimos.

3. TEORÍAS SOBRE EL FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL.

Sobre el fin de la prueba, como en las demás instituciones relacionadas a la prueba judicial, las teorías son diversas. Se reconocen en la doctrina fundamentalmente tres:

¹⁰⁸ MUÑOZ SABATE, Luis. *Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Temis, santa fe de Bogotá, Colombia 1997. PP. 50 -51.

¹⁰⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Teoría general de la Prueba judicial*. Quinta Edición, Buenos Aires. citado por BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 56

3.1. El fin de la prueba es establecer la verdad

Según esta teoría, la prueba no es un fin en sí misma, sino un medio para el descubrimiento de la verdad de los hechos, los que defienden esta teoría, entre otros son BENTHAM, RICCI, BONNIER, CLARIA OLMEDO¹¹⁰. La pregunta es si efectivamente constituye finalidad de la prueba llegar a la verdad, pues la experiencia judicial nos indica que ello no siempre se logra en un proceso¹¹¹. Como afirma ARAZI, “Si el fin de la prueba fuera el señalado, serían muchos los procesos en que no se alcanzaría tal objetivo. Ni siquiera sabríamos en este mundo que procesos lo habrían logrado y cuáles no. La justicia humana está sujeta al error y no se puede basar en una finalidad ontológica, objetiva que solo podría alcanzar un ser divino. La justicia humana, no puede aspirar a la infalibilidad”¹¹²

DEVIS ECHANDIA¹¹³, indica que esta teoría es inaceptable porque el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad, a pesar de llevarle al Juez el convencimiento necesario para fallar. Las críticas a esta teoría no dejan de tener fundamento, por cuanto las pruebas pueden llevar al juez al convencimiento necesario para dictar sentencia, y sin embargo, el resultado de la prueba puede no corresponder a la verdad.

3.2. El fin de la prueba es obtener la convicción juez

DEVIS ECHANDIA¹¹⁴, explica que los autores que sostienen esta teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho y que por lo tanto, exige la identidad entre el objeto y la idea o conocimiento que se tenga de él, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el Juez considere que existe

¹¹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 228

¹¹¹ MORALES GODO, Juan. Ob. Cit. P. 361.

¹¹² ARAZI, Roland. *Elementos de Derecho Procesal*. PP. 235-236, **citado por** MORALES GODO, en Ob. Cit. P. 361.

¹¹³ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 228.

¹¹⁴ *Ibídem*. P. 231

prueba suficiente. De esto se deduce que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen.

Así, para CABAÑAS¹¹⁵, la prueba se identifica, en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del Juez sobre la verdad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes.

Por su parte MIRANDA ESTRAMPES¹¹⁶, citado por FERRER BELTRAN, nos refiere, que una proposición sobre un hecho está probada, significa que el Juez ha llegado a la convicción de que esta es verdadera (o probablemente verdadera). No está siempre claro a que se hace referencia con el término “convicción”, aunque en cualquier caso parece aludirse a algún tipo de estado psicológico o bien a la noción de creencia. No obstante, si la convicción (o la creencia) del juez de que una proposición es verdadera(o probable) es condición suficiente para que esta esté probada.

Nos dice FERRER BELTRAN¹¹⁷, en el texto de CABAÑAS, en ocasiones se hace referencia a la noción de creencia mediante los términos de “convencimiento” o Convicción”. En otras ocasiones, en cambio se vincula la prueba con la certeza acerca de los hechos. La noción de certeza, por su parte, es utilizada por la doctrina procesalista de forma oscilante, pudiendo ser reconducida en algunos casos de forma clara a la creencia y en otros, a la noción de conocimiento.

La certeza en sentido estricto es una calidad de cierto, un conocimiento seguro y evidente de que algo es cierto. La convicción es un convencimiento, idea fuertemente arraigada, pensamiento y seguridad de algo que te nace desde tu mente.

¹¹⁵ CABAÑAS, J.C. *La valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil: Estudio Dogmático y jurisprudencial*. Madrid 1992, P. 21 citado por FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 66

¹¹⁶ MIRANDA ESTRAPES, M. *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso penal*. Barcelona: Bosch. 1997. citado por FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 34

¹¹⁷ FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 82

Para esta teoría, la finalidad de la prueba está dirigida al Juez, para provocar en el la convicción respecto de los hechos expuestos por las partes y que le permita sustentar su sentencia. Puede que no se llegue a la verdad de los hechos, porque es difícil llegar a tener la certeza absoluta, porque la aspiración es tener un alto grado de probabilidad sobre los hechos ¹¹⁸. MICHELE TARUFFO¹¹⁹, nos habla de la probabilidad lógica prevalente.

Por otra parte la convicción acaba por referirse a la probabilidad. La certeza se produce cuando la inteligencia manifiesta la realidad de una afirmación, pero la certeza absoluta solo puede producirse en el campo de la física o matemática, no en el proceso, en el que solo cabe una certeza moral, que se resuelve en la convicción, en cuanto medida psicológica de la certeza¹²⁰. Como lo afirmaba MUÑOZ SABARTE¹²¹, al señalar que cuando nuestra mente adhiere a un determinado aserto sin temor a equivocarse, produce certeza. La convicción es la medida psicología de la certeza.

3.3. El fin de la prueba es la fijación de los hechos del proceso

Esta es la concepción de buena parte de los autores escépticos ante la posibilidad de conocimiento de los hechos, ya sea de forma general ya sea en el contexto judicial. Esta teoría sostiene que la finalidad de la prueba no es establecer la verdad sino la fijación formal de los hechos por parte del juez, con independencia de lo ocurrido¹²². Los hechos son conforme se desprende de los medios probatorios actuados en el proceso.

Esta es la tesis defendida por CARNELUTI¹²³ y ha conseguido un buen número de seguidores. En palabras del autor italiano: "...el proceso, no puede ser sinceramente considerado como medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una **fijación o determinación de los propios**

¹¹⁸ MORALES GODO, Juan. Ob. Cit. P. 362.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele, *La Prueba*. Marcial Pons. Barcelona 2008. P. 274.

¹²⁰ MONTERO AROCA, Juan. *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la Oralidad* (Segunda Parte). En : Revista Jurídica del Perú, Año LI N° 21 Abril del 2001, P. 203

¹²¹ MUÑOZ SABARTE, Luis. Ob. Cit. PP. 50-51.

¹²² FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 65

¹²³ CARNELUTTI, F. *La prova civile*, Segunda Edición, Roma 1947, citado por FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 65

hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello.

Así, según CARNELUTTI¹²⁴, a pesar que se utiliza el término “prueba” indistintamente en ámbitos jurídicos y científicos, el significado del término debe ser claramente distinguido. En contextos generales, no jurídicos, probar significaría demostrar la verdad de una proposición afirmada, en cambio en el contexto del proceso judicial, “probar (...) no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino **determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos específicos**”.

Al respecto según este autor un hecho está probado (jurídicamente) equivale a decir que ese hecho ha sido fijado formalmente (ha sido establecido) por el Juez mediante el procedimiento oportuno. El juez tiene la obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley.

La observación que se le hace a esta teoría es que no hay una diferencia sustancial entre esta tesis y la que esta subyace a la noción de verdad formal.

4. POSICIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

El Código procesal civil peruano, lo señala MORALES GODO¹²⁵, respecto al fin de la prueba asume una posición mixta y señala en el Art. 188, del Código Procesal Civil, “*que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones*”.

Del análisis a este artículo, se advierte una posición mixta, por cuanto recoge las tres teorías; cuando señala “que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes”, se está afiliando a la primera teoría, aun cuando no menciona la verdad propiamente dicha; pero

¹²⁴ FERRER BELTRAN, Jordi. Ob. Cit. P. 32

¹²⁵ MORALES GODO, Juan. Ob. Cit. P. 363.

cuando utiliza la expresión acreditar los hechos se está refiriendo al grado de coincidencia entre el conocimiento o la idea sobre ellos, con los hechos en si. Cuando se refiere “producir certeza en el juez”, se está afiliando a la segunda teoría; pero, esta certeza en el Juez será respecto de los puntos controvertidos, esto es, aquellos que el Juez ha fijado formalmente, con lo que se asume también la tercera teoría.

Agrega, MORALES GODO, la posición del Código Procesal Civil es híbrida, habiendo optado el legislador por no entrar en definiciones ni elecciones, que podría dar lugar a controversias de orden teórico. Coincidimos con este autor que la verdadera finalidad de las pruebas está en provocar la convicción en el juzgador que es en definitiva, quien va a resolver la controversia.

SUB - CAPITULO V

LA CARGA DE LA PRUEBA.

1. NOCIONES GENERALES.

Resuelto las preguntas ¿Qué es la prueba?, ¿Qué se debe probar?, “¿Para qué se prueba en el proceso?, ahora el desarrollo lógico de este tema nos conlleva a formular la siguiente pregunta **¿Quién debe probar?** O mejor **¿Quién soporta la carga de la prueba?** con lo desarrollado en los capítulos anteriores la respuesta a esta preguntas sin más: la carga de la prueba lo tienen las partes y se prueba para el juzgador.

Corresponde a la esencia del proceso civil que las partes tienen el derecho de probar los hechos afirmados por ellas y al mismo tiempo que la prueba se conciba como carga para las partes¹²⁶.

2. PRINCIPIO DE ADQUISICIÓN PROCESAL.

2.1. Concepto

El principio de Adquisición procesal tiene su origen en Italia, especialmente por medio de los trabajos de CHIOVENDA y CARNELUTTI. Se

¹²⁶ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. PP. 97 y 98.

cimenta en que las pruebas una vez recogidas, despliegan su entera eficacia en favor o en contra de ambas partes sin distinción entre las que han producido y las otras¹²⁷.

Fue formulado por primera vez por CHIOVENDA, quien en sus Principios de Derecho procesal Civil afirma: “Las actividades procesales pertenecen a una unidad única, derivase también otro principio importante y es que, los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes”. En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos estos pueden ser utilizados por la otra parte¹²⁸.

El principio de adquisición es una consecuencia de del principio de comunidad de la prueba¹²⁹; otros al principio de adquisición también lo llaman el de comunidad¹³⁰. En materia probatoria significa que los medios probatorios que hayan sido incorporados al proceso, sea de oficio o a pedido de parte, dejan de pertenecer al sujeto que los ofreció o incorporo para pasar a pertenecer al proceso. El resultado de la prueba beneficia o perjudica por igual a ambas partes al margen de quien lo haya aportado al proceso¹³¹. Por ello algunos lo denominan Principio de comunidad de la prueba. Pero CANELUTTI, a quien se debe en gran parte el desarrollo de este principio, lo ve en realidad como una categoría de actos procesales, que excede el marco probatorio. La derivación práctica del principio consiste en imposibilitar la renuncia unilateral de quien ofreció el medio de prueba¹³².

2.2. Contenido.

PICO I JUNOY distingue un doble contenido del principio de adquisición procesal; uno **restringido** y el **otro amplio**:

Contenido restringido. En virtud del cual la prueba practicada puede ser valorada por el juez, beneficiando o perjudicando dicha valoración a ambos

¹²⁷ FALCON Enrique M. Ob. Cit. P. 219

¹²⁸ CHIOVENDA. *Principios del derecho procesal civil. Tomo III*, citado pro LLUCH, Xavier Abel. Ob. Cit. P.358

¹²⁹ FALCON Enrique M. Ob. Cit. P. 220.

¹³⁰ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 271.

¹³¹ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P.358

¹³² FALCON Enrique M. Ob. Cit. P. 220.

litigantes, esto es al margen de la parte que lo haya propuesto; ***es decir que el principio de adquisición opera a partir de la práctica o actuación del medio de prueba.***

Contenido amplio. En función del cual la prueba simplemente admitida, la que se esté practicando, o la aportada inicialmente junto con los escritos iniciales de alegación, puede desplegar su eficacia procesal, al margen de que la parte que la haya propuesto aportado renuncia a ella¹³³. ***En este sentido el autor citado quiere decir el principio rige a partir del momento en que los medios de prueba son ofrecidos en los actos iniciales por las partes, los terceros legitimados o de oficio por el juez.***

2.3. Fundamento.

El fundamento del principio de adquisición procesal respecto a la prueba, radica en determinar en qué momento opera la comunidad o la adquisición; es decir en qué momento se considera que la actividad procesal concreta se ha incorporado al proceso para dejar de pertenecer al sujeto que lo efectuó. La determinación resulta importante para saber hasta qué momento la parte o tercero legitimado puede disponer de la actividad renunciando o desistiéndose de ella¹³⁴. ***La regla general*** es que la adquisición opera a partir del momento en que la actividad procesal concreta haya producido sus efectos. Por este motivo el primer párrafo del Art. 342 del Código procesal Civil peruano señala que: “El desistimiento de algún acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto¹³⁵”.

Si el principio de adquisición opera a partir de la práctica o actuación del medio de prueba; entonces antes de la actuación de un medio probatorio es jurídicamente posible que quien lo ofreció renuncie o se desista de su práctica

¹³³ PICO I JUNOY, Joan. *El Principio de adquisición procesal en Materia probatoria*; citado por LLUCH, Xavier Abel. Ob. Cit. P.360

¹³⁴ BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Ob. Cit. P. 275.

¹³⁵ De conformidad al Art. 342 del Código procesal Civil peruano. “El desistimiento del proceso o de algún acto procesal se interpone antes que la situación procesal que se renuncia haya producido efecto”. Del mismo modo el Art. 343 Segundo párrafo. “El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular”.

o actuación. Es improcedente el desistimiento del medio de prueba después de actuado.

3. LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL.

Es imposible hablar del concepto de carga, en sentido técnico, que tiene este para el derecho Procesal sin hacer referencia a James GOLDSCHMIDT, creador de la Tesis de la Situación Jurídica como forma de explicar el proceso. Eduardo J. COUTURE¹³⁶, en su libro Fundamentos del Derecho procesal Civil, citando a este autor, hace referencia a los *imperativos jurídicos* y señala que han sido clasificados en deberes, obligaciones y cargas.

3.1. Deber, obligación y carga de realizar actos procesales

Deberes son aquellos instituidos en interés de la comunidad; obligaciones, aquellos instituidos en interés de un acreedor; cargas, aquellos que se determinan en razón de nuestro propio interés¹³⁷.

a) Deberes procesales. Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos en favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como si el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades esos deberes se refieren a las partes mismas, como son por ejemplo, los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso. En otras se refiere a los deberes administrativos de los magistrados y sus colaboradores.

Los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y las cargas de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes

¹³⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del proceso*. P. 43. Citado por COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1988. P. 209.

¹³⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal Civil*. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1988, P. 209

procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sea de carácter físico o personal, como el arresto del testigo que se rehúsa a asistir a declarar; ya sea de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes.

b) Obligaciones procesales. son obligaciones procesales aquellas prestaciones impuestas a las partes con ocasión del proceso. La más acentuada de las obligaciones procesales es la que surge de la condena en costas. La condena en costas constituye una forma de imponer, por acto judicial, una obligación cuya naturaleza procesal parece muy difícil de desconocer.

El proceso genera, asimismo, obligaciones económicas frente al erario, derivadas de los tributos que se pagan con ocasión del proceso.

c) Cargas procesales. Según GOLDSCHMIDT ¹³⁸, son imperativos que operan en el proceso en razón del propio interés de las partes y que ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones; aunque su incumplimiento no acarrea una sanción en sentido estricto, sino simplemente una pérdida del beneficio. El mismo autor señala, que es la antítesis del Derecho procesal, es decir necesidad de prevenir un perjuicio procesal y en última instancia una sentencia desfavorable, mediante la no realización de un acto procesal. La parte que se encuentra en situación de proporcionar, mediante un acto una ventaja procesal y en definitiva, una sentencia favorable, tiene una posibilidad u ocasión procesal. Por el contrario cuando la parte tienen que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal, y en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe la carga procesal. Es el peso jurídico al que se ven sometidas las partes del proceso si quieren obtener un resultado favorable. ***Las Cargas Procesales son imperativos en propio interés;*** en

¹³⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Editorial labor S.A. Barcelona 1936. P. 82

esto se distinguen de los deberes y obligaciones, que siempre representan imperativos impuestas por el interés de un tercero o la comunidad.

De acuerdo con COUTURE¹³⁹, la carga procesal puede definirse como una *“situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él”*. La carga es un imperativo del propio interés. Quien tiene sobre si la carga se halla compelido implícitamente a realizar el acto previsto; es su propio interés quien lo condice hacia él. La carga se configura como una amenaza que grava el derecho del titular¹⁴⁰.

3.2. Diferencias entre Carga procesal, obligación y deber.

Existe marcada diferencia entre carga procesal y la obligación; DEVIS ECHANDIA¹⁴¹, lo resume en lo siguiente:

- a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas. Carga es una relación jurídica activa.
- b) En la obligación y el Deber existe vínculo jurídico entre el sujeto y otra persona o el Estado. En la carga no existe tal relación.
- c) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción. El incumplimiento de la carga es lícito, no es sancionable para su cumplimiento.
- d) El cumplimiento del deber o la obligación beneficia siempre a otra persona o a la colectividad. El cumplimiento de la carga, solo beneficia al sujeto de ella.

En consecuencia el mismo autor define a la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar

¹³⁹ COUTURE, Eduardo J. Ob. Cit. P. 211

¹⁴⁰ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil, Análisis Artículo por Artículo*. Tomo I. Gaceta jurídica. Primera edición. Lima, julio del 2008. P.710.

¹⁴¹ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 401.

cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

3.3. Deber y obligación.

A su vez, las palabras “**deber**” y “**obligación**” se confunden y a veces se usan como sinónimos, ligado en muchos aspectos con la oposición derecho –deber y –en otros- con la norma autónoma moral y la heterónoma jurídica. Sin embargo, desde el punto de vista estricto, se puede diferenciar claramente la obligación del deber. Nos dice Enrique FALCON¹⁴², citando a MESSINEO, según una reciente determinación, los deberes deben distinguirse entre los que no sean correlativos a otros derechos subjetivos (deberes en sentido propio), o que sean correlativos a otros derechos subjetivos; a estos últimos debería reservarse el término de obligaciones.

Este criterio permite dividir las obligaciones en patrimoniales y no patrimoniales (como las obligaciones familiares) a las que consideramos deberes. FERNANDEZ ELIAS¹⁴³ explica esta cuestión claramente: el sentido común y el lenguaje vulgar establecen diferencias entre las palabras “deber” y “obligación” diferencias que también debemos establecer en el campo del derecho.

En efecto, señala, este autor, el deber nace lógicamente y necesariamente de la naturaleza humana y existe sin que la voluntad del hombre tome parte en él, más que para cumplirlo; hay o no relaciones de hombre a hombre, el deber está – como elemento moral de la existencia humana- y la ley positiva tiene siempre prestarle su sanción.

¹⁴² MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y comercial*, Tomo II P.83. Citado por FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 242

¹⁴³ FERNANDEZ ELIAS. *Novísimo tratado Histórico filosófico del derecho Civil español*. P. 562, Citado por FALCON, Enrique M. Ob. Cit. P. 243

En cambio la obligación nace sola y exclusivamente de un acto libre y voluntario del hombre (acto jurídico), si la voluntad no decide ese acto, no hay obligación, como no lo hay tampoco si no existe relaciones de hombre a hombre.

3.3.1. Naturaleza y fuente de la obligación.

La obligación es anterior al proceso, En nuestro sistema jurídico está ligada a la concepción romana y el código civil (pese a no definirlo). El concepto de prestación está vigente en la obligación, así como las ideas de deudor y acreedor. Naturalmente que al existir este vínculo jurídico también podemos hablar en sentido lato, de que existe el deber para el deudor de pagar, porque en caso de no hacerlo será alcanzado por la sanción. Pero en el derecho de las obligaciones ha sido clarificada en virtud de la diarquía deuda responsabilidad.

3.3.2. Naturaleza y fuente del deber.

En cambio el deber aparece cuando el derecho en el cual se sustenta el cumplimiento de determinada conducta se funda en un vínculo originado en el ámbito social, no para preservar el derecho patrimonial que pueda tener una persona de modo individual, sino conducta hacia la sociedad en conjunto. Por eso el “no matar” no es una obligación, sino un deber. Y por supuesto con los deberes que pueden tener el juez o las partes en el proceso.

Un caso interesante muestran los alimentos. Por un lado existe el deber alimentario; por otro, la obligación de cumplir determinado pago o prestación económica. En el primer caso la sanción es punitiva y, en el segundo, surge la posibilidad de reclamo de la prestación en el juicio. De allí que resulta incorrecto hablar en el proceso de obligaciones, porque ellas están antes del proceso y luego de su finalización. En cambio hay deberes anteriores, contemporáneos y posteriores al proceso.

4. CONCEPTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

El termino carga deriva de la voz latina *ONUS*, traducido como *PESO*; ARAZI ¹⁴⁴, menciona que, en algunos libros Italianos se lee el peso de la prueba, refiriéndose al ***onus probandi***; ***¿Cómo definimos entonces la carga de la Prueba?*** Modernamente se define como la facultad que se adjudica a las partes, de probar, en su propio interés los hechos que fundamentan su pretensión o excepción.

La carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las fuentes de prueba y activarlas adecuadamente para que demuestren los hechos que les corresponda probar a través de los medios probatorios y sirve al juez en el proceso dispositivo como elemento que sustituye su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante¹⁴⁵.

Es un poder o facultad de ejercitar libremente un acto previsto en la norma jurídica en beneficio propio, sin coacción, pero cuya inejecución acarrearía la pérdida del beneficio o de una chance. No se puede obligar a nadie a probar, pero si no lo hace el hecho no será considerado por el juez¹⁴⁶.

A través de la Carga de la Prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso; en otros términos, la carga de la prueba precisa a quien corresponde probar¹⁴⁷, o asumir las consecuencias por falta de prueba.

DEVIS ECHANDIA¹⁴⁸, manifiesta dos funciones de la carga de la prueba:

1) La de otorgarle al Juez la regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe

¹⁴⁴ ARAZI, Roland, La Prueba en el proceso Civil. citado por HURTADO REYES, Martin. *Fundamentos de derecho procesal Civil*. Primera Edición. Lima 2009. P. 576

¹⁴⁵ FALCON Enrique M. Ob. Cit. P. 274.

¹⁴⁶ AIRASZCA, Ivana María. *Reflexiones Sobre las cargas probatorias Dinámicas*. En: Cargas Probatorias Dinámicas. PEYRANO W. Jorge (Director) y LEPORI WHITE, Inés (Coordinadora) Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. 129.

¹⁴⁷ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. *Teoría general del proceso y de la Prueba*. Ibáñez, P. 369

¹⁴⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Ob. Cit. P. 405.

basar su decisión, permitiéndolo hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet* (sentencia inhibitoria) por falta de pruebas.

2). Por otra parte es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada una les interesa probar para que sean considerados como ciertas por el Juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones y excepciones.

De lo anterior, el autor citado deduce la siguiente definición: “**Carga de la prueba** es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencia desfavorables. Constituye sin duda la espina dorsal del proceso civil”.

4.1. Necesidad y fundamento.

Si las dos partes, actor y demandado, aportan al proceso toda la prueba y con base en ella se logra formar la convicción del Juez, sin que se reste ningún hecho dudoso, no existe interés práctico en determinar a cuál de ellas corresponderá la carga de la prueba.

La necesidad u origen de la carga de la prueba. Surge, cuando han quedado hechos sin prueba suficiente o fueran dudosos o inciertos, porque se trata de determinar, entonces, quien debería aportar las consecuencias, si el que se limitó a afirmar su existencia o el que se redujo a negarla. Y ya que el Juez de cualquier manera debe dictar sentencia, no puede abstenerse de hacerlo, la carga de la prueba le indicara clara y terminantemente el contenido de su pronunciamiento judicial, pues partiendo de los hechos no probados estimara la pretensión o defensa según el caso¹⁴⁹.

¹⁴⁹ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P. 369

Por otro lado, no cualquier duda genera la necesidad de aplicar las reglas de la carga de la prueba, solo la duda sobre hechos relevantes que requieran ser probados en el proceso¹⁵⁰.

En este marco entre el principio de aportación de parte y la prohibición del *non liquet*, surge la necesidad de otorgar al juez los instrumentos necesarios que le permitan decidir en el caso de laguna probatoria de los hechos o su insuficiencia probatoria. Surge así el concepto de la carga de la prueba¹⁵¹.

Desde el punto de vista doctrinal, la teoría de la carga de la prueba para ROSEMBERG, es la que “determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se hayan preocupado en el sentido de hacerlo constar”¹⁵². Para PRIETO CASTRO “la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de falta de prueba”¹⁵³.

Este mismo concepto entendido en el sentido que las normas de la carga de la prueba consiste en determinar cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba, en el caso de que esta, siendo necesaria, no se haya producido o que regula la distribución de su carga entre las partes, de modo que sea la propia parte quien soporte las consecuencias de su inactividad, de su negligencia o incluso de sus errores y que por lo tanto sea ella la que deba procurar y suministrar al juzgador los elementos que respalden la postura mantenida en el proceso.

PYRANO¹⁵⁴, al referirse al “***onus probandi***” o ***la distribución del riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba***, señala que lo correcto es decir que las normas de distribución de la carga de la prueba

¹⁵⁰ GARCIA –CUERVA GARCIA, Silvia. *Las Reglas generales del Onus Probandi*. En Objeto y Carga de la Prueba. ABEL LLUCH Xavier y PICO I JUNOY, Joan (Directores). Bosch Editor. España 2007. P. 58

¹⁵¹ GARCIA –CUERVA GARCIA, Ob. Cit. P. 51.

¹⁵² ROSEMBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ediciones Jurídicas Europa – América BOSCH Y CIA EDITORES, Buenos Aires 1956. P. 21

¹⁵³ PRIETO CASTRO, L. *Derecho procesal civil*, Tecnos, Madrid, 1978, p. 138

¹⁵⁴ PEYRANO W. Jorge. *Problemas y soluciones Procesales*. Editorial iuris. Rosario, Argentina 2008. P. 335.

apuntan a establecer cuál de las partes corre el riesgo procesal de que cierto hecho no resulte probado o que la prueba colectada sea insuficiente.

El fundamento de la carga de la prueba. Lo ubicamos en el derecho romano, pues, en el antiguo proceso formulario, existía una institución llamada el *non liquet*¹⁵⁵– **no lo veo claro**, en virtud del cual el Juez podía liberarse de dictar sentencia con solo jurar que no había logrado formarse una segura opinión sobre la causa ya sea por deficiencia probatoria de los hechos o por tener dudas sobre el derecho esgrimido por los justiciables. Ello daba lugar a la absolución de la instancia¹⁵⁶.

En la actualidad los ordenamientos jurídicos prohíben a los jueces dejar de dictar una sentencia de mérito amparándose en el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, porque con ello se afectaría la administración de justicia. Así, la Constitución Política en su Art. 139 Inc. 8 en concordancia con el Art. VIII. T.P. del código civil establecen que los jueces no pueden dejar de resolver las causas aduciendo silencio, vacío, ambigüedad o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios Generales del derecho. Imponen a los Jueces el deber inexcusable de resolver en todo caso de los asuntos que conozcan. Con esto queda instituida al juez la prohibición del *non liquet* (sentencia inhibitoria) y por ello, se abstenía de emitir sentencia. Es más, el Juez que se niega a administrar justicia o que elude juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley incurre en delito (Art. 422 del Código Penal).

La razón de ser de la carga de la prueba está en evitar la denegación de la justicia, en caso de duda del juez por falta de prueba sobre el caso a resolver. Sería el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el estado y las partes, sino existe esta regla de juicio para el juez y evitar el non liquet.

¹⁵⁵ Iure rem sibi non liquere iudex licet. CICERON, Pro Cluentio 28. 76. Sobre esta máxima el juez Romano quedaba liberado de su deber de juzgar cuando juraba que no lo veía la justa solución del litigio.

¹⁵⁶ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P. 370

4.2. Características de la carga de la prueba

Los caracteres esenciales son fundamentalmente los siguientes:

a) Es de aplicación para todo tipo de procesos.

Su aplicación no se limita al campo del proceso dispositivo. Las facultades inquisitivas del juez, sea civil o penal, pueden hacer menos numerosos los casos en que deba recurrirse a ella, pero no los elimina, pues siempre es posible que fracase la prueba y que el juez se encuentre ante una falta de certeza (en lo penal se aplica a través del principio *in dubio pro reo*)¹⁵⁷

b) La imperatividad de las normas del onus probandi.

Es una regla objetiva consagrada en la ley. Las normas del **onus probandi** son de naturaleza procesal, son normas de orden público o ius cogens y, por ende, imperativas, no pudiendo ser objeto de alteración por convenio, careciendo de efecto vinculante para el juez cualquier pacto que las partes puedan alcanzar al respecto dentro o fuera del proceso¹⁵⁸.

c) Su aplicación es subsidiaria, su influencia se extiende a todo el proceso pero se aplica en la sentencia.

La subsidiaridad significa que solamente se aplica las reglas de la carga de la prueba cuando en el momento de dictar sentencia y valorada la prueba el juez entienda que los hechos fundadores de la pretensión de los que deriva la consecuencia jurídica pedida permanezcan dudosos o inciertos. Por tanto, si los hechos han sido debidamente acreditados y probados no opera el supuesto de hecho de la carga de la prueba y sus reglas de distribución no serán aplicadas¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P. 371

¹⁵⁸ GARCIA –CUERVA GARCIA, Ob. Cit. P. 53

¹⁵⁹ GARCIA –CUERVA GARCIA, Ob. Cit. P. 54

4.3. Funciones de la carga de la prueba.

Las normas reguladoras de la carga de la prueba tienen varias funciones, pues por un lado, ilustran al juez indicándole como debe proceder ante el hecho incierto a la hora de dictar sentencia para zanjar el conflicto, empero por otro lado, de forma orientativa, suministran a las partes las directrices a las que han de atenerse a la hora de probar los hechos relevantes del proceso teniendo en cuenta su posición procesal, la naturaleza de hecho y su mayor o menor dificultad de aportación al juicio, explicitando a quien perjudica la falta de su acreditación¹⁶⁰. De esta forma las funciones del **onus probandi** son duales, lo que determina que tengan unos destinatarios distintos y se apliquen en momentos diferentes: Una función está dirigida al Juez, en el momento de la sentencia y la otra función está destinada a las partes para que conformen a priori su estrategia y configurada como carga procesal.

4.3.1. Reglas de juicio para el Juez

Las normas de la carga de la prueba son “la reglas que indican al tribunal en el momento de dictar sentencia cuál de las dos partes del proceso, demandante o demandado, ha de sufrir el perjuicio de ver estimada o desestimada la pretensión, respectivamente, por no aparecer probado un hecho necesitado de prueba en el proceso”¹⁶¹.

Una regla de juicio, como indica GABRERI, consiste en determinadas pautas que ha de seguir el juez” en la decisión judicial del conflicto ante la concurrencia de unos determinados presupuesto”¹⁶² o en palabras de la sentencia del tribunal Supremo Español de 8 de junio de 1998, “ un instrumento

¹⁶⁰ GARCIA –CUERVA GARCIA, Ob. Cit. P. 55

¹⁶¹ LOPEZ FRAGOSO, T. La Carga de la prueba según el artículo 217 de la ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil de España, En actualidad jurídica Arazandi, N° 487, 24 de mayo 2001, P. 1. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 364.

¹⁶² GARBERI LLOBREGAT, J. *Los Procesos Civiles*. Editorial Bocsh, Barcelona 2001. P.439, Citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 364

lógico para indicarle al Juez en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria”¹⁶³

El fundamento de la carga de la Prueba (como regla de juicio para el Juez) radica en el deber que se le impone de resolver, por cuanto no es posible una sentencia de *non liquet*, es necesario que al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso¹⁶⁴.

La regla de juicio parte de un **presupuesto objetivo y otro temporal**. La doctrina de la carga de la prueba sirve para que, ante la existencia del **presupuesto objetivo**, es decir un hecho dudoso y relevante para la estimación o desestimación de la pretensión, el juez decida cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba. El **presupuesto temporal** es que dicha duda o ausencia de prueba se produzca al momento de dictar sentencia, en la fase final, y una vez practicada la valoración de las pruebas por el Juez.

Como regla de juicio para el juez, nos dice ABEL LLUCH¹⁶⁵, las normas de la carga de la prueba presentan los siguientes caracteres:

- a) **Norma de ius cogens, de naturaleza procesal y de obligada observancia por el juez.** Llegada la fase decisoria del proceso el juez no puede obviar la aplicación de las normas sobre la carga de la prueba.
- b) **Norma dirigida al Juez.** Reglas que permiten al Juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento factico. Reglas dirigidas al Juez y orientadas a dictar una resolución ajustada a derecho.

¹⁶³ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. PP. 366 - 367.

¹⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P.113.

¹⁶⁵ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 365

c) Norma subsidiaria a la valoración de la prueba. La regla de juicio parte de hechos controvertidos y no acreditados y solo entrara en juego en los supuestos de incerteza probatoria.

d) Norma que se refiere a la prueba como resultado. La regla de juicio dirigida al juez opera en la fase decisoria del proceso y una vez que las partes han desplegado su actividad probatoria y contamos con los resultados de la prueba. Resultados probatorios insuficientes.

e) Norma independiente de la naturaleza dispositiva o inquisitiva del proceso.

4.3.2. Reglas de conducta para las partes.

La carga de la prueba es una regla de juicio para las partes en la medida que, correspondiendo a las partes la facultad de aportar los hechos y las pruebas, les indica que hechos deben acreditar para obtener una sentencia favorable.

El fundamento de la carga de la prueba (como norma de conducta para las partes) radica en el principio de aportación de parte, entendido como la facultad y carga que tienen las partes de introducir los hechos y las pruebas en el proceso.

Como norma de conducta, nos dice ABEL LLUCH¹⁶⁶, presenta los caracteres siguientes:

a) Norma Dirigida a las partes. La normativa de la carga de la prueba tiene un destinatario directo y final (el Juez en el momento de distar sentencia) y un destinatario indirecto e inicial (la parte en el momento de preparar su estrategia probatoria).

b) Norma que constituye un imperativo del propio interés. Las partes no tienen el deber u obligación de aportar los medios de prueba o

¹⁶⁶ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. PP. 368- 369.

de convencer al Juez, sino la carga; pero de no levantar la carga tendrán una sentencia contraria a sus pretensiones. Las normas sobre la carga de la prueba no imponen sanción a las partes, sino que determinan un perjuicio a la parte gravada con la carga.

c) Norma orientada a la estrategia procesal de las partes. En la fase de la proposición de las pruebas (actos postulatorios) y sobre la base de los hechos controvertidos, las partes deben decidir de qué medios de prueba se valdrán y a que hechos se contraen, teniendo en cuenta las reglas de la carga de la prueba, es decir a cuál de ellas perjudicará que en el momento de dictar sentencia existan hechos relevantes controvertidos y carentes de prueba.

d) Norma que se prefiere a la prueba como actividad. A diferencia de la regla de juicio, que atiende a la prueba como resultado, la regla de distribución de la carga de la prueba atiende a la prueba como actividad probatoria que deben desarrollar para que la expectativa de una sentencia favorable a sus pretensiones se haga efectiva.

5. TEORIAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Diversos criterios desde la antigüedad y en todas las épocas, las leyes y las doctrinas que han procurado encontrar la regla que permita asegurar la carga de la prueba o que conteste quien debe probaran para todas o la gran mayoría de controversias judiciales. Entre las teorías, por su importancia, entendemos que merecen destacarse, de forma muy sintética, las siguientes.

5.1. Los Aforismos sobre la carga de la prueba.

a) Teoría la carga de la prueba incumbe al actor (*onus probandi incumbit actori*). Heredada del derecho Romano esta teoría se conoce fundamentalmente por algunas pocas reglas con mucha

lógica, que resultan una síntesis de las diversas épocas del desarrollo de dicho derecho.

Dicha regla tuvo un peso determinante durante mucho tiempo, podríamos decir hasta avanzado el siglo XX; aun en la actualidad perdura las soluciones aforísticas originadas en fuentes romanas que reza **“onus probando incumbit actori”** (la carga de la prueba incumbe al actor) de modo que **“actore non probate, reus absolvitur”** (no habiendo probado el actor, el demandado debe ser absuelto)¹⁶⁷.

Aunque lo anotado por el derecho romano fue un valor incuestionable lo cierto es que no corresponde a la verdadera naturaleza de la carga de la prueba, ya que algunos de sus presupuestos o máximas han quedado desvirtuados en el tiempo¹⁶⁸. Se concluía que el actor dada su condición de iniciador del pleito, debía de probar a todo trance¹⁶⁹ no solo los hechos constitutivos sino también los extintivos.

En cuanto a lo afirmado *“no probando el actor, el demandado debe ser absuelto”* el demandado no tenía responsabilidad de oponer ninguna defensa. La prueba debía producirla el actor en su totalidad¹⁷⁰.

b) Teoría la carga de la prueba incumbe al que afirma no al que niega. (*onus probando incumbit ei qui decit non ei que negat*). De todos los brocardicos o máximas apriorísticas, ninguna a traído más inconvenientes que la que se está mencionando; pues puede inducir a interpretar que, la negativa de un hecho se encuentra exento

¹⁶⁷ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 161.

¹⁶⁸ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P. 372

¹⁶⁹ MIDON Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 162.

¹⁷⁰ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P. 373

de prueba, es decir que solo pueden probarse los hechos afirmados, no los negados, lo cual es una falacia¹⁷¹.

En la lógica, es lo mismo negar la existencia del hecho que afirmar su inexistencia, pues en muchos casos quien niega un hecho esta realmente afirmando un hecho contrario (si niego que soy solvente, afirmo que soy insolvente).

5.2. Las teorías modernas.

a) Teoría que exige al demandante probar los hechos en que se basa su pretensión y al demandado los de la excepción. Es similar a la anterior, tan igual que aquella admita muchas excepciones, que tornan difícil la aplicación del principio general enunciado¹⁷².

b) Teoría de lo normal y lo anormal (Regla y excepción). Esta teoría afirma que el hecho normal siempre se presume, por lo tanto quien alegue un hecho anormal debe probarlo, Es necesario aclarar que por normal debe entenderse la libertad jurídica, económica, física, el respeto por los derechos ajenos y el cumplimiento de la ley. En consecuencia, quien alegue una situación lesiva a tales estados deberá asumir la carga de probarlo¹⁷³.

c) Teoría que impone la carga de la prueba a quien pretende innovar. Por innovación debe entenderse lo que modifica una situación normal, por lo tanto esta teoría tiene grandes similitudes con la anterior¹⁷⁴.

d) Teoría de CHIOVENDA. Hechos constitutivos, impeditivos y extintivos. Constituye un avance esta teoría, en relación a la Regla por los aforismos, explica con diferentes categorías, cuales entre los

¹⁷¹ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 163

¹⁷² DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P. 440.

¹⁷³ Ibídem. P. 440.

¹⁷⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P. 442.

alegados en la demanda y contestación debe probar cada parte sea que haya afirmado o negado.

Según **CHIOVENDA**¹⁷⁵ los hechos se clasifican en 1) constitutivos; 2) impeditivos o invalidativos; 3) extintivos. Los primeros, son aquellos que dan nacimiento a la relación jurídica, sea contractual o extracontractual; Los segundos, son los que si bien no obstan el nacimiento de la relación jurídica, impiden la producción de sus efectos (error, dolo, violencia, incapacidad, simulación fraude); por último, los terceros aniquilan la relación jurídica (pago, prescripción liberatoria)¹⁷⁶.

Hecha esta clasificación de los hechos, el autor, concluye que **al actor** le corresponde probar los hechos **constitutivos**, esto es aquellos hechos que normalmente producen determinados efectos jurídicos. A su vez **el demandado** debe probar las dos categorías restantes: Hechos **impeditivos**, esto es, la ausencia de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos; y los **extintivos**, esto es los que producen la extinción del efecto jurídico del hecho constitutivo¹⁷⁷. Esta teoría que en el principio apareció clara, luego fue criticada, porque el mismo hecho puede ser constitutivo, impeditivo o extintivo, según cual sea el efecto jurídico perseguido.

e) Teoría normativa de ROSEMBERG. Esta teoría impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable¹⁷⁸. Para este procesalista el problema de la carga de la prueba, es el de la aplicación del derecho. Una norma únicamente puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética abstractamente formulada y hecho su presupuesto por la ley se ha convertido en realidad concreta, y debe omitirse su aplicación cuando

¹⁷⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Traducido por Gómez Orbaneja. Ed. Revista de derecho privado. Madrid España, 1936-1940. t. III. P.92.

¹⁷⁶ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P.374

¹⁷⁷ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 165

¹⁷⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P.451.

en caso de controversia el juez no ha encontrado plena convicción. Los inconvenientes de la incertidumbre jurídica los soportara la parte cuyo éxito procesal exige la aplicación de ese presupuesto jurídico. De aquí nace el principio de carga de la prueba **“cada parte debe afirmar y probar los supuestos de hecho de las normas que le son favorables”** caso contrario, la misma no se le aplicara, quedando sin sustento su pretensión o defensa¹⁷⁹.

f) Teoría de GIAN ANTONIO MICHELI. La carga de la prueba según el efecto jurídico perseguido por las partes. Coincide con ROSEMBERG ¹⁸⁰, esta teoría considera que la responsabilidad probatoria no depende de la condición de ser actor o demandado, sino de la “situación en que se coloca la parte en el proceso para obtener determinada consecuencia jurídica”. Naturalmente, de presentar la demanda afirmaciones de descargo o versión distinta de los hechos soportara la carga de la prueba de las mismas; no así, si en su contestación se limita a la “simple negativa” o negación de los presupuestos de hechos constitutivos de su defensa¹⁸¹.

Sostiene que el derecho sustancial no basta para explicar el fenómeno, por lo cual hay necesidad de recurrir al criterio del contradictorio procesal y al específico de la regla de juicio, o sea, a la relación entre el sujeto y el efecto jurídico pedido.

g) Teoría de DEVIS ECHANDIA. Este autor coincide en lo sustancial con MICHELI y con ROSEMBERG, llegando a una conclusión o definición que resulta de sumar los conceptos de ambos. Así, nos dice que está de acuerdo con ellos y con los autores que lo siguen, en que el único criterio aceptable para una regla general debe contemplar no solamente la posición de las partes y el hecho aislado objeto de la

¹⁷⁹ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P.374.

¹⁸⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P.458

¹⁸¹ CABRERA ACOSTA, benigno Humberto. Ob. Cit. P.374

prueba, sino el efecto jurídico perseguido con este en relación con la norma jurídica que lo consagra y debe aplicarse¹⁸².

6. LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL (ART. 196 Y 200)

6.1. La formulación de la regla de juicio.

En el presente capítulo se viene analizando la figura de la carga de la prueba, tanto desde una perspectiva dogmática como de derecho positivo a partir de su regulación en el Código Civil y Procesal Civil. En el **plano Dogmático** se configura como una regla de juicio dirigida al Juez que, en el momento de dictar sentencia, se enfrenta con hechos controvertidos dudosos, con inexistencia de prueba o insuficiencia de prueba y relevantes para la decisión; siquiera indirectamente también es norma de conducta (u orientadora) de la estrategia procesal de las partes en orden al conocimiento de los hechos que deben acreditar. En el **plano del derecho positivo** la Constitución Política en su Art. 139 Inc. 8 en concordancia con el Art. VIII. T.P. Del código civil establecen que los jueces no pueden dejar de resolver las causas aduciendo silencio, vacío, ambigüedad o deficiencia de la ley. los Art. 196 y 200¹⁸³ del Código Procesal Civil que enuncia las Reglas de Juicio y las reglas generales de distribución de la carga de la prueba, atendiendo al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú y a un criterio estático y rígido de distribución de la carga de la prueba.

Fijada la carga de la prueba como un gravamen impuesto a las partes, bien corresponde citar a Alfredo BUZAID¹⁸⁴ quien explica el porqué de la necesidad de incorporar un sistema de carga de la prueba: “**El primero**, es que el Juez moderno no puede, como el Juez Romano, terminar el proceso diciendo “*non liquet*”, y por lo tanto rehusar proferir una decisión de mérito a

¹⁸² DEVIS ECHANDIA, Hernando Ob. Cit. P.458

¹⁸³ Código Procesal Civil Art. 196 establece “ **Salvo disposición diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos**”. El Art. 200 del Código procesal Civil; establece: “**Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada**”,

¹⁸⁴ BUZAID, Alfredo. *La Carga de la Prueba*. Centro de estudio de Filosofía del derecho, Maracaibo. 1975, P. 10.

favor de una parte y contraria a la otra, en este caso encierra un imperativo de orden jurídico que ya no admite la abstención de Juez sobre la falta de certeza de los hechos. **El segundo**, es el de que, estando a la parte empeñada en el triunfo de la causa, a aquella corresponde la tarea de producir las pruebas destinadas a formar la convicción del Juez en la prestación jurisdiccional; en este caso, supone en palabras de DEVIS ECHANDIA ¹⁸⁵ la aplicación del **principio de autorresponsabilidad de las partes**”.

6.1.1. El presupuesto objetivo: Hechos dudosos relevantes.

El Código Procesal Civil contempla ciertas reglas dirigidas al Juez para atribuir la carga de la prueba frente a determinados hechos (**Existencia de hechos dudosos relevantes**). Así tenemos, los artículos 196 y 200 del Código procesal civil, que configuran la atribución de la carga en general y la consecuencia de su observancia.

La primera cuestión es si el presupuesto para la aplicación de la regla de juicio radica en la **insuficiencia probatoria o en la inexistencia de prueba**; dicho en otras palabras, si para que pueda aplicarse la regla de juicio es necesario que haya existido una mínima actividad probatoria o también se aplicara la regla de juicio en los supuestos de absoluta falta de actividad probatoria sobre el hecho. **La segunda** cuestión es la relativa al **grado de duda** que constituye el presupuesto de la regla de juicio; dicho en otros términos, que cantidad de prueba es necesario para despejar la situación de duda.

- a) Con respecto a **la primera cuestión**, un sector de la doctrina sostiene que la regla de juicio deberá aplicarse tanto en los supuestos **de inexistencia de prueba** sobre los hechos controvertidos como en los

¹⁸⁵ DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*. Tomo II, 10ª Edición, Biblioteca Jurídica. Dike, Medellín, 1994, P. 27.

supuestos de **insuficiencia de prueba**, pues, a efectos de resolver, el hecho no existe, por lo que ha de recibir el mismo tratamiento¹⁸⁶.

- b) El otro sector de la Doctrina, opina que conceptualmente deben distinguirse los supuestos de insuficiencia probatoria de los supuestos de inexistencia probatoria¹⁸⁷. Para el primer supuesto entrara en juego la regla de juicio. Para el segundo supuesto ni siquiera entrara en juego la regla de juicio, sino el principio general de aportación de parte (*iuxta allegata et probata, iudex iudicare debet*).

Se añade que no existiendo una mínima actividad probatoria, el juez deberá tener por no acreditadas las afirmaciones de hecho y dictar sentencia absolutoria, por lo que la regla de juicio solo será de aplicación en aquellos supuestos en los que , efectuada una labor probatoria, aunque sea mínima, los hechos han quedado inciertos.

El Art. 200 del Código procesal Civil; establece: **“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”**, de lo manifestado por las posiciones doctrinales, se puede deducir que nuestro ordenamiento procesal establece una regla de juicio general sin especificar distinciones, orientándose que la regla de juicio deberá aplicarse tanto en los supuestos **de inexistencia de prueba como en los supuestos de insuficiencia de prueba** sobre los hechos controvertidos que **sustentan la pretensión, absolviendo al demandado**.

La segunda cuestión, relativo al grado de duda, el Código Procesal Civil no hace ninguna referencia, sin embargo, frente a hechos dudosos, el Juez aun, así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial, a cuyo fin dictara sentencia, teniendo como inexistentes los hechos afirmados por la parte que tenía la carga de probar; esto es, de la parte que según su posición en el proceso debió justificar sus afirmaciones y sin embargo, no llego a formar la convicción del juez. Por ello, para determinar cuál de las partes es la que debió

¹⁸⁶ FERNANDEZ LOPEZ, M. *La carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil*. Ed. La Ley, Madrid, 2006. P.32. Citado por ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 374.

¹⁸⁷ Ibídem P. 375.

en el caso probar, apelara el juez a los principios que gobiernan la carga de la prueba.

6.1.2. El presupuesto temporal: Momento de dictar sentencia.

Además del presupuesto objetivo (existencia de hechos dudosos) la regla de juicio contiene también un presupuesto temporal – y es que la duda se ha de producir al tiempo de dictar sentencia u otra resolución semejante- este presupuesto se presenta implícito, ya que los Art. 196 y 200 de Código procesal Civil no lo especifican, pero se entiende que al momento de valorar la prueba, que es en la sentencia, donde se verifica si existen hechos dudosos, insuficiencia de prueba o inexistencia de prueba que sustentan la pretensión, para que el juez aplique la regla de juicio.

6.2. Las reglas generales de distribución.

La **regla general de la carga de la prueba** contenida en nuestro Código Procesal Civil responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú y en una gran parte de países. Para MARIANELLA LEDESMA¹⁸⁸ En el proceso el principio dispositivo otorga la carga de probar a quien afirma hechos de su pretensión (Art. 196 del Código Procesal Civil.); por ello, se dice el que no prueba los hechos de su pretensión, la demanda se declara infundada (Art. 200 del Código Procesal Civil.). Esto significa que el objeto de la prueba se halla restringido a la comprobación de los hechos afirmados por los litigantes en la debida oportunidad procesal, toda vez que los hechos no alegados no pueden ser materia de acreditación y, por ende, se encuentra también vedada para el juzgador la investigación de su existencia.

En cuanto al sistema dispositivo procesal la Corte Suprema se ha pronunciado en la Casación N° 4445-2011- Arequipa¹⁸⁹ en virtud de dicho principio se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las

¹⁸⁸ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Abandono del Proceso y Carga Probatoria*. En Gaceta Civil & Procesal Civil. Tomo N° 4, Octubre del 2013. P. 242.

¹⁸⁹ Casación N°4445 - 2011- Arequipa, Publicada en el Diario “El Peruano” de 30 de septiembre del 2013.

pruebas que constituyeran el fundamento de la sentencia. Este principio dispositivo está consagrado por el Artículo 196 del Código procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que demandante y demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda, respectivamente.

Para ENRIQUE PALACIOS¹⁹⁰ las reglas contenidas en los Art. 196 y 200 del Código Procesal Civil, como tales son normas de carácter imperativo al no existir regulación permisiva en contrario conforme lo señala el Art. IX del Título preliminar del Código Procesal Civil, se sustentan en la presunción de inocencia prevista en el Art. 2, inciso 24 de la constitución que reconoce esta presunción como derecho fundamental de la persona y se extiende a todo tipo de proceso.

6.3. La hipótesis del Artículo 196 del Código Procesal Civil constituye límite al derecho fundamental de probar.

Como se puede verificar la regla general de la carga de la prueba bajo el esquema dispositivo procesal, se torna en dogmática, rígida y estática, inspirado en la teoría chiovendiana. La distribución legal de la carga de la prueba a través del Art. 196 del Código procesal civil, constituye un límite al ejercicio del derecho fundamental a probar de la parte afectada con la ***Probatio diabólica***, es decir el aporte del medio de prueba de difícil o imposible consecución por parte del sujeto desfavorecido (el que tiene la carga de la prueba en la medida que afirma un hecho) por hallarse está en posición del sujeto procesal dominante (parte que tiene en su poder el medio de prueba) o porque simplemente la naturaleza de los hechos que constituyen la pretensión implican per se una inaccesibilidad probatoria, ante cuyo desaprovechamiento, se originaría un resultado adverso.

Se pregunta ***¿Cuándo la carga de la prueba se convierte en un límite inconstitucional del derecho fundamental a probar?*** Nos manifiesta Luis

¹⁹⁰ PAREJA PALACIOS, Enrique. Opinión, *Al Imponer Cargas Probatorias Dinámicas la Sala Suprema asume un rol inquisitivo*. En Gaceta Civil & Procesal Civil. Tomo N° 4, Octubre del 2013. P. 182

VARGAS RUIZ¹⁹¹, la respuesta es la siguiente: Si la distribución legal de la carga de la prueba coloca a una de las partes procesales en una **situación procesal injusta**, es decir en la posición original que ocupa el sujeto procesal desfavorecido, en la que es impracticable o inoperante el ejercicio de su derecho fundamental a probar por encontrarse enfrentado a un caso de prueba imposible o diabólica, entonces en dicho supuesto pasa a ser una limitación irrazonable y por lo mismo, inconstitucional en derecho de prueba.

Como queda expresado, dicha condición procesal denota un estado de cosas en que la parte tiene que arrastrar la prueba diabólica y por lo tanto, el ejercicio de su derecho de prueba es impracticable. En resumen, como depositario de la carga de la prueba en el esquema del Art. 196 del Código Procesal Civil, el sujeto procesal desfavorecido es impedido normativamente a ejercer su derecho fundamental para probar lo imposible ¿Qué posibilidades tendrá esta parte de proveerse o de generar alguna prueba que ayude al sustento de su pretensión en el contexto de una situación injusta? Ninguna. O bien su contraparte egoístamente sustrae del conocimiento del juez la prueba esencial o sencillamente no colabora en su producción, no obstante ser imprescindible que lo haga.

Por ello, como respuesta a la doctrina estática y rígida de la carga de la prueba como en el derecho comparado, el Tribunal Constitucional Peruano en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC.¹⁹² y la Corte Suprema del Perú en la Casación N°4445-2011- Arequipa¹⁹³, hoy modernamente han admitido la **carga probatoria dinámica** en el proceso civil asumiendo reglas flexibles de distribución de la carga de la prueba. En la idea de la flexibilización de la carga de la prueba, adquiere genuina transcendencia la doctrina de las **Cargas probatorias dinámicas**, que permite el desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado o al sujeto procesal dominante y viceversa,

¹⁹¹ VARGAS RUIZ, Luis. *De la Prueba del Diablo y otros demonios. A propósito de la Distribución Legal de la carga de la Prueba*. En. DEIURE. Revista para litigantes. Revista de Derecho N° 1, setiembre de 2007. P.83

¹⁹² Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1776-2004-AA/TC .Fundamento jurídico 50 c.

¹⁹³ Corte Suprema en la Casación N°4445-2011- Arequipa¹⁹³, publicada en el Diario "El Peruano" el 30 de setiembre 2013.

según quien se encuentre en mejores condiciones de probar, sea por su situación económica, porque le resulte más fácil, accesible- técnica o jurídicamente- tenga mayor conocimiento de las circunstancias o en definitiva, porque se encuentra en una situación de ventaja para aportar la prueba.

En este supuesto excepcional, es razonable invertir la carga de la prueba, para desplazarla a la parte procesal dominante, porque sería irrazonable mantener la carga de la prueba al sujeto procesal desfavorecido, de este tema hablaremos con mayor profundidad en el siguiente capítulo, ya que se trata del tema central de nuestra tesis.

7. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.

Con carácter general, el tema que vamos a estudiar se enmarca, como una suerte de excepción o de regla especial, en la más amplia doctrina de la carga de la prueba u “*onus probandi*”, la cual tiene como objetivo principal solucionar el problema que surge en el ámbito de un procedimiento concreto, cuando un hecho relevante y controvertido no se prueba.

En el presente rubro analizaremos el tema de la inversión de la carga de la prueba analizando su naturaleza y distinguiendo los tres supuestos: Legales, Jurisprudenciales y convencionales.

7.1. Concepto y naturaleza.

En una primera aproximación “se habla de inversión de carga de la prueba cuando se produce el efecto de modificar los criterios generales de distribución de carga de la prueba establecidos legalmente”¹⁹⁴. Sin embargo se trata de una noción que dista mucho de ser pacífica y aun científicamente admitida. Bajo la expresión de inversión de carga de la prueba se designa bien

¹⁹⁴ URIARTE CORDON, Aner. *La inversión de la carga de la Prueba*. En “objeto y Carga de la Prueba” ABEL LLUCH Xavier. y PICÓ I JUNOY, Joan (Directores) J.M. Bosch. Barcelona, 2007. P. 107. Afirma, la inversión de la carga de la prueba, en sentido amplio, consistiría en aquellos casos en los que la regla general se ve alterada, de suerte que una de las partes queda exento de probar un determinado hecho (que normalmente le hubiera correspondido, de no mediar norma legal, sentencia judicial o acuerdo entre partes) invirtiéndose, o mejor desplazándose, la carga de la prueba a la contraparte.

a la alteración de los criterios Generales como el establecidos en el Art. 196 del Código Procesal civil; bien a la modificación de cualquier criterio legal; siempre que comporte iniciativa probatoria; bien que los hechos habitualmente considerados constitutivos pasan a ser impeditivos, extintivos, excluyentes y viceversa; bien a supuestos de desplazamiento judicial de las normas generales sobre la carga de la prueba.

Esta misma pluralidad de sentidos comporta que algunos autores entiendan que el concepto de inversión de carga de la prueba no puede utilizarse con sentido científico y otros apunten a una brecha entre la jurisprudencia – que con frecuencia usa el termino inversión de carga de la prueba – y la doctrina – que mayoritariamente niega la posibilidad de inversión legal y judicial de la carga de la prueba¹⁹⁵.

Si bien, la cuestión no es ni mucho menos pacífica, existiendo un importante sector doctrinal (GARBERI LLOBREGAT Y BUITRON RAMIREZ¹⁹⁶, MUÑOZ SABATÉ¹⁹⁷, SEOANE SPIELBERG J.L.¹⁹⁸.) que entiende que no existe la inversión de la carga de la prueba en sí, sino que es el legislador quien en determinados casos ha realizado una simple y pura modificación de la norma, sin que exista precepto alguno que autorice al Juez tal inversión.

Se pronuncia MUÑOZ SABATÉ¹⁹⁹, quien distingue entre **inversión, desplazamiento y basculación**:

La inversión, es un atributo de la carga que se impone en contra o a pesar de la regla general o especial. Pero dado que esta imposición no está prevista legalmente, de ahí que hayamos sostenido que técnicamente resulta improcedente. Metafóricamente es como un giro de tuerca poniendo las cosas al revés. Si se considera que la inversión es aquello que hace el legislador

¹⁹⁵ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 392.

¹⁹⁶ GARBERI LLOBREGAT Y BUITRON RAMIREZ G. *La Prueba Civil*. Tiran lo Blanc, Valencia 2004 P. 58 y Comentario al Art. 217 en los procesos civiles, L2 Bosh, Barcelona 2001, P. 446

¹⁹⁷ MUÑOZ SABATÉ, Luis. *Fundamentos de Prueba Judicial Civil, L.E.C. 1/2000*. JM Bosch, Barcelona 2001 PP.180-189.

¹⁹⁸ SEOANE SPIELBERG J.L. *La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposiciones Generales y presunciones*. Aranzadi. Navarra 2002 PP. 282 y 283.

¹⁹⁹ MUÑOZ SABATE, LLUIS. Ob. Cit. PP. 180-189

cuando promulga una norma especial atributiva del onus, atenderíamos entonces a la regla general, en el caso peruano contra el Art. 196 del CPC. Coloquialmente será permitido decir que ha invertido la orientación tradicional, habitual o general de la regla de la carga de la prueba, pero técnicamente no será ninguna inversión, sino una simple y pura modificación de la norma.

En el desplazamiento la parte normalmente gravada con la carga, prueba un hecho mínimo, considerado como carga primaria suficiente y desplaza ese gravamen al otro litigante, quien debe articular la contraprueba. Lo veremos más claro si tenemos presente una presunción *iuris tantum*. El efecto de dicha presunción legal no es propiamente el de invertir la carga de la prueba, ya que precisamente lo que ha sucedido es que merced a la presunción se ha probado el hecho controvertido, satisfaciendo la parte favorecida por ella, su carga primaria. Pero dado que la presunción admite su prueba en contrario, la carga de enervarla corresponderá al oponente. Ha habido un desplazamiento subjetivo y objetivo, a diferencia de la inversión que siempre será subjetiva.

La basculación. Los fenómenos explicados nos conducen a otro estado de las afirmaciones factuales provocando por la propia dialéctica del proceso: su constante movimiento generador de múltiples y cambiantes movimientos. Ello produce una oscilación o basculación del onus probando, que no es más que una multiplicatio de desplazamientos; en zig - zag como dijera HEDERMANN.

Para los que consideran, en sentido amplio, la inversión de la carga, el fundamento de la inversión radica en atenuar la rigidez de los criterios legales de distribución de carga de la prueba en aquellos casos de especial dificultad probatoria, de carácter desproporcionado frente a la situación del contrario. La inversión de la carga de la prueba se puede traducir en un desplazamiento en las reglas de distribución de la prueba de un hecho. Puede operar a través de tres supuestos: Por vía legislativa, por vía judicial y por convenio de las partes.

7.2. Supuestos Legales de Inversión.

Esta inversión según apunta SERRA DOMINGUEZ ²⁰⁰ puede efectuarse de modo directo, a través de normas dirigidas a invertir expresamente la carga de la prueba, bien de modo indirecto, a través de las denominadas presunciones aparentes (*iuris tantum*).

La inversión legal directa se produce cuando una norma establece de forma expresa y directa como ha de distribuirse la carga de la prueba en un determinado tipo de relación jurídica, exonerando a un litigante de la carga de probar el hecho que normalmente le hubiera correspondido, con el paralelo gravamen de la contraparte²⁰¹. La mayoría de las normas de inversión legal de la carga de la prueba se ubican en los textos legales sustantivos, así por ejemplo tenemos el Art. 1969 del Código civil, el mismo que establece: “*Aquel que por dolo culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor*”. Como se observa se exonera de la carga de la prueba al agraviado de un daño por dolo o culpa.

La inversión legal indirecta a través de las denominadas presunciones ***iuris tantum*** que modifican (o mejor dicho facilitan) el *thema probandi* sin alterar la atribución general. Dado que la presunción ***iuris tantum*** tiene por finalidad atribuir la carga de la prueba a una de las partes. Son supuestos en los que la parte favorecida por la presunción queda exonerada del hecho presumido sin necesidad de acreditar previamente hecho base alguno.

El Código procesal civil en su Art. 279 en materia de sucedáneos, ubicamos una regla específica respecto a la presunción legal relativa; la misma que establece: “***Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, este ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso***”. Un ejemplo es el Art. 912 del

²⁰⁰ SERRA DOMINGUEZ citado por URIARTE CORDON, Aner. Ob. Cit. P. 106.

²⁰¹ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 393.

Código Civil, el mismo que establece: “***Al poseedor se le presume propietario mientras no se le prueba lo contrario***”. La presunción lo exonera al actor de la carga de probar la propiedad.

7.3. Supuestos jurisprudenciales de inversión.

La jurisprudencia ha matizado en algunos casos la aplicación rígida de los criterios legales de la carga de la prueba en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, en lo que se ha dado en llamar el criterio de Flexibilización de la carga de la prueba. Con ello se pretende corregir una situación de desigualdad probatoria que eventualmente pudiera producir indefensión en una de las partes²⁰². El criterio de flexibilización se ha planteado, al igual que el derecho comparado, en base a los principios de facilidad y disponibilidad probatoria; así tenemos en la Casación N°4445-2011- Arequipa²⁰³; y otras casaciones en donde se ha trasladado la carga de la prueba al demandado por tener mejores condiciones de disponibilidad de la prueba. Este supuesto de inversión de carga de la prueba se traduce en lo que es la doctrina de la carga probatoria dinámica, que permite el desplazamiento de la carga de la prueba del actor al demandado o al sujeto procesal dominante y viceversa, según quien se encuentre en mejores condiciones de probar.

7.4. Supuestos convencionales de inversión.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos (Ejemplo Art. 2698 Código civil Italiano) en el nuestro no existe una norma que autorice a las partes a invertir la carga de la prueba mediante pactos extraprocesales. Sin embargo en doctrina algunos admiten que las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad alcancen acuerdos por los que regulen la relación jurídica de modo distinto al establecido en la ley.

²⁰² ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 395.

²⁰³ Casación N°4445-2011- Arequipa, Publicado en el Diario oficial “El Peruano” de 30 de septiembre del 2013

La jurisprudencia española en cambio se ha pronunciado en sentido prohibitivo, afirmando que las normas de la carga de la prueba, son normas de naturaleza procesal y el ius cogens, son ajenos a la autonomía de la voluntad de las partes²⁰⁴.

²⁰⁴ ABEL LLUCH, Xavier. Ob. Cit. P. 400.

SUB - CAPITULO VII

LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA

1. GENERALIDADES.

Con el triunfo de la visión publicista o solidarista del Derecho Procesal, en algunos ordenamientos jurídicos del derecho comparado, en cuya virtud el proceso supera el mero interés de las partes, acentuando la necesidad de contar con la efectiva cooperación de los litigantes y, por consiguiente, reclamando un rol más activo del demandado, ya no basta que las reglas del “**onus Probandi**” permitan solucionar la Litis, porque necesitamos, también, que habiliten una solución justa o al menos injusta posible²⁰⁵.

Es así, pues, que para responder satisfactoriamente al interrogante que hemos convertido en premisa (**¿Quién debe probar?**) debería excluirse cualquier criterio que, por apego a una regla dogmática y rígida de distribución de carga de la prueba termine imponiendo a una de las partes la **probatio diabólica**, es decir, el aporte de un elemento que, por las peculiaridades del caso, le será de imposible producción.

²⁰⁵ MIDON, Marcelo Sebastián. Ob. Cit. P. 167

Como se pudo apreciar en el capítulo anterior, las reglas que reparten la carga de la prueba en la mayor parte de las legislaciones lo hacen ciñéndose a los enfoques apriorísticos totalizadores propios de las teorías clásicas, esto es, atendiendo a la distinta condición de demandante o demandado y la posición frente a cada hecho. La aplicación rígida de dichas reglas conlleva a que el litigante que está ante una prueba imposible o ante una dificultad probatoria debido a que su contrario es quien guarda los elementos de convicción, pierde el proceso al no poder probar los hechos de su pretensión.

Hoy en día, en la jurisprudencia y la legislación del derecho extranjero²⁰⁶ vienen aplicando ***un sistema que atribuye al juez el poder de decidir quién debe aportar la prueba en el caso concreto***, distribuyendo o trasladando la carga de la prueba, al demandado o viceversa, teniendo en cuenta cuál de las partes es la más idónea a ese efecto por hallarse más próxima a las fuentes de prueba, sea por razones fácticas o técnicas, sea por motivos económicos o jurídicos. Este sistema también ha sido asumido en muy pocos casos, por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República del Perú²⁰⁷, pese a no estar legislado específicamente en el Código procesal civil.

A este moderno sistema, se le ha dado el nombre de ***"Cargas Probatorias dinámicas"***²⁰⁸ (También denominado principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el Órgano Jurisdiccional con el acopio de material de convicción) imponiendo el *"onus probandi"* al justiciable que , en el caso y para el caso, puede suministrar las fuentes probatorias con menos dilaciones, gastos o vejámenes y por lo tanto se encuentra frente a su

²⁰⁶ Los Códigos más modernos recogieron la doctrina de la carga probatoria dinámica con distintas denominaciones, entre otros, Ley de Enjuiciamiento Española, Ley 1/2000 Art. 2177.inc. 6; Código General del proceso de la República Oriental del Uruguay Art. 139. 9; Código Procesal Civil y Comercial de la nación Argentina Art. 377 Párrafo 1.

²⁰⁷ Expediente N° 1776-2004-AA/TC. sobre la nulidad de afiliación en AFP, Párrafo 50. Cas. N° 4445 - 2011-Arequipa sobre impugnación de acuerdos de una asociación (el Peruano, 30/09/2013). Cas. N°5247 – 2008 -Cajamarca, sobre nulidad de acto jurídico. Cas. N° 2729 - 2007- Lima, sobre responsabilidad civil. El Peruano, 02/01/2008).

²⁰⁸ El ***nomen iuris*** y en gran medida la teoría gira en torno de este sistema de distribución de la carga probatoria, proviene del ingenio de Jorge PEYRANO quien, con la colaboración de Julio CHIAPPINI, por primera vez hablo de cargas probatorias dinámicas en "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", En: El Derecho Tomo 107 P. 1005, 1984.

contraparte en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para el suministro de la prueba.

2. TEORÍA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.

La carga probatoria dinámica o carga dinámica de la prueba es una tesis que cobra su impulso como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en la justicia Argentina y especialmente del desarrollo teórico de Jorge PEYRANO²⁰⁹, quien en su obra “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”, la que comparte con Julio CHIAPPINI, a partir de dicha obra elabora toda una sistematización al respecto. Esta tesis sustenta que *“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla”*.

Cabe resaltar que en “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” Jorge PEYRANO²¹⁰ señala que en las quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, procesal e informático celebrado en octubre de 1992, donde la comisión de Derecho Procesal formulo la Siguiente declaración: *“La llamada doctrina de las Cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueran las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, en el proceso de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos”*.

²⁰⁹ PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio o. *Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*. En: El Derecho Tomo 107. año 1984.P. 1005

²¹⁰ PEYRANO, Jorge W. “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. En Cargas Probatorias Dinámicas, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. Pp. 19 y 20

2.1. Concepto.

Bajo la denominación de Cargas Probatorias Dinámicas, se conoce a una nueva doctrina que trato de flexibilizar la rigidez en que habían caído las reglas sobre la carga de la prueba, y la consecuente dificultad que la aplicación de las mismas tenía en ciertos casos.

Según Inés LEPORI²¹¹, esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones para producirla. Así pues, sostiene PEYRANO²¹², “ *esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarlo o perfeccionarlo, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se vería imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad*”.

Ivana AIRASCA²¹³ sostiene que *la doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento del onus probandi según fuere las circunstancias del caso recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir las pruebas, más allá del emplazamiento como actor o demandado, en el proceso o de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos, y puede desplazarse del actor al demandado y viceversa, según corresponda y ello no significa que todos los hechos alegados deberían ser probados por una parte o por otra o por ambas, sino, que en el caso concreto recaerá la carga de la prueba en quien este en mejores condiciones de probar determinado hecho pero no para el resto de los hechos y además se puede y debe aplicar*

²¹¹ LEPORI WHITE, Inés. *Las Cargas Probatorias Dinámicas*. En: Cargas Probatorias Dinámicas. PEYRANO W. Jorge (Director) y LEPORI WHITE, Inés (Coordinadora) Rubinzal -Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 60

²¹² PEYRANO, Jorge W. citado por LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P.60

²¹³ AIRASCA, Ivana María. *Reflexiones Sobre las cargas probatorias Dinámicas*. En: Cargas Probatorias Dinámicas. PEYRANO W. Jorge (Director) y LEPORI WHITE, Inés (Coordinadora) Rubinzal -Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 135.

juntamente con las reglas clásicas de distribución de la prueba, es decir que en principio, quien alega un hecho debe probarlo, pero puede ocurrir que en ese caso y proceso en particular, a quien alego el hecho le sea prácticamente imposible probarlo y por lo tanto allí se producirá un desplazamiento del *onus probandi* y quien tendrá la carga de probar la existencia o inexistencia del hecho será la otra parte por encontrarse en mejores condiciones técnicas, profesionales, de hecho o económicas para hacerlo y puede ocurrir que en los demás hechos cada uno tenga que probar el hecho que alego, todo ello en un mismo proceso.

Agrega AIRASCA²¹⁴, que aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en un proceso no significa dejar de lado las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, sino, que habrá que ver en el caso concreto que reglas corresponde aplicar y podrán aplicarse unas u otras o ambas, cada una de ellas para distintos hechos de un mismo proceso según las particularidades del caso.

Jorge PEYRANO²¹⁵, nos dice, de lo que se trata, es pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados; sino, de formular una pauta *excepcional*, que solo puede funcionar, allí donde aquellos que manifiestamente operan mal (no funcionan adecuada y valiosamente) porque fueron elaborados para supuestos normales y corrientes que no son los correspondientes al caso.

Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que esta es *“una regla que permite al Juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a esta le resulta más fácil*

²¹⁴ AIRASCA, Ivana María. Ob. Cit. P. 136.

²¹⁵ PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las Cargas probatorias Dinámicas. En: Cargas Probatorias Dinámicas. PEYRANO W. Jorge (Director) y LEPORI WHITE, Inés (Coordinadora) Rubinzal –Culzoni, Editores. Santa Fe. 2004. P.24.

suministrarla”²¹⁶. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente, el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Lo anterior, es corroborado por TAMAYO²¹⁷, el cual afirma que: *No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto.*

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba²¹⁸.

²¹⁶ BERMUDEZ MUÑOZ, Martín. *El Futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad*. En Revista Temas Jurídicos N°11, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 1995, P. 16.

²¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Responsabilidad Civil Medica en los Servicios de salud*. Medellín. Biblioteca jurídica DIKE 1993.P.91 Citado por PEREZ RESTRPO Juliana, en: *La Carga de la Prueba en la responsabilidad Administrativa por la actividad Médica-decaimiento de su aplicabilidad*. Disponible en: aprendeonlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../10399

²¹⁸ PEREZ RESTRPO Juliana, en: *La Carga de la Prueba en la responsabilidad Administrativa por la actividad Médica - decaimiento de su aplicabilidad*. disponible en: aprendeonlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../10399

Lo señala Valentín GABRIEL²¹⁹, la formulación de esta teoría es sencilla: sobre la adecuada ponderación de las circunstancias del caso, las cargas probatorias deben desplazarse de actor ha demandado, o viceversa, según correspondiere, y ello en función de cuál de las partes se encontrare en mejores condiciones (técnicas, profesionales o fácticas) de suministrar la prueba, con absoluta independencia de su posición en el proceso y de la naturaleza de los hechos que aleguen.

2.2. Denominaciones de la teoría.

PEYRANO²²⁰ puntualiza que no es el único *nomen iuris* propuesto para designar el fenómeno que nos ocupa. En tal sentido puntualiza *principio de necesidad solidaria y de responsabilidad compartida* a la hora de la producción de la prueba, principio que coincide, en lo sustancial con el espíritu de la doctrina que se viene tratando. A todo ello, se deberá agregar la denominada teoría de “*las cargas probatorias compartidas*”.

Asimismo LEPORI WHIT²²¹ nos señala que por lo común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha recibido las siguientes denominaciones: *Carga dinámica de la prueba, carga de la prueba compartida, cargas probatorias dinámicas, doctrina de la prueba compartida, prueba compartida*.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas – también conocida en España, como la de *la mayor facilidad o disponibilidad probatoria*, esta denominación se ha consignado en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)²²².

²¹⁹ VALENTIN, Gabriel. *Análisis Crítico de la Llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*. En: El Mundo procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo Alvarado velloso. P. 724. Disponible en: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf [Marzo 17 de 2013].

²²⁰ PEYRANO, Jorge W. “*Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*”. Ob. Cit. P. 20

²²¹ LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P. 69.

²²² PEYRANO, Marcos. La Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000), en *Cargas Probatorias Dinámicas*, Obra

2.3. Características y precisiones.

Para comprender en su justa dimensión la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, MIDON ²²³ refiere que se requiere conocer sus características y ciertas precisiones a saber:

a) Es de aplicación excepcional y de interpretación restringida.

La Teoría de Las cargas probatorias Dinámicas, que hace recaer el “*Onus Probandi*” sobre la parte que, en el caso y para el caso, está en mejores condiciones profesionales, técnicas, fácticas o económicas de probar, **cobra vigencia en situaciones excepcionales** (caso in extremis, en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar el material probatorio) y **como tal es de interpretación restringida**, por consiguiente no desplaza de ordinario la distribución de la carga probatoria impuesta a la parte conforme a la regla general, en el caso peruano sería a la regla establecida en el Art. 196 del Código Procesal Civil.

Esta ha sido, en efecto, la correcta dimensión atribuida en la jurisprudencia del derecho extranjero, por ejemplo en la Jurisprudencia Argentina, “*La teoría de las Cargas probatorias dinámicas no pueden aplicarse con carácter general e indiscriminado (es residual), en tanto constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución del onus probandi (Verbigracia Art. 377 y concordantes, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Solo funciona cuando la aplicación mecánica o rígida de la ley conduzca a resultados disvaliosos o inicuos.*”

También la doctrina, reunida con ocasión del **XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal**²²⁴, concluyo que : “*La doctrina de las cargas probatorias*

colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal -Culzoni Editores. Santa Fe. 2004, P. 179 y sigs.

²²³ MIDON, Sebastián Marcelo Ob. Cit. P. 170

Dinámicas importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre distribución de carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir solo cuando la aplicación de aquella arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñida a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor y demandado)”.

b) Provoca un desplazamiento parcial y no total del onus probandi.

El desplazamiento del “*onus probandi*” que importa la aplicación de esta doctrina funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos y circunstancias y no de todo el material factico. Ello implica que tal aplicación no acarreará un desplazamiento completo de la carga probatoria sino tan solo parcial conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios.

Es así como, por ejemplo en el caso de la responsabilidad medica por mala praxis , el damnificado deberá acreditar, cuando menos, la existencia de la prestación médica, el daño sufrido y el nexo causal; en lo referente a las causas por simulación de actos jurídicos, el actor debe probar los hechos demostrativos de la falsedad del acto, entre los que se destacan la causa simulandi, el precio vil o irrisorio, la conducta del vendedor que continua comportándose como dueño de la cosa supuestamente enajenada, etc²²⁵.

Este desplazamiento no estaría determinado a priori por la ley en cada caso, sino seria determinada por el juez a posteriori y en cada caso concreto. La Carga dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquel que se hallan en mejores condiciones para probar los hechos que

²²⁴ PEYRANO, Jorge W. “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. Ob. Cit. P. 21

²²⁵ PEYRANO, Jorge W. “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. Ob. Cit. P. 22

difícilmente pueden ser demostrados por quien los afirma por una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar el material probatorio.

c) El *onus probandi* se independiza de enfoques apriorísticos.

Se llama doctrina de las cargas dinámicas porque el ***onus probandi*** se independiza de enfoques apriorísticos, es decir que se independiza del rol de actor o demandado de la parte en el proceso, y de los tipos de hechos a probar, para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quien está en mejores condiciones técnicas, de hecho o profesionales para producir la prueba respectiva.

Por lo tanto, le incumbe la carga de la prueba a quien, por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeña como actor o demandado en el proceso, se encuentra en mejores condiciones para producir la prueba respectiva. Este tipo de reglas a la hora de distribuir la carga de la prueba de los hechos controvertidos en un proceso atiende al tipo de hechos que deben ser probados y no a la posición de actor o demandado en el proceso ²²⁶. Por lo tanto, la carga puede desplazarse totalmente o parcialmente a la otra parte, puede compartirse dentro del mismo proceso, según el hecho que haya que probar podrá desplazarse a la otra parte.

d) No constituye una inversión de la carga de la prueba.

No se trata, pues de la inversión de la carga de la prueba, sino directamente de la atribución directa del peso probatorio en el caso concreto a quien se encuentra en mejores condiciones fácticas de probar, ya sea por razones técnicas, profesionales o cualquier otra circunstancia; pues lo que interesa es que se halle en mejor situación como resultado de un cúmulo de circunstancias de hecho²²⁷.

²²⁶ AIRASCA. Ivana María. Ob. Cit. P. 136.

²²⁷ LEGUISAMON, Héctor G. *La necesaria madurez de las Cargas Probatorias Dinámicas*. En Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de

e) Flexibiliza la rigidez en que caen las reglas Clásicas de la carga de la prueba.

La teoría de la carga probatoria dinámica rompe con el esquema tradicional que distribuye legalmente la carga de la prueba en función de la persona que alega un hecho relevante al proceso. Para ello recurre a los **principios de disponibilidad y facilidad probatoria** que flexibilizan excepcionalmente las reglas tradicionales de distribución de carga de la prueba²²⁸.

Con esta nueva visión dinámica de la carga de la prueba se trata de flexibilizar y superar la rigidez que ostentan las reglas clásicas de la carga de la prueba y la dificultad que la aplicación de las mismas exhibe en ciertas situaciones para alcanzar la verdad jurídica objetiva o el valor justicia principalmente en situaciones de imposible o difícil disposición de pruebas²²⁹.

Se valoran las posiciones de ambas partes tanto de quien alego el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y, la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho descrito por aquel. Si no se diera dicho desplazamiento sobre quien está en mejor condición de aportar el medio de prueba nos encontraríamos ante un caso con un resultado injustamente infundado.

No deroga las normas tradicionales que regulan la carga probatoria, simplemente las vuelven más elásticas y aligeradas. Con este nuevo

Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 117.

²²⁸ VARGAS RUIZ, Luis. *De la Prueba del Diablo y de Otros Demonios. A propósito de la Distribución de la Carga de la Prueba*. En. DEIURE. Revista para litigantes. Revista de Derecho N° 1, setiembre de 2007 P. 78.

²²⁹ BARACAT, Edgar J. *Estado Actual de la Carga Dinámica de la Prueba con especial referencia a Antecedentes jurisprudenciales y a la materia Juzgada*. En Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 271.

enfoque se traslada un mayor peso probatorio sobre una de las partes, produciendo a la par la descarga o aligeramiento en el onus de la otra. Es por ello que se ha entendido que quien pretenda el desplazamiento de la carga probatoria aliviando el onus que le compete tendrá que probar, aun indirectamente que su contraria esta o estaba en mejores condiciones de probar²³⁰.

f) El órgano judicial debe advertir a las partes, previo a la producción de la prueba, que aplicara la doctrina.

En opinión de calificada Doctrina, sería conveniente que el tribunal interviniente advierta a las partes, con anterioridad a la producción de la prueba, que aplicara la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en aras de provocar sorpresas al momento de sentenciar.

Las iniciativas, destinadas a salvaguardar la garantía de la defensa en juicio y particularmente el principio de contradicción (que podría resultar afectados dado el caso de adjudicación sorpresiva y consumada a la carga probatoria) sugieren lo siguiente:

- Que el Juez, en el marco de la audiencia preliminar y en tanto considere que existen especiales exigencias probatorias para alguna de las partes, así lo haga saber, sin ello importe prejuizamiento.
- Jorge PEYRANO²³¹, sin oponerse a la propuesta, la tilda de innecesaria por superabundantes. Considera que la aplicación oficiosa de la difundida doctrina de las cargas dinámicas no pueden causar sorpresa, menos aún acarrear riesgo para la garantía del debido proceso. Sostiene que a esta altura de los acontecimientos nadie podría, válidamente, considerarse víctima de por súbdita aplicación de la teoría. Sera cuestión de preservar

²³⁰ BARACAT, Edgar J. Ob. Cit. P. 271.

²³¹ PEYRANO, Jorge W. *"Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas"*. Ob. Cit. P. 23

y vivenciar el principio de efectiva colaboración de la partes en el acopio del material de convicción.

- Desde otra óptica, Sergio José BARBERIO ²³² manifiesta que todo litigante: *“no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina (...). Por tal razón no hay en verdad “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá -muy probablemente- a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada. (...) En ninguno de los supuestos se aprecia indefensión hacia quien “podía” probar, mantuvo silencio y no lo hizo.*

g) La parte en mejores condiciones de probar suele estar en mejor situación para desvirtuar la prueba en su favor.

Advertencia. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentra en mejores situaciones de producirla, pues normalmente esa parte también está en mejores condiciones de desvirtuar o desnaturalizar en su propio beneficio.

Así por ejemplo, en los procesos en los que se debate la mala praxis médica, serán los galenos quienes, regularmente, se encontraran en la inmejorable condición de aportar la historia clínica y documentación complementaria del paciente, empero, sin lugar a dudas, serán esos profesionales quienes podrían adulterarlas o enmendarlas en aras de favorecer su posición procesal.

2.4. La carga estática versus carga dinámica.

El proceso judicial es el resultado de incorporar en un mismo foro a dos extremos de un conflicto, el demandante y el demandado, quienes postulan sus

²³² BARBERIO, Sergio José. Citado por PEYRANO, Jorge W. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Rubinzal -Culzoni Editores. Argentina. 2008, P. 638.

alegaciones frente al Juez. Por ello, corresponde a cada una de las partes solventar sus hipótesis, asumiendo determinadas conductas que le llevan a soportar cargas más o menos exigentes de acuerdo con la naturaleza de sus pretensiones y de los hechos alegados, de modo que, en los específicos términos del conflicto, sufran las consecuencias de lo que cada una de ellas afirme o no afirme, de lo que niegue o admita, de lo que pruebe o no pruebe, de lo que diga o calle. A este **principio se le denomina autorresponsabilidad**²³³.

Del anterior principio se desprende el de carga o incumbencia probatoria según el cual **“la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos”**(Art. 196 Código Procesal Civil); **“Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”**(Art. 200 Código Procesal Civil) postulados que devienen en una regla de decisión para el Juez quien debe resolver (*evitando el non liquet*) o bien con base en prueba regular y oportunamente allegadas al proceso o bien con sucedáneos probatorios, es decir con dispensas para quien no tiene la responsabilidad de demostrar el hecho alegado o de negar el hecho imputado y de otra parte regla de conducta para los contendientes a quienes se les distribuyen cargas y deberes procesales, de acuerdo con su posición –activa o pasiva- y con el derecho en disputa.

También debemos aclarar nos dice Carlos CARBONE²³⁴, que la relación prueba **estática versus prueba** dinámica no es patrimonio exclusivo del derecho. En la Ingeniería civil por ejemplo constantemente llevan a cabo pruebas estáticas y dinámicas. Es decir que la relación de prueba estática y dinámica tiene un pasado y una realidad de tipo físico más que jurídico.

²³³ NISIMBLAT, Nattan. *Carga de la prueba*. Disponible En: nisimblat.net/publicacionesanteriores/cargadelaprueba.html

²³⁴ CARBONE, Carlos Alberto. *Cargas Probatorias Dinámicas: Una Mirada al Derecho comparado y Novedosa ampliación de su campo de acción*. En: *Cargas Probatorias Dinámicas*, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 206

El mismo autor señala que en lo procesal, ante el reino de aquellas, reglas estáticas de la pruebas advinieron algunas nuevas reglas en materia de cargas probatorias, tendientes a aquilatar adecuadamente situaciones y circunstancias singulares, que no se avenían a los modelos clásicos conocidos. Las cargas probatorias dinámicas.

Pero esta dicotomía no puede entenderse sino se comprende otra: la del Juez estático, apoltronado en su silla (la tapizada y de metal) y la del Juez dinámico, activo que camina, convoca y busca soluciones propias, los blancos móviles que, dice MORELLO, muchas veces deben salir, entrar en un hospital, una fábrica, o llamar a las partes sin que estas lo pidan.

Las facultades y deberes que el ordenamiento legal prescribe e impone a los jueces deben ser ejercidos no para resguardar un interés particular, sino el de la sociedad toda, que desea y pretende una justicia independiente, eficaz y oportuna²³⁵. El principal deber del juez es dictar una sentencia justa y la más justa posible, pretendiendo una justicia independiente, eficaz y oportuna; para ello debe utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda a las partes la carga de aportar al proceso judicial los instrumentos que este le brinda, las pruebas, pero si el juez no está convencido de cómo ocurrieron los hechos controvertidos, el ordenamiento procesal le otorga una serie de instrumentos para formarse convicción, independientemente de la voluntad de las partes y poder cumplir - obviamente asegurando el pleno control bilateral - con ese deber fundamental. Si no lo usa no podrá dictar una sentencia justa²³⁶.

Las cargas dinámicas es patrimonio exclusivo de la doctrina pos moderna procesal ya que antiguamente las reglas de distribución de la carga de la prueba, eran estáticas. Mientras no haya normas rectoras, solo un juez activo indudablemente abrazara la teoría de las pruebas dinámicas²³⁷.

²³⁵ MORELLO, Augusto M. *El derecho procesal a la Vuelta del Nuevo Milenio*, citado por CARBONE, Carlos Alberto. Ob. Cit. 207.

²³⁶ CARBONE, Carlos Alberto ob. Cit. 208

²³⁷ Ibídem. P. 208.

d) Carga probatoria estática.

Explica MONTERO AROCA²³⁸ como el principio deriva en regla para el juez cuando al dictar sentencia distingue tres situaciones:

- i. El hecho afirmado por la parte existió, en el sentido de que sobre él la actividad probatoria ha producido certeza: en la sentencia el Juez dará el hecho por probado y declara la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma de la que el hecho es supuesto factico.
- ii. El hecho afirmado por la parte no existió: En la misma sentencia el juzgador, dando por probada la inexistencia del hecho, declarara que no ha lugar a la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma jurídica de la que el hecho era supuesto factico.
- iii. El hecho afirmado no ha llegado a ser probado, esto es no se ha producido la certeza sobre el mismo ni positivamente ni negativamente: el Juez tiene que dictar sentencia sobre el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión, sin que le sea posible dejar de resolver, ante la incertidumbre sobre los hechos.

Ahora la regla de la carga de la prueba se aplica a las partes. Así, en principio quien alega prueba y quien niega, salvo que este dispensado, también debe hacerlo: ***reus in excipiendo fit actori***. Esto quiere decir, llanamente o **en términos estáticos**, que en cualquier caso los **hechos constitutivos** invocados por el actor deben ser probados, mientras que los hechos impositivos, modificativos o extintivos deben ser acreditados por el demandado.

A lo anterior, se le denomina **carga estática** de la prueba, que impone, **como en el tercer caso antes citado**, si se trata del Juez, resolver a favor de quien no tenía la carga de probar, cuando no se ha producido la certeza

²³⁸ MONTERO AROCA, Juan. Ob. Cit. P. 112.

ni positivamente ni negativamente; y a las partes se le impone participar activamente, disponiendo de sus posiciones probatorias frente al juez y la contraparte, de modo que aporten lo necesario, bien para demostrar los supuestos de la pretensión, es decir los hechos constitutivos o bien para demostrar los supuestos facticos de la excepción, es decir los hechos impositivos, modificativos o extintivos²³⁹.

De allí que en determinados procesos las reglas estáticas y rígidas de la prueba sean el resultado de ciertas y determinadas normas tuitivas que propendan por la protección de la parte menos favorecida o significativamente más agraviada, como ocurre en el proceso penal con la *presunción de inocencia* o el proceso laboral con el *indubio pro operario*, que previamente la solución frente al tercero de los supuestos antes mencionados, esto es no es posible de demostrar ni negar la ocurrencia del hecho²⁴⁰.

Las normas generales sobre la distribución de la carga de la prueba del sistema procesal civil peruano, se encuentra contenidas en los Art. 196 y 200 del Código Procesal Civil. Este enfoque tradicional ha imperado en el diseño e interpretación de las reglas que distribuyen –a priori- la carga de la prueba. Tales reglas Históricamente ha sido informado por el principio, según el cual, al actor le corresponde probar los hechos constitutivos que afirma y al demandado los hechos impositivos, extintivos y/o modificativos que opone.

Estas reglas totalizadoras, estáticas, apegadas a un riguroso apriorismo, que distribuyen la carga de la prueba de un cierto y determinado modo, pueden conducir a resultados disvaliosos e injustos que no toman en cuenta

²³⁹ NISIMBLAT, Nattan. *Carga de la prueba*. En: nisimblat.net/publicacionesanteriores/cargadelaprueba.html. P. 3

²⁴⁰ NISIMBLAT, Nattan. *Carga de la prueba*. En: nisimblat.net/publicacionesanteriores/cargadelaprueba.html P. 3 y 4

las particularidades de cada caso, ni la igualdad real de las partes frente al proceso²⁴¹.

e) Carga probatoria dinámica.

En algunos procesos sin embargo, es posible trasladar la responsabilidad probatoria atendiendo a especiales circunstancias que se determinan, o bien por la especial dificultad de probar un hecho o bien por el propio tema probatorio, es decir, por el derecho sustancial invocado, ora por la probabilidad prevalente de su ocurrencia, caso en el cual corresponderá probar a quien se encuentra en mejores condiciones, todo lo cual encuentra asidero en el principio de igualdad, propugnando en antaño por GLDSCHMIDT, quien siempre concibió a su teoría del proceso como si fuera una dinámica de los fenómenos procedimentales.

Lo anterior encuentra asidero en el cálculo de probabilidades, que incide en la determinación de la ocurrencia de un hecho, lo cual puede ser aplicado con ejemplos sencillos, como podría ser la afirmación de que el sol sale por el occidente y no por el oriente o que al tirar unos dados saldrá el número seis.

Un hecho, es decir, su ocurrencia, puede verificarse solo si es posible, lo cual encuentra respuesta en la lógica (aquella que tiene como única restricción la que lleva a contradicción manifiesta en si misma), la física (que no contradice a las leyes naturales) y la técnica (aquella que permite su verificación mediante mecanismos de contrastación). Así, determinada la posibilidad nace la probabilidad, en otras palabras, la posibilidad es presupuesto de la probabilidad.

²⁴¹ BARBERIO, Sergio José. *Cargas Probatorias Dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?* En: *Cargas Probatorias Dinámicas*, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 105 y 106

Así, es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos, será a él, que le corresponde acreditarlos y no al demandante. Así lo ha manifestado la reiterada jurisprudencia extranjera; en la sentencia del 10 de julio del 2004, la sala de lo contencioso Administrativo de Colombia, había reconocido con base en el principio de las cargas dinámicas, la existencia de otra denominada probabilidad prevalente²⁴².

En la sentencia aludida, la sala expresó que *“en algunos eventos no se requiere que la prueba aportada por el demandante genere certeza sobre la existencia de la relación causal, pues en consideración a la complejidad de los conocimientos científicos y tecnológicos en ella involucrados, el juez puede darla por establecida con la probabilidad prevalente”*.

El carácter dinámico de la carga probatoria nos indica Héctor FERNANDEZ ²⁴³ radica en la posibilidad de que según fueran las circunstancias del caso, pueden desplazarse la carga probatoria del actor al demandado o viceversa en aquellas situaciones en las cuales, en virtud de las peculiaridades del caso, no funcionan las reglas rígidas que distribuyen el esfuerzo probatorio, en miras de servir mejor a la justicia del caso llevado a los estrado judiciales.

Esta particular carga probatoria no estaría “determinada apriorísticamente” y en forma abstracta y genérica por la ley, sino que sería determinada por el tribunal *a posteriori* y en cada proceso concreto; no sería estática sino dinámica, yendo y viniendo según cual sea la parte que esté en mejores condiciones de aportar los medios probatorios²⁴⁴.

²⁴² NISIMBLAT, Nattan. *Carga de la prueba*. En: nisimblat.net/publicacionesanteriores/cargadelaprueba.html

²⁴³ FERNANDEZ VASQUEZ, Héctor. *Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga Dinámica*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas Octubre de 2005. P. 1.

²⁴⁴ GABRIEL, Valentín Ob. Cit. 724

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Respecto a los antecedentes de la teoría de la Carga Probatoria Dinámica, de la revisión de la literatura en el derecho comparado, se ha podido verificar que existen tres versiones sobre su origen:

La primera: Para TRUJILLO ²⁴⁵ la génesis del planteamiento se encuentra en el primitivo Derecho Germánico, que paralelamente al Derecho Romano, creó reglas flexibles de distribución de la carga de la prueba. En muchos casos, afirma este autor, se consideraba que era el demandado quien mejor conocimiento tenía del desarrollo de los hechos, sobre todo en el campo criminal, por lo que a aquel se le desplazaba el peso de la prueba, mientras que el *onus* recaía de ordinario en el demandante en los casos en que debía tener mejor conocimiento de los hechos, como en materia de acciones hereditarias y resarcimiento de daños, concentrándose la actividad del juez en la valoración y credibilidad de las pruebas.

Este mismo autor ²⁴⁶ afirma que en el procedimiento germánico se planteó por vez primera el principio de buena fe, en el sentido que el demandado debía especificar los motivos de su resistencia a la demanda, a través de las pruebas, y no limitarse a negar genéricamente los hechos afirmados por el actor. En Latinoamérica ha sido la doctrina y jurisprudencia argentina la encargada de revitalizar la teoría y rebautizarla como cargas probatorias dinámicas.

La segunda: BENTHAM ²⁴⁷ expuso a comienzos del siglo XIX en Inglaterra la doctrina de la facilidad probatoria. Se preguntaba este autor ¿a quién se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba?, respondiéndose a sí mismo que la respuesta ofrece infinitas dificultades en el

²⁴⁵ TRUJILLO CABRERA, Juan. *La Carga Dinámica de la Prueba*. Bogotá. Editorial Leyer. 2006. P. 83

²⁴⁶ TRUJILLO CABRERA, Juan. O. Cit. P.83

²⁴⁷ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las Pruebas judiciales*, Valetta, Buenos Aires, 2002. P.289

sistema procesal técnico, pero en un régimen de justicia franca y simple es muy fácil contestar; la carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.

La misma doctrina encontró recepción en la jurisprudencia española desde el primer cuarto del siglo XX y fue llamada *favor probationes*. La jurisprudencia de marras la explica como aquella conducta que debe compensar el juez en proporción a la dificultad de prueba que tienen ciertos hechos, o que en probática se conoce como materias *difficilitoris probationes*.

Maximiliano GARCIA GRANDE²⁴⁸ ha destacado que la Teoría de las cargas probatorias dinámicas no es una teoría moderna ni tuvo su origen en Argentina “la manifestación más antigua de la teoría data de 1823 y fue expuesta por el inglés Jeremías BENTHAM”. Dicho autor denunció el abuso y dilaciones causadas por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y propuso que la carga pese sobre quien este en mejores condiciones de probar. Por lo tanto, la teoría tiene poco más de 180 años y su origen es europeo. El instituto lejos de quedarse en suelo británico, cruzó aguas septentrionales y llegó al viejo continente, principalmente Alemania²⁴⁹.

La tercera: Gracias a un hallazgo de ARAZI²⁵⁰, podemos situar en 1933 un antecedente en la legislación Argentina, ya que un proyecto de reformas del Código civil de ese año formulaba en su Art. 1154 “*Salvo disposición en contrario la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos*”

²⁴⁸ GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Cargas probatorias Dinámicas: Ni Nuevas Ni Argentinas, Ni aplicables*. P. 1. Disponible en: unaula.edu.co/sites/default/.../La%20carga%20dinámica%20probatoria.p

²⁴⁹ GARCIA GRANDE, Maximiliano Ob. Cit. P. 2.

²⁵⁰ ARAZI, Roland. *Derecho procesal civil y comercial*. Rubinzal – culzoni editores. Tomo I P. 348. Citado por GARCIA GRANDE, Maximiliano. Ob. Cit. P. 2

LEPORI WHIT²⁵¹ nos dice que el primer fallo dictado, aplicando la carga probatoria dinámica, fue realizado por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el 21 de junio de 1957. Se trataba de la aplicación del Decreto Ley N° 5148/55, referido al enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, en el caso Perón Juan Domingo.

Para AIRASCA²⁵², Ivana María el antecedente más remoto proviene de una resolución de un Juzgado de primera instancia de la ciudad del Rosario en el año 1978, sobre un caso de mala praxis quirúrgica. La Carga probatoria dinámica en este caso flexibilizo la rigidez en que habían caído las Reglas de la carga de la prueba y la dificultad que la aplicación de las mismas tenía en este caso; nació para aliviar la ímproba tarea de la víctima, paciente de un acto quirúrgico, consistente en producir pruebas diabólicas, tendientes a demostrar la culpa galénica en materia de responsabilidad civil médica.

La denominación de Carga probatoria dinámica ha sido organizada por Jorge PEYRANO, y la gran aplicación jurisprudencial de esta teoría de la República Argentina ha generado su exportación a países Europeos como España y Alemania

4. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA.

Los doctrinarios que propugnan por la aplicación de una teoría dinámica de la prueba, denuncian que los códigos procesales adolecen de soluciones concretas a casos justiciables en materia de carga de la prueba. Afirman que la doctrina procesal, con sus alegaciones dogmáticas y construcciones jurídicas celebres y aplaudidas, peca por insuficiente.

Antes de establecer cuáles son los presupuestos teóricos que consideran, pasaremos a citar la doctrina que la ampara: Roland ARAZI, Julio O. CHIAPPINI, Jorge W. PEYRANO, Juan Alberto RAMBALDO, Inés LÉPORI WHITE, Sergio José BARBERIO, Héctor E. LEGUISAMÓN, Ivana María

²⁵¹ LEPORI WHIT, Inés. Ob. Cit. P. 71.

²⁵² AIRASCA, Ivana María. Ob. Cit. P. 135.

AIRASCA, Carlos Alberto CARBONE, Guillermo F. PEYRANO, Héctor H. CÁRDENAS, Silvina PEREIRA MARQUES. En cuanto a la civilista podríamos citar a Atilio Aníbal ALTERINI, Jorge MOSSET ITURRASPE, Oscar José AMEAL, Roberto R. LÓPEZ CABANA, BARACAT, Edgard, entre otros.

Resulta bastante difícil aislar lógicamente los fundamentos centrales de esta tesis. Es que los argumentos invocados por sus partidarios han sido variados, y no siempre han sido expuestos con el mismo rigor. Lo cierto es que la teoría de las Cargas probatorias Dinámicas se justifica por brindar la objetiva concreción de la justicia; persigue una solución justa para el caso concreto; persigue hallar el justo equilibrio entre las partes, criterio de equidad en la relación procesal; Asimismo, busca en la actitud de las partes del proceso actuar con los deberes de lealtad, probidad y buena fe; el deber de las partes de colaborar con el esclarecimiento de la verdad, basado en el principio de solidaridad²⁵³.

4.1. El principio de solidaridad y el principio de colaboración procesal

Una parte de los seguidores de la teoría pregonan su vigencia en virtud de los valores de “solidaridad” y del “colaboracionismo procesal”. Entienden que las partes deben proporcionar al tribunal la información correcta y plena para el esclarecimiento de los hechos para así acceder a su verdad. La reticencia, la ambigüedad, la ausencia de colaboración de los litigantes, adquiere en el proceso valor negativo que debiera ser reprobado por el juzgador.

Señalan que la colaboración configura una idea elemental para la estructura del proceso. Éste pretende obtener una sentencia justa, entendiendo que sólo puede alcanzarse a través del aporte fáctico realizado por las partes y sus fuentes de prueba. Tal como afirma Leslie Van

²⁵³ LEPORI WHIT, Inés. Ob. Cit. P. 69

ROMPAEY²⁵⁴, se impone a las partes el deber de colaborar con el oficio en la realización del derecho mediante el dictado de una sentencia justa, aportando a tales efectos toda la información y elementos de convicción disponibles en relación a la cuestión controvertida.

Así aparece el nuevo concepto de carga probatoria compartida, como manifestación de una nueva cultura del proceso judicial caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del servicio de justicia más eficiente que el actual, donde se encuentre aceptable que, en buena medida, la tarea probatoria es común a ambas partes²⁵⁵.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas – ***favor probationes***- se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance con mayor facilidad los medios para el esclarecimiento de los hechos.

La teoría en mención implica que, el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha, sino que, en razón de la colaboración de las partes con el tribunal, cabe requerir la prueba en ciertos hechos a ambas partes y en especial a la que está en mejores condiciones de probarlos²⁵⁶.

Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas que estén en su poder o que deberían estarlo. Sobre el particular, Reynaldo BUSTAMANTE²⁵⁷ señala: “(...) *el principio de colaboración exige que las partes, los terceros*

²⁵⁴ VAN ROMPAEY, LESLIE; *La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo*, LJU, t. 111, 1995, Sección Doctrina, p. 450.

²⁵⁵ LEGGUISAMON, Héctor E. *La Necesaria madurez de las cargas Probatorias dinámicas*. En: Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 115.

²⁵⁶ LEGGUISAMON, Héctor E. Ob. Cit. P. 116

²⁵⁷ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. Cit. P.p. 275- 277

legitimados e incluso los sujetos que puedan incorporar fuentes de prueba (...) cooperen en la actuación de los medios probatorios, sea para producir prueba o para conservarla. (...).

Por su parte, y en lo que respecta al principio de solidaridad, MORELLO²⁵⁸ señala: *“(la carga de la prueba debe tenerla) aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba, y no necesariamente quien alegue el hecho que debe ser probado.”*

En este sentido, la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo. Tal como señala Reynaldo BUSTAMANTE²⁵⁹: *“(...) el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante (...). Este, para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso.”*

Al conjugar las tradicionales reglas de la carga de prueba, con la justicia en el caso concreto, los deberes del juez y los deberes de la conducta procesal de las partes de conducirse con probidad, lealtad y buena fe, obtenemos así, las bases o fundamentos de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

²⁵⁸ MORELLO, Augusto. *“La Prueba, Tendencias Modernas”*. Editora Platense-Abeledo - Perrot. Buenos Aires, 1991. P. 58

²⁵⁹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. Cit. P. 279

4.2. La verdad jurídica objetiva y el deseado resultado de justicia al caso concreto.

Otro sector de la doctrina sustenta que la dinamicidad de la prueba debe ser aplicada para arribar a la verdad jurídica objetiva de los hechos y la Justicia del caso. No se puede seguir sosteniendo la exclusión absoluta del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria; esto configura un inaceptable anacronismo.

La médula de la justicia es la idea de igualdad. En palabras de RADBRUCH²⁶⁰ la justicia entraña una tensión incancelable; “su esencia es la igualdad; reviste, por tanto, la forma de lo general y aspira siempre, sin embargo, a tener en cuenta el caso concreto y al individuo concreto, en su individualidad” precisa el citado autor. Esta justicia - según el mismo autor proyectado sobre el caso concreto y el hombre concreto, recibe el nombre de *equidad*.

La justicia como principio fundamental del orden jurídico-político configurador del modelo de un Estado democrático, supone necesariamente que las leyes en general deben aspirar a alcanzar ese ideal de justicia, evitando la existencia de leyes injustas.

La sentencia judicial tiene unos requisitos técnicos, como lo son el conocimiento de la controversia y la determinación de los hechos y del derecho aplicable, derecho que debe estar conforme con los valores superiores del ordenamiento jurídico, valores que lo informan como la justicia. Sólo así se materializa el valor justicia en la sentencia judicial.

Cabe aquí traer a colación las reflexiones de LÉPORI²⁶¹., quien preguntándose de qué adolece el proceso civil y qué olvidó la doctrina

²⁶⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 1955. P. 33. citado por LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P. 66

²⁶¹ LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P. 66

procesal, con sus dogmas y construcciones jurídicas tan célebres y aplaudidas a lo largo de un siglo, para que todos sintamos, cada vez con mayor medida, la insuficiencia de las soluciones propuestas en lo que al tema de la carga de la prueba de refiere, se responde a sí misma que se olvidó varias cosas; ***una de ellas es la justicia.***

Afirma la citada autora ²⁶² que la doctrina se ocupó tanto de resguardar y proteger la bien denominada libertad, en todas sus formas y expresiones, que olvidó que muchas veces este ideal no alcanza cuando las partes que son beneficiadas por él no se encuentra en igualdad de condiciones. Olvidó – agrega, que lo libre, lógico y razonable e incluso justo puede no sea equitativo.

Completa la idea LEPORI²⁶³ señalando, que la doctrina procesal, tan ocupada de hablar de los derechos y garantías de la partes, o mejor dicho, de garantizar los derechos de las partes, como por ejemplo el de la defensa, pasó por alto el detalle de la justicia.

A la final LÉPORI²⁶⁴ se pregunta si será acaso posible garantizar el derecho a la defensa sin asegurar antes la justicia; también se pregunta: ¿qué garantía de defensa tiene la parte que queda a merced de la contraria porque no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado?

Concluye la autora que la justicia aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta a su entender el principal fundamento de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Sintetizando los presupuestos valorativos que afirman los juristas, ellos la admiten en favor de una idea de solidaridad y de colaboración de las partes. Además, la admiten para alcanzar la verdad de los hechos y por la justicia del

²⁶² LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P. 64

²⁶³ Ibídem. Ob. Cit. P. 66

²⁶⁴ Ibídem. Ob. Cit. P. 66

caso concreto. Esto le permitirá al juez que las partes no se aferren a reglas inflexibles que son rígidas e injustas en circunstancias en que una de las partes se encuentra en imposibilidad de probar. Todo ello, reiteramos, en procura de un mejor, óptimo y efectivo rendimiento judicial.

4.3. El deber de las partes de conducirse con la buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad.

“La buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad, son componentes de un concepto más amplio que se podría denominar principio de moralidad (...)”el que puede definirse como “el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (partes, procuradores, abogados, jueces)”²⁶⁵.

Halla su fundamento en el deber que tienen las partes de conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, en el deber de colaborar entre sí para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación con el Órgano Jurisdiccional para averiguar cómo ocurrieron los hechos para que este pueda dictar una sentencia justa²⁶⁶.

4.4. El principio de moralidad.

Se agrega que la tesis tiene sustento en el “**principio de moralidad en la empresa proceso**”. De acuerdo a esta opinión, “Convicción del propio derecho (buena fe creencia) y voluntad de obrar honestamente (buena fe lealtad) constituyen la regla de la buena fe, de suerte que la obrepción instructoria – entendida como propósito de deformar la verdad - no se oculta como contraria al deber ético en el proceso. Y propósito de deformar la verdad existe no solo cuando se obstruye la prueba del contrario o se falsea la propia, sino también

²⁶⁵ GABRIEL, Valentín. Ob. Cit. P. 723.

²⁶⁶ AIRASCA, Ivana María. Ob. Cit. P. 141.

cuando se oculta la que se dispone, ya que, como dice el proverbio, la verdad a medias es la peor de todas las mentiras”²⁶⁷.

4.5. El principio de facilidad y disponibilidad probatoria.

La teoría de la prueba dinámica rompe con el esquema tradicional que distribuye la carga de la prueba en función de la persona que alega un hecho relevante al proceso. Para ello recurre a la cobertura de los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria que flexibilizan la acotada repartición. Sobre el particular se cita a Álvaro LUNA²⁶⁸ quien esclarece que:

*“La **disponibilidad** probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el **principio de facilidad** de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificultan a una de las partes la producción de un medio de prueba, mientras que para la otra esta resulta más fácil o cómoda.*

Los referidos principios facultan al Juzgador a colocar la carga de la prueba sobre aquel sujeto procesal que tiene acceso o se encuentra en mejor posición que su contraparte de acceder a una prueba determinada o de colaborar a su producción. Este análisis comparativo se justifica en la situación excepcional de la parte que afirma un “hecho”, a la cual le es materialmente “imposible o de extrema dificultad” generar una determinada prueba del mismo, ya sea porque su adversario está en una situación de “domino o control” del elemento probatorio clave o porque sencillamente la causa petendi de la reclamación configura hechos de probanza inalcanzable para el accionar²⁶⁹.

El concepto de facilidad probatoria ha sido recogido por la reciente reforma procesal civil española²⁷⁰ y por el proyecto del Código Modelo Para

²⁶⁷ GABRIEL, Valentín. Ob. Cit. P. 723

²⁶⁸ ALVARO LUNA, Yenga. “Regulación de la carga de la Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Worlang Paper N° 165 Barcelona, Octubre del 2006. Citado por VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Ci P. 78.

²⁶⁹ VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Cit. P. 78

²⁷⁰ El Art. 217 de la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española sancionada en el 2000 establece que en materia de distribución de esfuerzos probatorios “El tribunal deberá

Iberoamérica en materia de proceso colectivo diseñado por el Instituto Iberoamericana de Derecho Procesal²⁷¹ como recambio de lo que en Argentina se conoce como “Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas”.

Sucede que en la actualidad, novedades legislativas y doctrinarias han sacado del cono de sombras donde se encontraba al concepto de “mayor facilidad probatoria” y “disponibilidad probatoria” transformándolo- eso sí, de manera excepcional- en una nueva pauta distributiva del *Onus Probandi*.²⁷²

4.6. Fundamento constitucional.

En los Estados democráticos modernos, la justicia como es un principio fundamental del orden jurídico-político configurador del modelo de Estado, supone necesariamente que las leyes en general deben aspirar a alcanzar ese ideal de justicia, evitando la existencia de leyes injustas.

Valores como la justicia, devienen orientadores en cuanto al legislador en su trabajo creador con el que desarrolla el ordenamiento jurídico, y en cuanto al juez, en su tarea de aplicar e interpretar el Derecho, y como quiera que supone un amplio margen de actuación para uno y otro por tratarse de un concepto abierto, puede tener diversas lecturas, pero siempre direccionadas a alcanzar los cometidos que la propia Constitución se postula, como lo son la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad y, en general, la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma²⁷³

Los principios inmersos en la Constitución, que la cohesionan, así no aparezcan en su texto, si no se aplican o se violan tienden a desintegrar a la Carta Fundamental, y si ello sucediere la Constitución desaparecería con todo

tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

²⁷¹ Art. 12 del Código Modelo Para Iberoamérica en materia de proceso colectivos de Iberoamérica decreta: “La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración.

²⁷² PEYRANO, Jorge W. *Problemas y Soluciones Procesales*. Editorial Juris, Febrero 2008 P. 353.

²⁷³ COLINA RAMOS, Julio. *Aplicabilidad de la Doctrina de la Carga Probatoria Dinámica en Juicios de Responsabilidad Civil por Mala Praxis Médica*. Universidad Fermín Toro. Cabudare, Venezuela, setiembre del 2012. P. 94

el caos que ello causaría. Basta imaginar qué pasaría, si un juez ordena que un científico convierta a un humano en animal, o que cese el sistema democrático y se elija a un monarca, o que condene a muerte a alguien, a pesar de la aquiescencia de las partes del juicio donde surge esa situación. El Juez que dentro de un proceso lo conociera, que responde por la integridad y supremacía de la Constitución, de oficio tendría que dejar sin efectos tales determinaciones judiciales, ya que ellas contrarían el orden público constitucional y las violaciones del orden público se declaran de oficio²⁷⁴.

La Constitución, como se dijo, no sólo está formada por un texto, sino que ella está impregnada de principios que no necesitan ser repetidos en ella, porque al estar inmersos en la Constitución, son la causa por la cual existe; por ello una Constitución no explica los conceptos de justicia, de libertad, de democracia y otros valores. Cuando la Constitución regula al Poder Judicial, inmerso en tal regulación se encuentra el que él ejerce la jurisdicción (potestad de administrar justicia), y que las actuaciones judiciales estarán dirigidas principalmente a resolver controversias entre partes que requieren la declaratoria de derechos, motivo por el cual existe el proceso contencioso. Cuando el Estado decide sustituir la necesidad o tendencia de los seres humanos de hacerse justicia por sí mismo y, para ello, crea el proceso y los órganos jurisdiccionales, lo hace con el fin de que el proceso cumpla su cometido de eliminar la justicia privada, y es el proceso contencioso la máxima expresión de ese Estado. No utilizar al proceso contencioso para dirimir conflictos entre las partes, desnaturalizándolo, no es sino un fraude que convierte a la jurisdicción en una ficción y, permitir tal situación, es propender al caos social, ya que las instituciones no se utilizarían para el fin que fueron creadas. Tal situación resulta contraria al orden público, ya que de permitirse y proliferar, todo el sistema de justicia perdería la seguridad para el cual fue creado, y se regresaría a la larga a la vindicta privada²⁷⁵.

²⁷⁴ Ibídem. P. 111

²⁷⁵ COLINA RAMOS, Julio Ob. Cit. P. 112.

Sobre la carga de la prueba, en la doctrina encontramos diversas opiniones. Así, para ROSENBERG²⁷⁶ esta noción “es la espina dorsal del proceso civil y un postulado de seguridad jurídica”. Por su parte, DEVIS ECHANDÍA²⁷⁷ sostiene que si no existiera la figura de la carga de la prueba, el proceso fracasaría frecuentemente con el consiguiente desperdicio de recursos y esfuerzos. Añade dicho autor que “La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los fines de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez”.

Otros autores como ALZATE NOREÑA²⁷⁸, encuentran el basamento constitucional de la distribución de la carga de la prueba en el **principio de la igualdad de las partes ante la ley**, pues si se constriñera al demandante a producir toda la prueba, se dejaría de antemano a la demanda sin probabilidades de buen éxito, y se entregaría el derecho de aquél a la buena voluntad del demandado, quien podría burlarlo mediante negaciones o afirmaciones arbitrarias, lo cual significaría un estado de inseguridad jurídica que equivaldría a la falta de protección.

Desde esta perspectiva, claramente se pone de manifiesto que la distribución legal de la prueba guarda una estricta conexión con principios constitucionales de primer orden, como son la **seguridad y la igualdad jurídica**. Ahora bien, de la doctrina citada se evidencia que el objetivo práctico que se busca lograr mediante la regulación de esta institución es la realización de los fines propios del proceso y de la jurisdicción –evitar que estos se frustren con recurrencia-, que a tenor del artículo III del Título Preliminar del Código

²⁷⁶ ROSENBERG: *La carga de la Prueba*, Buenos Aires, Edit. Ejea. 1956 N° 6 P. 55 y 59; Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit. P. 450 Y este a su vez citado por VARGAS RUIZ Luis. Ob. Cit. P. 85

²⁷⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. Cit. P. 450. citado por VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Cit. P. 85.

²⁷⁸ AZARATE NOREÑA. *Pruebas Judiciales*, Bogotá. Librería Siglo XX P.98 y 99 Citado por VARGAS RUIZ Luis, ob. Cit. P. 85.

Procesal Civil, son la resolución de “un conflicto de intereses o de una incertidumbre jurídica y, en última instancia, el establecimiento de la paz social en justicia”.

En el caso peruano el criterio dinámico de distribución de la prueba en cuanto excepción al modelo ordinario representado por el artículo 196 del Código adjetivo, puede alcanzar alguna justificación constitucional, sea porque a través de su regulación se llega a proteger algún derecho fundamental (Derecho a la prueba) o porque se favorece la realización de algún principio o bien constitucionalmente protegido.

La dificultad o impedimento experimentado por la parte procesal desfavorecida en torno al ejercicio de su derecho de prueba, no corresponde a un hecho propio o a un caso de autorresponsabilidad o de omisión voluntaria; sino a causas externas, cuya indiferencia en cuanto excepciones válidas ha sido institucionalizada por el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Consideramos que frente a la ausencia de una norma expresa que asigne la carga de la prueba simplemente "a quien está en mejores condiciones de probar", sólo puede acudir, para supuestos en los que exista entre las partes una desigualdad de recursos materiales (económicos, de acceso a la información, etc.), al principio de colaboración procesal, imponiéndole a la parte "fuerte" de la relación procesal, la carga de aportar los elementos que se encuentren (o debieran razonablemente encontrarse) a su disposición para el esclarecimiento de la verdad.

En opinión de Luis VARGAS²⁷⁹, respecto a la aplicación de la carga probatoria dinámica como excepción al Art. 196 del Código Procesal Civil, es aplicable, sometiéndolo esta **artículo al principio de proporcionalidad**. En resumen, el principio de proporcionalidad prescribe que la medida restrictiva es válida si es idónea o adecuada para lograr una finalidad constitucionalmente permitida; pero, además, concurrentemente, debe ser necesaria por no existir otras medidas alternativas menos gravosas o restringentes del derecho y, en última instancia, se debe examinar si lo que se logra a favor del interés general

²⁷⁹ VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Cit. P.82.

o público merece el sacrificio del derecho. Su reconocimiento constitucional es expreso en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución de 1993.

4.7. La mejor posición probatoria de una parte frente a la dificultad probatoria de la otra.

La determinación acerca de qué parte en el juicio se encuentra en mejor posición para asumir el desplazamiento de la carga de la prueba por aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, es cuestión de hecho que tocará al juez establecer en cada caso concreto.

Para dicho efecto, y por razones metodológicas, VARGAS RUIZ²⁸⁰ nos proporciona las siguientes herramientas conceptuales:

- a) Sujeto procesal desfavorecido:** Es aquel que en el esquema original tiene la carga de probar en la medida que afirma un hecho. Sin embargo, su situación es tal, que objetivamente no le es posible acceder a un medio de prueba esencial y/o está impedido u obstaculizado por su contraparte de generarlo o de aportarlo.
- b) Sujeto procesal dominante:** Es la parte que tiene en su poder el medio de prueba esencial o en todo caso ostenta el control de la producción del mismo y se encuentra condicionado por un interés egoísta en no permitir o facilitar su aporte.
- c) Prueba esencial:** Es el elemento probatorio que eventualmente permitiría al sujeto procesal desfavorecido acreditar su pretensión y, en última cuenta, su virtud radica en que haría posible que el juzgador pueda emitir un fallo más aproximado a la verdad y a la justicia, independientemente de qué parte resulte vencedora.
- d) Prueba diabólica:** Medio de prueba de difícil o imposible consecución por parte del sujeto procesal desfavorecido, por hallarse ésta en posición del sujeto procesal dominante o porque simplemente la

²⁸⁰ 280 VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Cit. P. 81

naturaleza de los hechos que constituyen la pretensión implican *per se* una inaccesibilidad probatoria.

e) Situación procesal injusta: Es la posición jurídica original que ocupa el sujeto procesal desfavorecido, en la que es impracticable o inoperante el ejercicio de su derecho fundamental a probar por encontrarse enfrentado a un caso de prueba imposible o diabólica.

Las definiciones que acabamos de subrayar, conducirán a un mejor orden y entendimiento en nuestro trabajo. Desde nuestra perspectiva, la resonancia constitucional que podría tener el tema que nos concentra, pasa por reconocer que el *sujeto procesal desfavorecido* se encuentra encerrado en una situación en la que el ejercicio de su derecho fundamental a probar resulta inviable. En contrapartida, *el sujeto procesal dominante* sí se encuentra en condiciones objetivas de actuar la indicada titularidad, siendo razonable el desplazamiento de la carga de la prueba a este último.

Se pregunta Sergio BARBERIO²⁸¹ **¿Qué implica estar en mejores condiciones de producir la prueba?** El mismo autor responde, pues que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria reviste una posición privilegiada o destacada con relación al material probatorio y de cara a su contra parte. Es decir que, en virtud del rol que desempeña en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio o por ser el único que “dispone” de la prueba, etc. Se encuentra en mejor posición para revelar la verdad y su deber de colaboración se acentúa al punto de atribuirle una carga probatoria (dinámica) que, en principio, según las clásicas reglas, no tenía.

La base, es la determinación en el caso concreto de quién exhibe mejor situación de traer al expediente los elementos tendentes a obtener la solución del caso, o de aportar los elementos tendentes a obtener la verdad material, por ostentar mejores condiciones profesionales, técnicas, económicas, fácticas y jurídicas de hacerlo.

²⁸¹ BARBERIO, Sergio José. Ob. Cit. P. 101.

Ahora bien Sergio BARBERIO²⁸² se pregunta **¿La mejor posición probatoria debe probarse?** Una parte se posiciona con dominante poder de aportación de la prueba frente a la otra que, adoleciendo inferioridad, está impedida de producirla. Entonces quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria hacia su contraria enrostrándole una mejor posición tendrá, asimismo, que justificar que él no está en condiciones- ni aun suficientes- de poder producirla. Visto de otro modo: si el sujeto puede probar, entonces tendrá que probar con independencia de que su contraria también pueda o mejor pueda.

El mismo autor señala que la parte con aparente posición desventajosa frente a la prueba no puede escudarse – tan fácilmente- mejor posición de su contraria. Si se postula que la carga probatoria es compartida, pues la parte que reviste o argumenta una situación de inferioridad tendrá que desarrollar actividad probatoria que, aunque a la postre insuficiente, ponga de manifiesto su esfuerzo e intención de colaborar. Incluso el fracaso de aquellas y otras diligencias probatorias, por razones no imputables al sujeto proponente, resultara demostrativo de la aludida inferioridad²⁸³.

Por tales motivos, no bastará con sostener o probar que una parte se encuentra en mejor posición para la producción de la prueba si asimismo, no se ha puesto en evidencia que quien ello argumenta no tiene modo de producirla.

Nos preguntamos **¿Quién soporta entonces la carga de la prueba dinámica?** La carga probatoria dinámica, si bien recae en principio en ambas partes, la respuesta a esta pregunta lo esboza Inés LEPORI²⁸⁴ con forme a la jurisprudencia las cargas probatorias dinámicas implican que la carga de probar determinado hecho recae sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alego el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su

²⁸² BARBERIO, Sergio José. Ob. Cit. P. P. 101.

²⁸³ Ibídem. P. 104.

²⁸⁴ LEPORI WHITE, Inés. Ob. Cit. P. 70

afirmación y la contraparte hallarse en una posición de gran dificultad para derribar el hecho descrito por aquel. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquel que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alego.

4.8. El valor de la conducta de las partes en el proceso.

Ningún caso es idéntico a otro, y bajo esta máxima – si lo que se añora es lograr una respuesta justa mediante la sentencia- es que los jueces deben fallar.

Para ello es de fundamental trascendencia la cooperación de las partes tanto en lo referente a la información como a la aportación del material probatorio, dado que, si la parte que tenía el mejor acceso y la mayor aptitud para aportar la prueba no lo hace, es inherente a lo expresado que dicha conducta será evaluada por los magistrados.

Nos dice María TEPSICH²⁸⁵ “El justiciable que tiene en su poder la prueba y no la suministra, siempre lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante él es libre de aportarla o no, como es libre o no de comparecer a absolver posiciones, solo que si no lo hace, vinculado como está a la justicia por los ligámenes que constituyen la relación jurídico - procesal, que le crean, como se ha visto, el deber de colaboración, tendrá que soportar las consecuencias desfavorables que se le devenguen.

A modo ejemplificativo, podemos decir concretamente, y en el caso de mala praxis médica, adquiere crucial relevancia y pleno valor probatorio la historia clínica que contiene las ideas directrices de las percepciones del médico, sea diagnóstico, evolución, pronóstico y detalles valorativos del enfermo, dicha trascendente prueba, obviamente se encuentra en posesión del médico, clínica o institución donde el paciente se encuentra internado. **¿Qué sucede cuando tal organismo no quiere brindar ese material? ¿No es de**

²⁸⁵ TEPSICH, María Belén. *Cargas Probatorias Dinámicas*. En *Cargas Probatorias Dinámicas*, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 162.

suponerse, acaso que es porque de ello surge algún elemento en su contra?

Es aquí donde, entonces, adquiere relevancia el deber de colaboración.

Estas reglas de reparto probatorio se encuentran fundadas en el deber de colaboración. El justiciable que tiene en su poder la prueba de los hechos, la fuente de prueba y no la acompaña y la incorpora al proceso, es porque – evidentemente- ella no le favorece y, por lo tanto, deberá soportar las consecuencias desfavorables de su acción u omisión.

De este modo, la actividad y la inactividad de los justiciables (sub especie del genero conducta) contrarias a los deberes de colaboración y de moralidad, sin ser actos de información y sin poder, de consiguiente, dar lugar a una prueba directa (representativa), pueden ser utilizadas como prueba indirecta (indiciaria), o sea, como hechos conocidos de los cuales la verdad, aunque no pueda ser propia y directamente representada, puede ser sin embargo ser argumentada²⁸⁶.

Esto comprende la faz de la valoración de la prueba que el Juez efectúa a fin de lograr la tan deseada certeza, a la luz de las reglas de la sana crítica y tiene su respaldo legislativo Art. 282 del Código Procesal Civil²⁸⁷. La conducta observada por las partes durante la sustentación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones.

En conclusión la conducta de la parte en mejores condiciones de aportar la prueba sirve de fuente de convicción, por lo que el comportamiento de aquel que- cuando con el material probatorio en su poder- no lo suministra puede ser utilizado por el juez como prueba indirecta indiciaria.

²⁸⁶ TEPSICH, María Belén ob. Cit. P. 164.

²⁸⁷ CÓDIGO PROCESAL CIVIL Art. 282 establece. “El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a su conducta que estas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

5. CORRIENTE OPOSITORA.

En contra de estos postulados, se ha levantado una corriente de pensadores que, en esencia, advierten que la doctrina que se analiza no cuenta con reglas claras y precisas en torno a su aplicación; advierten también de la vulneración del derecho a la defensa en juicio; cuestionan el sentido de la denominada “mejor posición” de aportar la prueba; cuestionan además la casuística de la distribución de la carga de la prueba en manos de los jueces, y que según CIANGOLANI Y MAMBELLI (citados por GROIA, 2003), representa un delirio autoritario (dictadura de los jueces), en lugar de advertir en tales iniciativas la inexplicable desesperación por la lentitud o la ineficiencia del sistema judicial, perceptible hasta donde no alcanza nuestra imaginación, pero sin utilizar el fácil atajo de la desprotección de alguno de los justiciables.

GARCÍA GRANDE²⁸⁸, por su parte, fustiga la doctrina señalando que no es nueva, ni es argentina, ni es aplicable; su manifestación más antigua data de 1823 y fue expuesta por el inglés Jeremías BENTHAM²⁸⁹. Con respecto a su inaplicabilidad, afirma el citado autor. *El incumplimiento del onus probandi no puede resolver el juicio, a prima facie, puesto que la carga no conlleva a una sanción ni a un apercibimiento para quien la incumple, sino sólo una desventaja o pérdida de una ventaja futura, por lo que si una carga no acarrea un simple apercibimiento en medio del proceso, sería absurdo que se condene contra el incumplidor al final del mismo y con la sanción máxima: perder el pleito.* Precisa el mismo autor que la carga remite al interés privado, no interesa al ordenamiento jurídico imponer sanción y por tal motivo no puede ser usado por el órgano jurisdiccional como regla decisiva en el litigio.

BENABENTOS²⁹⁰, por su parte, descalifica la doctrina alegando que la misma no sólo encierra un sofisma, sino que también se alza contra el diseño

²⁸⁸ GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Cargas probatorias Dinámicas: Ni Nuevas Ni Argentinas, Ni aplicables*. P. 1. Disponible en: unaula.edu.co/sites/default/.../La%20carga%20dinamica%20probatoria.p

²⁸⁹ BENTHAM, Jeremi. *Tratado de la Pruebas Judiciales* Citado por GARCIA GRANDE, Maximiliano. Ob. Cit. P. 2

²⁹⁰ BENABENTOS, Omar. *Visión Crítica de las Cargas Probatorias Dinámicas*. Disponible: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/benaponencia.htm>. Consulta: 2010. Enero, 12.

constitucional del debido proceso, contradice el estado de inocencia de todo aquél contra quién se pretende en un litigio privarlo de “un bien de la vida” (sea ese bien de la vida, su libertad, su honra o su patrimonio), amén de los poderes que se le confieren a los jueces civiles. Afirma el mismo autor que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sólo puede aplicarse, en todo caso, en el derecho procesal civil y en modo alguno en el derecho procesal penal, ya que a partir del “estado de inocencia” del imputado, esta propuesta deviene directamente inconstitucional (porque se alzan contra el mismo) y, de suyo, no ha tenido ni tendrá cabida.

Juristas como PEYRANO y ACOSTA, VARGAS²⁹¹, han cuestionado enérgicamente la comentada doctrina. BARACAT delata la existencia de dos valores en pugna a propósito de esta doctrina: la justicia y a la seguridad jurídica.

6. MATERIAS A LAS QUE SE PUEDE APLICAR LA DOCTRINA.

La doctrina encuentra perfecta aplicación en todos aquellos casos donde la aportación de pruebas resulte difícil y -más aún- imposible para alguna de las partes proporcionar el material probatorio para acreditar los hechos afirmados. Alcanzar la verdad material en juicio y la justicia no encuentra límites en el derecho, como tampoco tiene justificación en el derecho de dictar sentencias injustas. Así, procede la doctrina tanto en el Derecho Público como en el Derecho Privado; procede en materia constitucional y contencioso administrativa, incluida la funcional y tributaria; a continuación desarrollamos las materias en las que más se aplica:

6.1. En materia de responsabilidad profesional.

La Teoría de las cargas probatorias Dinámicas ha adquirido singular importancia en los procesos en los que se debate la mala praxis profesional. Sucede que, en general, al médico, abogado, ingeniero, etc., por sus mayores conocimientos en la materia sobre la que versa la Litis, pueden demostrar con

²⁹¹ VARGAS, Luis Abraham. “*Cargas Probatorias Dinámicas. Sus Perfiles Actuales y Algunas Respuestas para sus Críticos*”. En *Activismo y garantismo Procesal*. Ediciones de la Academia Nacional de derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Vol. XL, VII Año 2009. P. 51.

más facilidad su obrar correcto, mientras a la parte perjudicada por su actuación profesional, le resulta, regularmente muy dificultosa la prueba de la culpa²⁹².

Ha sido en la responsabilidad médica donde la teoría de la carga dinámica de la prueba ha tenido prontamente amplia receptividad, no solo en Argentina, sino en varios países. No podía ser de otra manera, ya que a fin de alcanzar la consagración del valor justicia y tratando de esclarecer la verdad objetiva los tribunales tuvieron que echar mano a este nuevo enfoque de distribución de esfuerzo probatorio.

Es que en los casos de intervención quirúrgica-donde con mayor frecuencia se exhibe la mala praxis – en múltiples situaciones todo se desarrolla, todo se desenvuelve, dentro del área restringida del quirófano, al que no tiene acceso por razones obvias los allegados al paciente y este - generalmente- se encuentra anestesiado, dormido o en estado de somnolencia, de tal suerte que nadie – salvo los profesionales que lo atienden – están en condiciones más favorables de saber qué es lo que verdaderamente ocurrió en ese ámbito. Este cuadro factico en que se desempeña el galeno es demostrativo de que es este el que se encuentra en mejor disposición probatoria – fáctica y técnica- para acreditar que su actuar lo ha sido conforme lo aconseja la medicina convencional, que la víctima acreditar la inconducta de aquel²⁹³.

En la responsabilidad médica hay una mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias,

²⁹² MIDON, Marcelo Sebastián Ob. Cit. P. 174.

²⁹³ BARACAT, Edgar J. *Estado Actual de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba con Especial Referencia a Antecedentes Jurisprudenciales y a la Materia Juzgada*. En Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 307 – 308.

ya que él posee la prueba, tiene una explicación posible de lo sucedido y la información²⁹⁴.

6.2. En materia de simulación de acto jurídico.

También se halla generalizada esta doctrina en supuestos de simulación, toda vez que en estos casos el perjudicado por una simulación, cuando no participa en el acto jurídico, ignora un sinnúmero de detalles que, por el contrario, si son del conocimiento de los que la efectuaron²⁹⁵.

Nos manifiesta BARACAT²⁹⁶, que en Argentina, últimamente la teoría de la carga probatoria dinámica de la prueba ha tenido una considerable aplicación en los procesos donde se dilucida y resuelve la veracidad de los actos jurídicos atacados por simulación. La experiencia abogadil y la que brida el excelso servicio de la justicia permiten detectar que se trata de una materia – la simulación – donde obviamente no existe abundante material probatorio con relación a como acontecieron en realidad los hechos, sea para probar la falacia del acto, sea para demostrar la veracidad del mismo en contraposición a quien aduce su falsedad o apariencia.

Por ello la jurisprudencia, en aras del principio de justicia y de averiguación de la verdad real, ha echado mano a este criterio, imponiendo ante la carencia o insuficiencia probatoria el peso de la carga en el litigante que en mejores condiciones se encuentre en el caso concreto para aportar la prueba o bien la sinceridad del acto o de la falsedad del mismo²⁹⁷.

²⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. “Teoría general de distribución de la carga probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal- Culzoni, núm. 13, P. 86.

²⁹⁵ LEGGUISAMON, Héctor E. Ob. Cit. P. 119.

²⁹⁶ BARACAT, Edgar J. Ob. Cit. P. 315.

²⁹⁷ BARACAT, Edgar J. Ob. Cit. P. 315

6.3. En materia de derechos del usuario o consumidor.

También en proceso en los que se debate la responsabilidad por presuntos abusos cometidos por las empresas productoras o prestadoras de bienes o servicios (parte contractual considerada dominante), en perjuicio de los derechos de la parte más débil (consumidor), la teoría ha adquirido una profusa aplicación jurisprudencial²⁹⁸ tanto en el extranjero como en el ámbito nacional.

En un caso de telefonía, se enfatizó que corresponde a la parte que en mejores condiciones (empresa telefónica) se encuentra acreditar los extremos facticos controvertidos, siendo esta la empresa prestataria del servicio telefónico, por tener el monopolio de este, el control casi unilateral de la facturación, la posesión de los elementos técnicos necesarios para la medición del servicio utilizado, la posibilidad de cortar el suministro, etc. , mientras que el usuario carece de tales posibilidades, motivo por el cual la relación entre este y concesionaria del servicio configura un contrato de adhesión, razón por la cual no puede pretender la demandada que su contrario sea quien demuestre aspectos técnicos.

6.4. En Materia Contractual.

En materia contractual la carga probatoria dinámica, en el derecho comparado ha sido aplicada, en contrato de locación, Donación, Daño moral de origen contractual, la lesión subjetiva, Mora entre otros.

En el contrato de Locación, desde el punto de vista de la doctrina de la carga probatoria dinámica de la prueba, el locatario está en mejores condiciones de probar el precio de la locación, porque obran en su poder los recibos, de alquileres abonados, documentos emanados del locador, o de quien está facultado por este para emitirlos válidamente.

²⁹⁸ MIDON, Marcelo Sebastián Ob. Cit. P. 179.

En el contrato de donación por ejemplo, si bien la prueba de la ausencia de “razón suficiente” corresponde al impugnante, a la época de la impugnación del acto de donación, pues el deber de colaboración con la justicia para esclarecer debidamente los hechos controvertidos y despejar toda duda sobre la donación cuestionada impone al donatario acreditar que aquel se hallaba en ejercicio de una correcta razón, a la época del otorgamiento del acto, con entidad suficiente para asentir un desprendimiento patrimonial a título gratuito²⁹⁹.

6.5. En Materia Comercial

En esta materia son variados los casos de aplicación de esta teoría, así tenemos en Contrato de seguro, bancos y entidades financieras, Cuenta corriente bancaria, tarjetas de crédito, títulos de crédito, concentración societaria, impugnación de acuerdos societarios etc.

En contrato de seguros, por ejemplo, la aseguradora citada en garantía, está en mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para producir la prueba sobre la existencia o no del contrato de seguro denunciado por la demandada en la exposición civil, teniendo en cuenta que la actora es ajena a dicho contrato, por lo que debe aplicarse en el punto, el principio de las cargas probatorias dinámicas, por lo que al no producir la pericia contable que ofreciera la citada en garantía cabe colegir la existencia y vigencia del seguro³⁰⁰.

6.6. Levantamiento del velo societario por fraude atribuido a los socios, representantes o administradores de personas jurídicas.

Comenta CARBONE³⁰¹ que en la XXVI Jornadas de Derecho Laboral, se puso énfasis en que **la prueba del fraude atribuido a los representantes de**

²⁹⁹ BARACAT, Edgar J. Ob. Cit. P. 300 – 301.

³⁰⁰ BARACAT, Edgar J. Ob. Cit. P. 289.

³⁰¹ CARBONE, Carlos Alberto. Ob. Cit. P. 218.

las sociedades empleadoras no se produce normalmente a través de medios directos sino por vía inferencial y pruebas indirectas y acumuladas; por lo cual denunciada la maniobra fraudulenta, sea que se demande conjuntamente o no a los administradores y/ o directivos sociales , debe acogerse a los medios propuestos con temperamento amplio y sin cortapisas rituales. Promoviéndose, a su turno, que al tiempo de la valoración de la prueba ofrecida deben observarse los principios de la carga probatoria dinámica.

6.7. En materia laboral

En materia laboral la carga de la prueba dinámica ha sido aplicada en, Prueba de la relación laboral, Jornada superior a la legal, reclamo de horas extras, Monto de la remuneración³⁰² Etc. Lo propio ocurre en el **marco de un contrato de trabajo**, nos dice LOPEZ MESA³⁰³ donde las partes no se hallan en un pie de igualdad y al obrero puede **resultarle diabólica la prueba** de determinados extremos que al patrón no le significan esfuerzo alguno.

Por ello se ha dicho que «el hecho de que no se haya probado fehacientemente el horario de trabajo, no hay porqué cargarlo exclusivamente en el trabajador. Modernas doctrinas dan cuenta de la necesidad de considerar que la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producirla. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas consiste en que debe probar los extremos fácticos implicados en la litis, quien se halla en mejor situación para hacerlo, con prescindencia del lugar que éste ocupe en la contienda.

6.8. En Materia de Seguridad Social.

En el ámbito previsional nos dice LOPEZ MESA³⁰⁴ se ha considerado que, sin desmedro de las finalidades específicas del **derecho previsional y de**

³⁰² BARACAT, Edgar. J. Ob. Cit. P. 297-298.

³⁰³ LOPEZ MESA, Marcelo J. *La carga de la Prueba en ciertos casos de Responsabilidad civil* (La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Jurisprudencia Argentina y Española) P. 8 blog.pucp.edu.pe/.../la-carga-de-la-prueba-en-ciertos-casos-de-responsab

³⁰⁴ LOPEZ MESA, Marcelo J Ob. Cit. P. 8.

la **seguridad social** como materia de naturaleza típicamente alimentaria, hacer recaer siempre en el ente administrativo la carga de la prueba implica un criterio netamente mecanicista, incompatible con la doctrina procesal más moderna y actualizada donde no rigen reglas absolutas en materia probatoria, requiriéndose la colaboración de los interesados por aplicación del principio de las **"cargas probatorias dinámicas"**, colocando la carga de la prueba en cabeza de quien está en mejores condiciones para producirla.

7. ADHESIONES DOCTRINARIAS EN EL DERECHO COMPARADO.

7.1. En Argentina.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas ha sido seguida por la más calificada *doctrina procesal*, entre cuyos más destacados exponentes podemos citar –olvidando seguro a algunos de igual talla- a Isidoro Eisner³⁰⁵, Roland Arazi³⁰⁶, Enrique Falcón³⁰⁷, Guadalberto Lucas Sosa³⁰⁸, Osvaldo Gozaíni³⁰⁹, Jorge Kielmanovich³¹⁰, Héctor Leguissamón³¹¹, Mabel de los Santos³¹², Gladis Midón³¹³, Marcelo Sebastián Midón³¹⁴, todos los

³⁰⁵ EISNER, Isidoro; *"Desplazamiento de la carga probatoria"*, L.L. 1994-C-846.

³⁰⁶ ARAZI, Roland; *"La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica"*, 2da. Edición actualizada y aumentada, Editorial La Rocca, Buenos Aires 1998, P. 104 y ss.

³⁰⁷ FALCÓN, Enrique M. *"Tratado de la prueba civil, comercial, laboral, penal y administrativa"*, ed. Astrea, Buenos Aires 2003, Tomo I, P. 269 - 270

³⁰⁸ MORELLO, Augusto; SOSA, Gualberto y BERIZONCE, Roberto, *"Códigos Procesales en los Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación"*, 2ª ed., Buenos Aires, 1991, T. V-A, P. 140.

³⁰⁹ GOZAÍNI, Osvaldo; *"Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso"*, ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe 2004, P. 382 y ss. Ibídem: *"Derecho procesal civil"*, Tomo I, Volumen 2, P. 602. Ibídem: *"La carga de la prueba en la responsabilidad médica"*, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18, ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe 1998, PP. 131 y ss.

³¹⁰ KIELMANOVICH, Jorge; *"Teoría de la prueba y medios probatorios"*, 3ra. edición ampliada y actualizada, ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe 2004, P. 74.

³¹¹ LEGUISSAMÓN, Héctor E. *"La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas"*, reproducido en el libro *"Cargas probatorias dinámicas"*, dirigido por Jorge W: Peyrano y coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinza Culzoni, Santa Fe 2004, P. 109 a 124.

³¹² DE LOS SANTOS, Mabel; *"Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar"*, J.A. 1993-IV-866. Ibídem: "El juez frente a la prueba", J.A. 1996-I-652. Ibídem: *"Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos"*, ponencia presentada en el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Mendoza-2005).

³¹³ MIDÓN, Gladis. Estigarribia de; *"Lecciones de Derecho Procesal Civil"*, ed. Mave, Buenos Aires 1999, P. 356 y ss.

integrantes del Ateneo de Estudio del Proceso Civil que dirige el Dr. Jorge W. Peyrano (Juan Alberto Rambaldo, Carlos Carbone, Daniel F. Acosta, Inés Lépori White, Guillermo Peyrano, Edgar Baracat, Marcos Peyrano, Carolina Eguren, Sergio Barberio, Ivana M. Airasca, María Belén Tepsich, Miryam BalestroFaure, Beatriz Ruzafa, Héctor H. Cárdenas, Carlos Daniel Pastor, Guillermina Cornero, Juan Carlos Alegre, Juan Carlos Vallejos, Juliana Bilesio, Marisa Gasparini, Graciela Di Marco, José Luis Mascali, entre otros)³¹⁵, Juan Manuel Hitters³¹⁶, etc., etc..

También ha sido recibida y aplicada a sus estudios, por los *civilistas* más renombrados de Argentina, entre los que podemos citar a Atilio Alterini³¹⁷, Jorge Mosset Iturraspe³¹⁸, Marcelo López Mesa³¹⁹ etc.

7.2. En Brasil

En este país la regla dinámica probatoria existe tanto normativamente como en su doctrina y en su jurisprudencia. Se ha difundido de manera notable la teoría de marras, pudiendo citarse, entre sus cultores más modernos a los siguientes:

Ada PELLEGRINI GRINOVER, Kazuo WATANABE, Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES y Antonio GIDI, toda vez que éstos son

³¹⁴ MIDÓN, Marcelo Sebastián; en AAVV; *“Tratado de la prueba”*, coordinado por el Marcelo S. Midón, ed. Librería de la Paz, Resistencia (Provincia de Chaco) 2007, PP. 167 y ss. También en su libro *“Derecho Probatorio. Parte General”*, ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2007, passim.

³¹⁵ Pueden consultarse -con mucho provecho- los aportes de todos estos autores en el Libro colectivo: AAVV, *“Cargas probatorias dinámicas”*, dirigido por Jorge W. Peyrano y coordinado por Inés Lépori White, ed. Rubinzal -Culzoni, Santa Fe 2004, passim.

³¹⁶ HITTERS, Juan Manuel; *“Algunas cuestiones procesales y sustanciales que repercuten en los llamados procesos colectivos”*, La Plata 2005, pág. 11, versión on line en www.calp.org.ar/Instituc/Areas/Acad/pjw/colectivos.pdf.

³¹⁷ ALTERINI, Atilio; *“Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual”*, L.L. 1988-B-947 y ss. Especialmente, P. 951.

³¹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge; *“La prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil en el proyecto de 1998 (arts. 1618, 1619 y 1620 del PCC)”*, en Curso de Actualización en Derecho Procesal, Temas de Apoyo, Prueba, ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe 2001, págs. 33 y ss.

³¹⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo, *“La carga de la prueba en ciertos casos de responsabilidad civil (La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española)”*, versión Disponible en: http://www.eft.com.ar/DOCTRINA/articulos/libros-carga_de_la_prueba.htm.

los propulsores³²⁰ y coautores del modernísimo ante proyecto de Código Brasileiro de Processos Colectivos (última versión enero de 2007), que, en su artículo 11 inciso 3º (al igual que lo que sucede en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica), consagra la teoría que nos convoca³²¹.

Antônio Janyr DALL'AGNOL JUNIOR, quien presentó la teoría en los siguientes términos: "A denominada teoría das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por Jorge W. PEYRANO, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida em obras merecer ampla divulgação no meio hispano- Americano³²².

Antonio Danilo MOURA DE AZEVEDO,³²³ que se expresa de esta manera: "Segundo o entendimento clássico, as regras emanadas do artigo sobredito seriam objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. Entretanto, essa visão estática de distribuição do ônus da prova vem sofrendo críticas da doutrina moderna e, felizmente, perdendo forças, visto que essa rigidez muitas vezes dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto. Por exemplo, há situações onde o direito material alegado por uma das partes é de difícil, onerosa ou mesmo impossível demonstração pela mesma. Já para a parte adversa não existem tantos óbices dificultando a produção por ela da prova imprescindível ao deslinde da causa "sub judice".

³²⁰ Como relata Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES en la *exposición de motivos del mencionado Anteproyecto* (Rio de Janeiro, agosto de 2005):

³²¹ Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Semprejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

³²² DALL'AGNOL JUNIOR, Antônio Janyr; "Distribuição dinâmica dos ônus probatórios", en *Revistas Tribunais*, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001. También publicado en *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, N° 280, p. 11, fev.2001

³²³ MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo; "A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro", versión on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

Conclusão, Ante todo o exposton este trabalho, esperase que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova receba proeminente a desão dos estudiosos do direito, mormente dos magistrados. Aquel avisão estática que, aprioristicamente, obrigaao autor provar os fatos constitutivos de seu direito invocado, e, aoréu, os fatos obstativos da pretensão contra ele articulada, semlevar em consideração as condições probatórias de cada parte, nãocondizcom os preceitos da atual sistemática do Processo Civil Brasileiro.

Miguel KFOURI NETO adhiere a la teoria y sintetiza su dinamismo destacando que “as regras que determina a posição da parte litigante - autor ouréu - nos processos, quanto à prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, taisposição es podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico”³²⁴.

Carolina MORAES MIGLIAVACCA, postula también que: “O nosso Código de Processo Civil trabalha com a regra geral prevista no artigo 333, incisos I e II: incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cargas Probatórias Compartilhadas têm significados distintos. O instituto das Cargas³²⁵

7.3. En Uruguay

En Uruguay, participa de su concepción Dante BARRIOS DE ANGELIS³²⁶.Un argumento inicialmente planteado por VESCOVI y recogido por

³²⁴ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 137 apud MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo; “A *teoría dinámica de distribución do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*”, versión on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

³²⁵ MIGLIAVACCA, Carolina Moraes; “Os critérios para a inversão do ônus da prova no processo civil brasileiro”, Disponible en: <http://circulodeanaliseconomicodelderecho.blogspot.com>.

³²⁶ BARRIOS DE ANGELIS, Dante; “Las cargas del demandado civil”, en “VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal”, Montevideo 1995, P. 153.

VAN ROMPAEY³²⁷, se postuló como sede normativa de la tesis la disposición contenida en el art. 139.2 del Código General del Proceso. En base a esta norma –señalan estos autores- la teoría de las cargas probatorias dinámicas operaría como fórmula de corrección de los criterios de distribución de la carga de la prueba, que funcionaría en casos de excepción, atendiendo a las circunstancias del caso.

Esta norma flexibilizaría el criterio general “permitiendo efectuar las correcciones que correspondan a cada caso concreto, habilitando a considerar al menos como presunción simple la conducta de quien teniendo en su poder los medios idóneos de prueba no los produce y alega que la carga corresponde a su contraria”.

Así se indica que cuando haya permanecido incierta una afirmación de los hechos “el Juez debe apreciar (C.G.P., art. 139.2) conforme con las reglas de la sana crítica las omisiones o deficiencias de la prueba”. Para ello deberá acudir como instrumento de apoyo al principio de razonabilidad para determinar quién tenía la carga de probar y quien estaba en mejores condiciones de hacerlo, por ejemplo, el demandado por simulación o el perjudicado por ella, el profesional supuestamente responsable por mala praxis del acto ilícito o la víctima del mismo, etc³²⁸.

7.4. En Colombia.

En Colombia, la teoría ha tenido acogida amplia en la doctrina como en la jurisprudencia. En el ámbito normativo, se recoge la teoría en el artículo 30 de la ley 472 de 1998 intitulada *“Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”* la cual señala en su parte pertinente:

³²⁷ VAN ROMPAEY, Leslie. *La Teoría de Las cargas Probatorias Dinámicas en el derecho procesal Uruguayo* P. 450. Citado por GABRIEL VALENTIN. En [egacal.e-educativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf](http://egacal.edu.uy/egacal.e-educativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf)

³²⁸ VALENTIN Gabriel. Ob. Cit. P. 728

Desde la vertiente del análisis económico del Derecho, ha sido Juan TRUJILLO CABRERA³²⁹ quien con mayor detenimiento se ha ocupado de la teoría.

En otro de sus trabajos, el autor citado explica que “Un claro ejemplo de la flexibilización de las reglas jurídicas por parte de los jueces, en aras de minimizar los costos de transacción del Derecho, es la aplicación elástica de la carga de la prueba. TRUJILLO CABRERA. En términos simplificados la aplicación de *la carga dinámica de la prueba* se justifica cuando los costos de producción probatoria son menores para una de las partes en relación con la otra, ya sea por razones de disponibilidad o posesión del medio, por facilidades técnicas, capacidad económica o cualquier otro motivo. Entonces, al emplear la *regla de juicio*, el juez se encuentra obligado a aplicar las reglas convencionales y estáticas del *onus probando*. Sin embargo, una vez aplicada en abstracto la regla, el juez puede concluir que por la ausencia de prueba debe responsabilizarse no a quien apriorísticamente le asistía ese deber, sino a la parte que contando con todas las facilidades de su producción (frente a las ostensibles desventajas o incluso imposibilidad de la otra) omitió allegarla, lo cual hubiese permitido la eficiencia económica en la búsqueda de la verdad material en el proceso”³³⁰.

A su vez, la doctrina aludida ha tenido fértil aplicación en el campo de la responsabilidad profesional de los médicos y, también, en el de la responsabilidad de las entidades oficiales y privadas del servicio de salud, procesos de pérdida de dominio.

Así, por ejemplo, Allier HERNÁNDEZ ENRIQUEZ³³¹, luego de recordar que el ordenamiento ritual civil de Colombia solo contiene reglas rígidas de

³²⁹ TRUJILLO CABRERA, Juan; “*La carga dinámica de la prueba*”, Ed. Leyer, 2007. *passim*.

³³⁰ TRUJILLO CABRERA, Juan; “*Aproximación al Análisis Económico del Derecho de algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano*”, Artículo integrante de la investigación denominada “*Los principios constitucionales a la luz del Análisis Económico del derecho*”, dentro del grupo de investigación “*Derecho y Economía*” de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido por Conciencias

³³¹ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “*Responsabilidad de las Entidades Oficiales Prestadoras del Servicio de Salud en la Jurisprudencia del Consejo de Estado*”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, P. 35.

distribución de la carga de la prueba, sostiene que “Que, sin embargo, excepcionalmente, cuando la aplicación estricta de esta disposición procesal resulta incompatible con el principio de equidad que emerge del texto constitucional, es posible que el juez – haciendo prevalecer, en el caso concreto, la constitución sobre la ley –, prescinda de la aplicación de ésta para darle paso a la tolerancia de aquélla. Este sería el basamento jurídico que, el derecho colombiano, permitiría acudir al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba. ... El recurso al dinamismo de las cargas exige un mayor esfuerzo del juzgador quien deberá establecer, en cada caso – y en cada uno de los hechos que fundamentan las pretensiones del actor -, cuál de las partes se encuentra en una situación probatoria más favorable”.

Y, en otro trabajo, ALIER³³² que “Ese asunto ha sido replanteado a partir de la Sentencia de 10 de febrero del año 2000, porque el principio de cargas probatorias dinámicas no está consagrado en el derecho procesal colombiano y el artículo 230 de la Constitución Política colombiana, obliga al juez a fundar sus providencias exclusivamente en el imperio de la ley y ésta, en este caso, es el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. De modo que la regla general es que la falla médica debe probarla el actor y excepcionalmente, puede invertirse la carga de la prueba, cuando la aplicación concreta del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede entrar en **conflicto con un principio constitucional, que es el principio de equidad**. En el momento en que entraran en conflicto, la aplicación de la regla legal de la carga de la prueba y la aplicación del principio constitucional de equidad, obviamente por mandato del artículo 4° de la Constitución Política, el juez no tendría alternativa distinta que preferir la aplicación del principio constitucional en relación con el precepto legal”.

En igual sentido, Anna Cristina PITO POLANCO, Elkin Fernando MUÑOZ PACHECO, Juan Andrés LÓPEZ LÓPEZ y Leonardo ARTUNDUAGA NÚÑEZ, sostienen que, en Colombia, “La aplicación del principio de las cargas

³³² HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “*Novedades Jurisprudenciales de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano*”, Gerencia Jurídica Pública, Memorias del 2° Seminario Internacional, Módulo II - La Responsabilidad del Estado y de sus agentes, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005, P. 15.

probatorias dinámicas, no tiene sustento en la legislación procesal, pero sí encuentra fundamentos constitucionales: el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño en el desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falta del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las Entidades Públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para poder exonerarse de responsabilidad; habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no”³³³.

Lo propio hacen Catalina Rosero DÍAZ DEL CASTILLO y Carlos José MANSILLA, en los siguientes términos: “La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales, y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hechos esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien esté en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esta manera el juzgador alcance la certeza requerida para emitir su sentencia. La teoría de la carga dinámica supone la “repartición” de las cargas probatorias entre médico y paciente de acuerdo con las situaciones particulares de cada proceso, y no supone, pues, establece reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos. Observamos entonces como elementos importantes de la teoría de las cargas dinámicas, los siguientes: 1. La carga de la prueba recae sobre quien esté en mejor posición de probar. 2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto. 3. La teoría en sí misma no establece presunciones en contra de las partes”³³⁴.Y, finalmente, también podemos computar la voz de Harold ARISTIZÁBAL MARÍN en el trabajo que se cita en nota al pie³³⁵.

³³³ PITO POLANCO, Anna Cristina; MUÑOZ PACHECO, Elkin Fernando; LÓPEZ LÓPEZ, Juan Andrés y ARTUNDUAGA NÚÑEZ, Leonardo; “Evolución histórica de la jurisprudencia colombiana. La culpa como atribución de responsabilidad médica. Período 1940-2003”, en Revista Ventana Investigativa.

³³⁴ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quién corresponde probarla?”, En Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004.

³³⁵ ARISTIZÁBAL MARÍN, Harold; “El << oblitto quirúrgico>> y la responsabilidad del equipo quirúrgico”, espigado en Revista Médico Legal, Volumen III, N° 2, Julio-Diciembre de 1997.

7.5. En México

En México, la doctrina es bien conocida. Y, así por ejemplo se ha alude a "... lo que en derecho procesal se conoce como la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*. Resulta que había, por ejemplo, una mamá, que en representación de un hijo menor, cuyo padre se había desentendido de su suerte y era completamente renuente para otorgarle la pensión alimenticia a la que el menor tenía derecho, reclama ante la justicia. La justicia de menores se encuentra con que no hay una manera suficientemente eficaz de probar cuánto gana el padre. Pero entonces tiene algunas inferencias, algunos elementos más o menos vagos, acerca de cierto *standard* de vida del padre que obtiene ingresos que no son fácilmente verificables y que no hay manera de determinar con precisión. Y entonces termina diciendo que, en atención a los derechos en juego y la preeminencia que el derecho del menor tiene, dado que hay una imposibilidad práctica de que se produzca una prueba fehaciente por parte de la demandante, quien tuvo la representación de su hijo, es el padre el que tiene la obligación de proveer elementos de prueba acerca de lo que gana. Y entonces, esa teoría llamada de las cargas probatorias dinámicas, porque supone que, aunque la carga de probar los ingresos la tenía la madre, el único que tenía en sus manos elementos como para aportar suficiente prueba era el padre y, por tanto, había que transferir la carga de la prueba, porque el derecho no puede quedarse en la letra y en la superficie, sino que tiene que penetrar un poco en la sustancia, en los fines que le son inherentes"³³⁶.

7.6. En Perú.

A pesar de la exigua literatura, sobre el tema, las Cargas probatorias dinámicas han generado en la doctrina peruana dos posiciones antagónicas respecto a su aplicación:

³³⁶ MARTÍNEZ VILLALBA, Luis J.; "*Deberes y Obligaciones en relación a la salud*", su exposición en el IX Curso Taller OPS/OMS/CIESS Legislación en Salud, Marco Regulatorio del Acceso a la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2 al 6 de septiembre de 2002, México. D.F. México

La primera que refiere al ***imponer las cargas probatorias dinámicas se asume un rol inquisitivo***: Aplicar la carga dinámica en el proceso civil peruano sería ilegal e inconstitucional. Enrique PALACIOS PAREJA ³³⁷, defiende esta posición al señalar que las reglas contenidas en los artículos 196 y 200 del código procesal civil, al aplicarse las cargas probatorias dinámicas, han sido claramente trasgredido. Estos artículos exigen, respectivamente, que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configura su pretensión y que si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada. Estas Normas procesales, que como tales son de carácter imperativo al no existir regulación permisiva en contrario conforme lo señala el Art. IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil, se sustentan en la presunción de inocencia prevista en el Art. 2, inciso 24 de la Constitución, que reconoce esta presunción como un derecho fundamental de la persona. Esta presunción de inocencia no es privativa del proceso penal, sino que se extiende a todo tipo de proceso o procedimiento, donde se debe presumir que el sujeto emplazado es inocente de los cargos y responsabilidades que se le imputan, mientras la parte accionante no acredite lo contrario.

La segunda, la ***dinamización de la carga de la prueba, es una técnica que responde a los derechos fundamentales a la tutela adecuada, paridad de armas y derecho a la prueba*** ³³⁸; ***interpretado de acuerdo a la constitución el Art. 196 del Código Procesal civil posee una excepción implícita***; es decir, a la necesidad de que : i) el proceso se estructure a partir del derecho material para tutelarlos de la mejor manera posible; ii) que las partes posean posiciones procesales equilibradas a lo largo de todo el proceso; iii) que el proceso se estructure de forma a orientarse a la búsqueda de la verdad, todo ello frente al riesgo que las partes se encuentren ante la imposibilidad de probar sus alegaciones de hecho que realicen en los actos postulatorios.

³³⁷ PALACIOS PAREJA, Enrique, *Al Imponer Las Cargas Probatorias dinámicas la Sala Suprema Asume un Rol Inquisitivo*. En gaceta Civil y procesal Civil. Tomo N° 04. Octubre 2013. P. 182.

³³⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto y MITIDIERO, Daniel. *Curso de Proceso Civil*. Vol. 2. Processo de Conhecimento, Atlas Sao Paulo, 2011. P. 84 y ss.

De ahí que sea necesario que la dinamización constituya una herramienta al alcance de los jueces. Se trata inclusive, de una exigencia que proviene directamente de la constitución, por lo que la prescripción del Art. 196 del Código Procesal Civil, interpretado de acuerdo a la norma fundamental, posee una excepción implícita.

Entre los que se adhieren a esta posición esta HURTADO REYES³³⁹, quien manifiesta que es viable aplicar la carga probatoria dinámica, siempre que se tomen en cuenta los siguientes criterios: i) que se aplique en casos de prueba difícil, por lo cual, su uso es excepcional; ii) que su uso en el proceso no afecte los derechos fundamentales de naturaleza procesal, concretamente el debido proceso, derecho de defensa, contradictorio, tutela judicial efectiva, derecho a la prueba iii) por lo cual las partes deben saber con anticipación no en el momento de la sentencia, que se aplicara para resolver el caso la carga probatoria dinámica; iv) que se tenga por finalidad, que se busque con ella, lograr saber la verdad de los hechos, generando así una decisión justa, se sustenta en valores y principios que buscan la justicia , evitando con ella , que se salga con la suya quien teniendo las posibilidades fáctica o jurídicas para probar y no lo hizo.

Citamos un interesante trabajo de Daniel LINARES AVILEZ³⁴⁰ en el cual se sostiene que “es natural que las partes actúen estratégicamente dentro del proceso para disimular sus falencias y acrecentar sus fortalezas a fin de convencer al Juzgador sobre sus pretensiones. Una de las piezas claves con las que juegan este ajedrez es la prueba, el litigante sagaz dentro de su estrategia tendrá presente además de sus fortalezas y debilidades las de su contraparte, y dentro del esquema que plantee tratará de debilitar las fortalezas del contrario y explotar sus falencias, siendo muy importante dentro de este esquema la evaluación de los medios probatorios que serán ofrecidos y establecer a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de propiciar escenarios favorables a sus intereses. En tal sentido, es importante que

³³⁹ HURTADO REYES, Martín. *Comentario sobre la Carga Probatoria Dinámica*. En gaceta Civil y procesal Civil. Tomo N° 04. Octubre 2013. P. 178.

³⁴⁰ LINARES AVILEZ, Daniel; “*Reflexiones sobre la prueba dinámica*”, disponible [en www.estudiolinares.com](http://enwww.estudiolinares.com)

nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo mi opinión al respecto que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al Juez en materia probatoria, **sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria...** Con la aplicación de estos principios, el Juzgador si bien inicialmente deberá tomar en consideración la regla que estable que quien afirma los hechos debe probarlos, al momento de sentenciar *podría invertir la carga probatoria si la parte que tiene facilidad o disponibilidad de los medios o fuentes de prueba no colabora con el proceso u obstaculiza el acceso a los mismos*. [...] Tal como hemos mencionado anteriormente, la regla general impuesta en nuestro ordenamiento procesal civil -ver artículo 196- es que “quien alega los hechos debe probarlos”, **criterio distributivo que se sustenta en el principio que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en el ejercicio de su derecho de defensa**. Son excepción a esta regla las normas que expresamente determinan quien tiene la carga de la prueba en casos específicos, las que podemos encontrar en abundancia dentro de nuestro ordenamiento civil, ya sea que revisemos temas de derecho familiar, de derecho contractual o cualquier otro. Sin embargo, sea en el caso de la *regla general* o las *normas específicas* distributivas de la carga de la prueba, *su aplicación sin tomar en consideración las circunstancias particulares que pueden darse en algunos procesos puede conllevar a que la parte gravada con la carga de la prueba no obtenga tutela jurisdiccional efectiva, pues la disponibilidad o facilidad del medio probatorio está en manos de la contra parte*, casos como estos no son aislados y merecen especial atención de los juzgadores”.

También adhiere al ideario, Reynaldo BUSTAMANTE ALARCÓN³⁴¹, quien, al comentar el principio de colaboración en materia probatoria, explica

³⁴¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo; Ob. Cit. P. 277

que “Efectivamente, el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante, es decir, la paternidad del demandado. Este para destruir o anticiparse a tal presunción, tendría que probar lo contrario, con lo cual la carga de la prueba no solo estaría en manos de quien se encuentra *en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho*, sino en una persona que no quiso *colaborar* en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad del proceso”.

Asimismo Luis VARGAS RUIZ³⁴², manifiesta que el acogimiento del concepto de la prueba dinámica construido a partir de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, como una excepción al rígido esquema de distribución probatorio establecido por el artículo 196 del Código Procesal Civil, tiene un claro sustento constitucional en el imperativo de remover un irrazonable límite respecto del derecho fundamental a probar de la parte sometida a una situación de prueba diabólica o inaccesible, determinada ya sea por el actuar obstruccionista de su contraparte o, porque simplemente los hechos que configuran su pretensión son de tal naturaleza que su acreditación es objetivamente difícil. Por lo tanto someterlo al Art. 196 al principio de Proporcionalidad se eliminaría el irracional límite del derecho a la prueba de quien está imposibilitado de arrimar las pruebas al proceso.

7.7. En España.

En España, como se sabe, la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) consagra de manera sistemática toda la materia relativa a la distribución de la carga de la prueba en su artículo 217.

En particular, luego de establecer las tradicionales reglas de adjudicación del riesgo de inexistencia de prueba en los incisos 2 y 3 de la

³⁴² VARGAS RUIZ, Luis. Ob. Cit. P.88

norma, en su inciso 7³⁴³ dispone que “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo *el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

O sea, consagra la *flexibilización* de las pautas rígidas de distribución de la carga de la prueba a través de los criterios de “facilidad y disponibilidad” probatoria. Sin embargo, *como luego veremos en detalle*, la norma no hizo más que recoger *la pacífica tendencia jurisprudencial de los Tribunales Supremo y también el Constitucional de España*, al que ya desde hacía años adhería también la doctrina especializada.

Actualmente, señala Abraham Luis VARGAS³⁴⁴, entre los autores españoles que avalan esta solución jurisprudencial y legislativa, podemos citar a: Eugenio LLAMAS POMBO³⁴⁵, Juan MONTERO AROCA, Susana PAZOS MÉNDEZ³⁴⁶, Ricardo de Ángel YAGÜES³⁴⁷, Javier TÉLLEZ RICO, Julio César GALÁN CORTÉS, Juan Domingo VALLS LLORET, Álvaro LUNA YERGA³⁴⁸, Fernando GÓMEZPOMAR, Carolina SANCHIS CRESPO, Anner URIARTE CODÓN, Juan F. GARNICA MARTIN, Santiago CARRETERO SÁNCHEZ, Silvia BARONA VILAR, etc.

³⁴³ Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE N.º. 71, de 22 de marzo 2007. PP. 12611-12645).

³⁴⁴ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P. 88.

³⁴⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio; “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en “Perfiles de la Responsabilidad civil en el nuevo milenio”, coordinado por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, ed. Dykinson, Madrid 2000, P 313.

³⁴⁶ PAZOS MÉNDEZ, Susana; “Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil”, en Objeto y Carga de la Prueba Civil” dirigido por Abel Lluch, Xavier. y Picó Junoy, Joan, Editorial. Bosch, Barcelona 2007.

³⁴⁷ ÁNGEL YAGÜES, Ricardo de; “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm

³⁴⁸ LUNA YERGA, Álvaro, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, Working Paper N.º 165, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com.

8. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO

8.1. En países de Latinoamérica

a) En Argentina

En este país es donde encontramos una frondosa jurisprudencia en diferentes materias con trascendentes fallos que ha consagrado la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Ello así, a los fines propuestos, cabe señalar los siguientes hitos jurisprudenciales recopilados por Abraham Luis VARGAS³⁴⁹:

CASO: (“PERÓN, JUAN D.”), en una causa penal (21. 6. 1957) La Corte señaló que “no existen reglas que prescriban de una manera absoluta o, siquiera terminante, el régimen concerniente al **onus probandi**, ninguno de los aforismos tradicionales – ejemplo. *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, o *necessitas probandi incumbit ei qui agit*, etc.– y ninguna de las construcciones de la doctrina tienen otro valor que el de meras indicaciones generales, que no excluyen en cada tipo de relaciones jurídicas un examen y, a veces, una legislación particular. Los códigos de fondo y las leyes de procedimientos no se atienen exclusivamente a aquellos aforismos y doctrinas, sino que reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes. Son estos elementos determinantes los que en materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, imponen, precisamente, la necesidad de que sea el funcionario quien tenga a su cargo la prueba de la legitimidad de los acrecentamientos de su patrimonio, y no el Estado la prueba de la ilegitimidad.... No puede hablarse aquí, en rigor de una inversión de la prueba, apreciación que sólo sería exacta comparando este régimen con el que rige en materias muy diferentes, lo que no es juicioso ni legítimo. Son las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas –que toda legislación seria debe respetar en primer término– las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento, no el Estado la de la ilegitimidad: es aquél el que está en mejores condiciones para suministrar

³⁴⁹ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. PP. 89-92.

esa prueba, en tanto que para éste existiría, sino una imposibilidad, una grave dificultad evidente”.

Luego, la doctrina reaparece en la década del noventa, y la integración del Magno Tribunal la aplica en los siguientes precedentes:

CASO: “Caso Palma, Sergio Víctor c/ Banco Central de la República Argentina” (10/10/1996) “A los fines del funcionamiento de la garantía del art. 56 de la ley 21.526, la carga de la prueba debe recaer sobre ambas partes, *doctrina de la prueba dinámica* que establece que quien está en mejor condición de probar debe contribuir a establecer la verdad objetiva más allá de lo dispuesto por el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 319 Folio: 2129)

CASO: “Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y Oros” (21/08/1997) “En la mayoría de los casos de responsabilidad médica se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, por lo que cobra fundamental importancia el concepto de la *"carga dinámica de la prueba"* que la hace recaer en quien se halla en mejor condición de aportarla (Disidencia del doctor Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 1811)

CASO: “Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario” (10/12/1997) “En el tema de mala praxis médica debe acatarse - en principio - el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actore*, así como que le son aplicables las normas de la culpa subjetiva, no obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de *"la carga dinámica de la prueba"* o *"prueba compartida"* que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)” (Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715).

CASO: “Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios” (02/04/1998) “Al margen de la prueba que incumbe aportar al actor, y teniendo en cuenta que está en mejores y

mayores condiciones profesionales, técnicas y fácticas de hacerlo, también el órgano de prensa debe "solidariamente" rendir la prueba de signo contrario que haga a su descargo, sistema denominado "*prueba dinámica*", o "*carga de prueba compartida*" (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)" (Fallos, Tomo: 321 Folio: 667)

CASO: "Perkins, María Elizabeth Banbury y otro c/ Maternidad Suizo Argentina S.A. y Otros" (21/12/2000) "Si bien en el tema de mala praxis médica debe acatarse -en principio- el antiguo aforismo procesal *onus probando incumbit actore*, así como son aplicables las normas de la culpa subjetiva, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones de muy difícil comprobación para el damnificado, cobra fundamental importancia el concepto de la "*carga dinámica de la prueba*" o "*prueba compartida*", que hace que colabore, también, quien se halla en mejor situación de aportar elementos demostrativos tendientes a obtener la verdad objetiva (Disidencia del Dr. Adolfo Roberto Vázquez)" (Fallos, Tomo:323:4180).

De todos ellos, el que se hizo más famoso fue "PINHEIRO"³⁵⁰, resolución en la cual, el cimero Tribunal señaló, entre otras cosas: "Que, asimismo, la alzada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de *las cargas probatorias* por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que *la desaparición de esas pruebas -cuya custodia incumbía al nosocomio demandado- no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlínico demandado*" (considerando 7mo. que suscriben los Jueces Eduardo Moliné O' Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Guillermo A. F. López y Gustavo A. Bossert).

³⁵⁰ Comentada por ENDERLE, Guillermo. "*Funcionalidad de la carga de la prueba*" En Jurisprudencia de entre Ríos, Tomo 88. P. 88. Citada por VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.91

b) En Brasil

Como relata Artur CARPES³⁵¹, en los Tribunales del Estado de Rio Grande do Sul, la doctrina es conocida y aplicada. Así, dice “Exemplos podem ser encontrados:

Caso : na Apelação Cível Nº 70010636504, de relatoria da Des. Isabel de Borba Lucas, julgada em 19.05.2005, onde restou consignado que “conforme a *teoria da carga probatória dinâmica*, há de se atribuir o ônus da prova àquele que se encontre no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-la a o destinatário da prova. Sabidamente.”; grande número de consumidores sequer recebe cópia do contrato, quando muito sabe da sua existência”.

Caso: na Apelação Cível Nº 70006513477, julgada em 15.12.2004. Relatoria do Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, decisão na qual restou consignado que “(...) não se poderia exigir da autora que provas a inexistência da relação jurídica, pois trata-se de prova negativa, conhecida também como prova impossível ou prova diabólica. É caso de aplicação, aliás, do princípio da carga dinâmica da prova, o qual informa que o ônus da prova cabe à parte que em melhores condições tem de produzi-la. (...)”

Caso e na Apelação Cível Nº 70006922504. Relatoria do Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, julgada em 13.04.2004, onde restou determinado que “Independentemente da inversão do ônus da prova, pelo princípio da carga dinâmica da prova, incumbe ao fornecedor o ‘... ônus de produzir a prova que depender dos documentos mantidos em seus arquivos, referentes aos contratos que celebra”.

A su turno, conforme la prolija investigación de Antônio Danilo MOURA DE AZEVEDO³⁵², “la *moderna teoría* aquí defendida está ganando cuerpo en la doctrina especializada y receptividad en nuestros Tribunales, tanto que la

³⁵¹ CARPES, Artur; “A *distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo*”, en Revista de Direito Processual Civil Nº 39, Curitiba, Año XI, janeiro-junho 2006, P. 14.

³⁵² MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo; “A *teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro*”, versión on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.

discusión de su aplicación ya llegó a las más Altas Cortes de juzgamiento del país” y cita a varios pronunciamientos:

c) En Colombia

En Colombia, se ha producido una interesante evolución jurisprudencial relativa a la responsabilidad de las entidades prestadoras del servicio de salud.

En efecto, el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de aquel país, establece que “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

Ello así, hasta el año 1992 se consideró jurisprudencialmente que la persona que alegaba “haber sufrido un daño con ocasión de la actuación irregular del Estado en la prestación del servicio médico, debía demostrar los supuestos de hecho que apoyaban su pretensión, teniendo de esta manera el criterio de la *falla probada del servicio*. Cuando el actor no probaba la falla de la entidad, ésta era exonerada de los cargos, y se negaban las pretensiones del paciente y/o su familia”³⁵³.

Este criterio se traducía en que para obtener una declaración de responsabilidad del Estado por *la falla en el servicio prestado* por una entidad de salud pública, el demandante tenía la carga de probar todos los elementos para estructurar la responsabilidad de la Nación: “a) Que el servicio no funcionó o funcionó tardío o irregularmente porque no se prestó dentro de las mejores condiciones que permitía la organización misma del servicio (su infraestructura) en razón de las dolencias tratadas, no sólo en cuanto a equipo, sino en cuanto a personal médico y paramédico; b) Que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a

³⁵³ DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “*Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quién corresponde probarla?*”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004, **Citado** por VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.100

cuyo cargo estaba el servicio; y c) Que entre aquélla y éste existió una relación de causalidad”³⁵⁴.

Es que, en esa época, el Consejo de Estado estimaba que, por regla general, las obligaciones que adquirirían las entidades de salud de carácter oficial frente a sus pacientes, eran obligaciones de medios, dado que la vinculación era contractual.

Sin embargo, a partir de la sentencia de 1990321 y, fundamentalmente, mediante otra del 30.6.1992322 que se considera fundamental en la evolución del tema en aquel país, el Consejo de Estado comienza a aplicar la noción de *falla presunta del servicio*, con la consiguiente *inversión jurisprudencial de la carga de la prueba*, de tal suerte que ahora, en los procesos de responsabilidad contra el Estado por los daños ocasionados por sus funcionarios en el ejercicio de la actividad médica oficial, era éste el que debía probar que “*dicho servicio fue prestado debidamente*” para poder exonerarse de responsabilidad.

Como relata Alier HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ³⁵⁵, en dicha sentencia - con ponencia del entonces consejero Daniel Suárez Hernández -, el Consejo, luego de recordar que la prueba de la falla es, en principio, una carga del actor, “*en las intervenciones médicas – sobre todo las quirúrgicas-, su cumplimiento es difícil sino imposible, por lo cual propone que sean los especialistas, que están en mejores condiciones de un conocimiento técnico y real, quienes satisfagan las inquietudes que surjan en contra de tales procedimientos*, evento en el cual, de probarse la ausencia de falla, la entidad quedaría exonerada de responsabilidad”; de lo cual, puede inferirse que esta tesis tiene por fundamento “*la facilidad probatoria de las partes, es decir, la aplicación del principio que se conoce como de las cargas dinámicas de la prueba*.”

³⁵⁴ PELÁEZ GARCÍA, Mateo, en “*Responsabilidad Civil y del Estado*”, Revista del Instituto Antioqueño de responsabilidad Civil y del Estado, No. 14, Julio de 2003, pp 90; Citado por DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José; “*Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quién corresponde probarla?*”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004. **Citado a su vez** por VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.100

³⁵⁵ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier; “*Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado*”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, p. 33 .citado por VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.102

Caso: sentencia de 1990: “La prueba de la falla del servicio de la entidad pública se estimó, sin reparos, como carga del actor hasta 1990. La sentencia de 24 de octubre de ese año, proferida por la sección tercera del Consejo de Estado, puso, por primera vez, en cuestión el asunto pues, si bien, en el caso concreto, se encontró probada la falla y se reiteró que la médica es una obligación de medios, expresó también que, en estos casos, se debía acudir a la aplicación del artículo 1604 del C. C.9 , en el inciso tercero, que rige – se dijo-, por igual tanto para la responsabilidad contractual como para la extracontractual; de todo ello concluyó como no cierto que el artículo 2341 del C. C. deje la prueba de la falla a cargo del actor, pues, en todos los casos, es el deudor (es decir, en nuestro caso, el Estado) quien está al tanto de la forma en que ocurrieron las cosas y, por lo mismo, de la manera en que se presentó el incumplimiento y, por consiguiente, quien tiene mayor facilidad para aportar la prueba de la diligencia que estaba obligado a observar. Esta regla – dijo – es aplicable en las obligaciones de dar y hacer, porque en las obligaciones de no hacer hay una negación indefinida y la carga de la prueba será del actor”³⁵⁶.

Caso: sentencia del 10 de febrero de 2000: El Magistrado Ponente Dr. Alíer HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, sentenció: “En relación con esta posición, reiterada por la jurisprudencia de esta Sala a partir de la expedición del fallo citado (se refiere al del 30 de julio de 1992), se considera necesario precisar que, si bien tiene origen en el llamado principio de las cargas probatorias dinámicas -cuya aplicación, aunque no tiene sustento en nuestra legislación procesal, puede decirse que encuentra asidero suficiente en las normas constitucionales que relevan el principio de equidad- ha resultado planteada en términos tan definitivos que se ha puesto en peligro su propio fundamento. En efecto, el planteamiento ha llevado a aplicar, en todos los casos de daño causado en desarrollo de la prestación del servicio médico asistencial, la teoría de la falla del servicio presunta, exigiéndosele siempre a las entidades públicas demandadas la prueba de que dicho servicio fue prestado debidamente, para

³⁵⁶ HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alíer; “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002, p. 33.citado por VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.100

poder exonerarse de responsabilidad. Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si éstas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio. Así las cosas, la tarea del juzgador resulta más ardua y exigente, pues es él quien debe establecer, en cada caso, cuál de las partes se encuentra en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión”³⁵⁷.

d) En Venezuela

No obstante que en dicho país aún no tiene consagración legal, los Tribunales de la República Bolivariana de Venezuela, *aplican cotidianamente* la teoría de las cargas probatorias dinámicas conforme constatamos *en innumerables pronunciamientos*, algunos de los cuales se citan en nota al pie.

En la República Bolivariana de Venezuela, si bien los tribunales no han acercado la temática de la carga de la prueba en juicios de responsabilidad civil por mala praxis médica a nuevos conceptos, a nuevas orientaciones, en fin, a nuevos horizontes, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas sí ha estado presente en diferentes materias, incluso en el contencioso funcional y contencioso tributario que muchas.

Caso: *Gil Mendoza contra Municipio Iribarren del Estado Lara, en juicio de nulidad de acto jubilatorio, sentencia 06.10.2003.* El Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro

³⁵⁷VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P.103

Occidental dictó decisión cuya pretensión consistió en solicitar recalcuro del referido beneficio, sobre la base de un salario mayor y por el promedio de los últimos cuatro (4) años. La causa se abrió a pruebas, quedando cuestionada la base salarial para el cálculo de la jubilación. Asentó el fallo, que correspondía a la Administración la prueba de la misma, sobre la base de la teoría dinámica de las cargas probatorias, respecto de la cual el juzgador realizó extenso análisis³⁵⁸.

Caso: *Justa Santeliz contra Ministerio de Educación Superior, en juicio de cobro de diferencia de prestaciones sociales de funcionario público. Sentencia 06.09.2004.* Igualmente, el mismo tribunal, aseveró que a la República Bolivariana de Venezuela correspondía probar cómo se pagaba la antigüedad antes del V Contrato Colectivo de Trabajo FAPICUV-ME, años 1994-1995, ya que lo aportado no demuestra la forma de hacer el cálculo, que por formar parte de la contabilidad fiscal del Estado y por su condición de tal, estaba en mejores condiciones de acercar dicha prueba al proceso, por lo que esta reticencia probatoria lo perjudicaba sobre la base de que la República se encuentra en condición de superioridad técnica, o de mejor aptitud probatoria para acreditar en la Litis el hecho discutido y, al no hacerlo se genera “el traslado de la carga probatoria hacia quién se halla en mejores condiciones de probar”³⁵⁹.

Caso: *Promotora Plaza Los Robles, C.A., sentencia interlocutoria. 04.07.2007.* De las muchas que demuestran la factibilidad de la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el país, el Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; Promotora Plaza Los Robles, C.A., contribuyente que interpuso recurso contencioso tributario contra planillas de liquidación emitidas por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, SENIAT. En el juicio, la representación del Fisco Nacional hizo formal oposición a la admisión de la acción interpuesta solicitando la inadmisibilidad del recurso, en razón de la ausencia de decisión expresa o

³⁵⁸ COLINA RAMOS, Julio Ob. Cit. P. 87.

³⁵⁹ Ibídem. P. 88.

tácita del Recurso Jerárquico primariamente interpuesto, toda vez que no constaba en el expediente judicial el auto de admisión de dicho recurso administrativo, por extemporáneo.

En la sentencia, afirmó el tribunal, que en el marco del proceso tributario, dada la vigencia de la presunción de veracidad y legitimidad de los actos administrativos, el *onus probando* recae, en principio, sobre el accionante (*actori incumbit probatio*), regla ésta que no reviste carácter absoluto, pues en virtud de la naturaleza del hecho alegado se admiten ciertas excepciones, en las cuales es a la Administración Tributaria a quien corresponde probar³⁶⁰.

e) En Uruguay

En dicho país, encontramos varios precedentes jurisprudenciales³⁶¹ que aplican la doctrina de marras, de entre los cuales podemos citar el siguiente pasaje: "Refiriendo a la carga de explicar cómo sucedieron los hechos, enseña GAMARRA, que: "... las cuestiones de carácter técnico escapan al conocimiento del paciente ...", lo que emparenta con *la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, según la cual le incumbe a quien, por las circunstancias del caso se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva, en el caso la asistencial, aportando elementos convictivos de que se obró con diligencia, prudencia, pleno conocimiento del acto médico, en suma, sin culpa (Responsabilidad Médica I pág. 134-150)"³⁶².

³⁶⁰ COLINA RAMOS, Julio Ob. Cit. P. 88

³⁶¹ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2to. Turno, Sentencia Nº 71, Montevideo, 28.4.2004, in re "ALVARO BEBANZ C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS y OTRO" (F. 5.198.2003), Ministros Dres. Mariela Sassón, Tabaré Sosa Aguirre y Jorge Omar Chediak González. Disponible en: <http://www.elderechodigital.com.uy/smu/juris/smu0066.html>

³⁶² Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, Sentencia Nº 71, Montevideo, 26.4.2000, in re "EGC/ ESTADO (BPS), MUTUALISTA CCA - COBRO DE PESOS" - Ficha Nº 6/1999, Ministros Dres. Jorge T. Larrieux, Juan P. Tobía Fernández y Eduardo J. Turell. Disponible en : <http://ar.geocities.com/ggarcialemes/tac4.71.26.4.00.html>.

8.2. En países de Europa.

a) En España

En definitiva el Tribunal Supremo ha seguido la tendencia de facilidad y disponibilidad probatoria en reiterada jurisprudencia, por lo que citamos las siguientes:

Caso: sentencia del Tribunal Supremo del 20.10.1998. “La moderna doctrina jurisprudencial *viene matizando el principio del onus probando* que sanciona el artículo 1214 del Código Civil en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue; y aun cuando no cabe admitir en todos los casos que los hechos negativos no puedan ser probados, pues pueden serlo por hechos positivos contrarios, *aquella norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles*, sino que se deberá *adaptar a cada caso*, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y *la disponibilidad o facilidad* para probar que tenga cada parte”³⁶³.

O, la tendencia que indicaba que la apreciación de la prueba debe hacerse “*según criterios flexibles* y no tasados, que se deben *adaptar a cada caso* según la *naturaleza de los hechos* afirmados o negados”.

En síntesis, la doctrina del Tribunal Supremo alude a la “*relatividad*” del principio procesal *incumbit probatio ei qui dicit, non quí negat*, y la coordina con la que proclama la necesidad de tener en consideración la “*disponibilidad*” o “*facilidad*” de una determinada prueba a cargo de una de las partes”³⁶⁴.

Caso: sentencia del Tribunal Supremo del 08.03.1991. “si bien es cierta la vigencia de la conocida regla ‘*Incumbit probatio...*’, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizándola moderna doctrina el alcance del

³⁶³ VALLS LLORET, Juan Domingo; “*La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal*”, versión disponible on line en: <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

³⁶⁴ VALLS LLORET, Juan Domingo; “*La responsabilidad civil por negligencia médica. Su acreditación procesal*”, versión Disponible on line en: <http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>.

principio del 'onus probandi' en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue y que no puede admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, pues pueden serlo por los hechos positivos contrarios, y si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos, extintivos u obstativos al efecto jurídico reclamado por el actor, tendrán que probarlos -SSTS 23.9.86, RAJ 4782, y 13.12.89, RAJ 8828-,y, finalmente, que la norma distributiva de la carga de la prueba no responde a unos principios inflexibles, sino que se deben adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la **disponibilidad o facilidad** para probar que tenga cada parte”.³⁶⁵

b) En Alemania.

Repasar el concepto de carga dinámica de la prueba en el derecho procesal Alemán (**beweisumkehr**) nos da una gráfica idea de su norte: **Beweis**: prueba, **Unkehr**: Transito en sentido contrario o cambiante.

Desde siempre fue conocida la carga probatoria dinámica en Alemania. La carga dinámica implica relegar lo que normalmente la norma impone respecto de quien debe hacerse cargo de sus alegaciones:

Los casos contemplados por la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia alemán (BGH) según **CARBONE**³⁶⁶ citando a **PRUTTING** son: Responsabilidad medica en casos de culpa gravísima; Responsabilidad en materia de consumidores: la del productor empresa en la misma, que carga de la prueba en determinada parte; Responsabilidad en materia de consumidores: la del productor empresario (**produzenthftung**) en un juego simultaneo de los & 826, 823 , BGB y de la Ley de responsabilidad por productos

³⁶⁵ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de; “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm.

³⁶⁶ PRUTTING, Hanns. *Problemas de la Prueba en los procesos por Responsabilidad Medica*. Festschrift 150 Jahre LandgerichtsSaarbrücken 1985, citado por CARBONE, Carlos Alberto. Ob. Cit. P. 210.

elaborados (***produzenthaftungsgesetz***); Deber de aclaración y comunicación en los negocios jurídicos; AGBG casos de condiciones generales de contratación; Derecho laboral; Contratos financieros (consumidor – entidad financiera.) y Medio ambiente. La carga dinámica puede operar tanto a través de indicios y prueba indirecta cuanto de presunciones.

c) En Francia.

La jurisprudencia Francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces, sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso, deducen o presumen negligencia. Esto es lo que se conoce como la ***faute virtuelle***. Conforme a la cual el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia, cuando por las circunstancias en que el daño se ha producido, este no se puede explicar según la común experiencia, sino por la existencia de una falta médica³⁶⁷.

No existe, consecuentemente, en rigor, una verdadera inversión de la carga de la prueba, dado que la víctima del daño tiene que probar los hechos, pero en la práctica se ve como que la prueba que tiene que aportar es muy ligera, al relacionarse con datos absolutamente ajenos a la persona del demandado y fácilmente constatables³⁶⁸.

Cabe citarse, como primera sentencia en este sentido, la dictada por la corte de casación francesa del 28 de junio de 1990³⁶⁹.

d) En Italia.

La jurisprudencia italiana ha jugado un papel importante en la misión de aliviar a la víctima de la pesada carga probatoria. Así, el juez italiano ha apelado al *criterio de normalidad para invertir la carga de la prueba*. Esta

³⁶⁷ PERREIRA MARQUES, Silvina. “La carga de la Prueba de la Culpa Profesional Médica”. En Cargas Probatorias Dinámicas, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 495

³⁶⁸ Ibídem. P. 495.

³⁶⁹ Ibídem P. 496.

construcción responde a la tesis de que lo evidente no necesita prueba, es decir que los hechos deben suponerse conforme a lo normal y regular ocurrencia de las cosas, de tal modo, quien alega lo normal es relegado de prueba, siendo su contrincante quien debe probar lo anormal. Así fue resuelto en una sentencia del 21 de diciembre de 1978 de la Corte de casación³⁷⁰.

e) En Inglaterra.

En el Comon Law se está aplicando el Principio de Normalidad que tiene relación con los de **disponibilidad y facilidad probatoria**, y que en la doctrina anglosajona se denomina **Res Ipsa Loquitur**, al respecto ALFREDO BULLARD³⁷¹ nos dice que este principio *“es utilizado para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo”*. Esta doctrina cautela a quien sostiene su posición en hechos que las circunstancias determinan han debido ocurrir necesariamente de esa manera, invirtiendo la carga de la prueba para quien pretende probar una anormalidad.

f) En Estados Unidos de Norte América.

En estados Unidos se recurre al principio **Res Ipsa Loquitur** en forma reiterada. En la doctrina judicial de este país, para que juegue este estándar se requiere de los siguientes: El accidente debe ser de naturaleza tal que ordinariamente no ocurra en ausencia de negligencia de alguna persona; debe ser causado por una agencia o instrumento dentro del control exclusivo del demandado, y no puede haber sucedido debido a acción voluntaria alguna o negligencia del demandante³⁷².

³⁷⁰ PERREIRA MARQUES, Silvina. Ob. Cit. P. 495.

³⁷¹ BULLAR GONZALES, Alfredo. “Cuando las Cosas Hablan: El RES IPSA LOQUITUR y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil”; artículo publicado en Themis Revista de Derecho No. 50, Lima, Perú año 2005, P. 219.

³⁷² PERREIRA MARQUES, Silvina. Ob. Cit. P. 496.

9. APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL EN EL PERÚ.

Nuestro sistema procesal civil no tiene una disposición clara que facilite la aplicación de las cargas probatorias dinámicas; sin embargo nada ha impedido su aplicación en determinados procesos en los cuales se presentan las condiciones para el efecto. Nuestros tribunales se han pronunciado al respecto, concretamente en diferentes casos.

Caso: Acción de Amparo sobre Nulidad de Afiliación en AFP. Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1776-2004-AA/TC. En el caso de la falta de información para una afiliación, este precepto no puede ser adecuado, pues reparándose en la naturaleza de los hechos a probar, se puede llegar a pensar en la remisión a un subjetivismo de la SBS, tal como lo reconocía casi explícitamente la nulidad de afiliaciones. Conviene ahora desvirtuar la validez de la ‘prueba diabólica’ que puede llegar a ser la probanza de que el afiliado no fue informado de forma conveniente.

Un medio probatorio produce certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos con el fin de fundamentar sus decisiones. Y sobre ello hay que insistir en el caso del retorno al SNP por falta de información correcta sobre el SPP y sobre el futuro del SNP, máxime si tal figura se justifica precisamente con la asimetría informativa y con la firma de un contrato de adhesión.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo

27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI).

En el caso concreto del retorno, serán el Estado y la AFP los que deberán probar que informaron correctamente a cada grupo de afiliados que se adscribieron al SPP. En el procedimiento será la AFP la que establecerá, en primer lugar, si informó bien o mal, aunque es muy difícil que ella misma acepte tal responsabilidad. Por su parte, la SBS, con mayor grado de independencia, por no participar del sistema pensionario directamente, sino únicamente a través de la supervisión, sí estará en capacidad de determinar la falta de quien corresponda. Pero por la naturaleza de sus funciones no estará en capacidad de fijar el grado de información existente en el ámbito pensionario, toda vez que la existencia de una información asimétrica requiere ser probada y analizada por un organismo especializado sobre la materia³⁷³.

Caso: Contrato de Mutuo. Casación N°5247-2008- Cajamarca. En este orden de ideas, habiendo la parte demandada -cónyuge-, señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal conformada con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, *pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba*, estaba en mejores actitudes de tenerlas, pues sólo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho³⁷⁴.

³⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01776-2004-AA. de fecha 26 de enero del 2007 Fundamento 50.

³⁷⁴ Casación N° 5247-2008- Cajamarca. La Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Publicado en el Diario Oficial **El Peruano** el 30 de diciembre del 2009 Página 26977.

Caso: Responsabilidad contractual. Casación N° 2729-2007- lima.

En la que se resolvió que *la teoría de la carga probatoria dinámica* colisionaba con una norma de orden público, como es la contenida en el Art. 196 del CPC. Que prevé que la carga (...) si tratándose de un asunto en el que se ventila una presunta responsabilidad civil de índole contractual, es necesario que la parte perjudicada acredite el dolo o la culpa inexcusable del prestador del servicio³⁷⁵.

Caso: Nulidad de Acto Jurídico. Expediente N° 23111-2002. Se declaró la invalidez del negocio tomando como criterios rectores el principio de solidaridad y el deber de cooperación como ejes del proceso. La resolución cita a ALFREDO BULLARD³⁷⁶ quien señalo que: Mientras el principio de solidaridad precisa que la carga de la prueba debe recaer sobre la parte que tiene mejores condiciones de suministrarla, el principio de colaboración en materia probatoria dispone que corresponde a cualquiera de las partes el deber de producir las pruebas de estén en su poder o que deberían estarlo (....). En este sentido, *la carga de la prueba no necesariamente debe recaer en quien alega los hechos sino en quien se encuentra en mejores condiciones para probar, o, en quien no quiso colaborar en producir la prueba a pesar de estar en posición de hacerlo*. En aquella oportunidad la parte demandada no había cumplido con presentar un documento que debía ser sometido a peritaje, considerando adicionalmente que dicha conducta constituía un abuso del derecho.

Caso: Nulidad por Simulación de Acto Jurídico Casación N° 1385-2004. Lima. La controversia no debe resolverse bajo el esquema que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos , impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo, sino que *en materia de simulación la doctrina reconoce las llamadas cargas probatorias dinámicas*, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa esperanza de la

³⁷⁵ Casación N° 2729-2007- Lima. Publicado en el Diario Oficial **El Peruano** el, 02 enero del 2008.

³⁷⁶ BULLARD GOZALES, Alfredo. “*Cuando las Cosas Hablan: El Res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad Civil*” En. Themis N° 50 Lima 2005, P. 230.

conducta jurídica que ha de producirse , según el cual la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla.³⁷⁷

Caso: Expediente N° 4116-98 Lima. Nulidad por simulación de acto jurídico. La presente controversia debe resolverse no solo en función al esquema diseñado en nuestro ordenamiento procesal como una situación pre - ordenada tendiente a que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos , impositivos y extintivos invocados en su propio mecanismo, sino que *en materia de simulación la doctrina reconoce las llamadas cargas probatorias dinámicas*, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas (Consideración dinámica del derecho), esto es, situaciones de expectativa esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según el cual la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla³⁷⁸.

Caso: Expediente N° 4871- 98 Nulidad por Simulación de Acto Jurídico. La simulación absoluta se configura cuando se aparenta celebrar un acto jurídico y no existe realmente voluntad de hacerlo, lo que la de vista no desarrolla ni analiza, dejándolo al mero criterio de la probanza de enlace y máxima; y para el segundo cargo aduce que el colegiado obvia la jurisprudencia aportada, donde en los casos de simulación *debe aplicarse la carga probatoria dinámica*³⁷⁹.

Caso: Casación N°4445-2011- Arequipa. Impugnación de Acuerdos de Asociación. Pocas ejecutorias nuestra corte suprema se planteó específicamente sustentar la admisibilidad de la teoría de la carga probatoria dinámica, la cual termina siendo acogida últimamente en un proceso de impugnación de acuerdos, en donde la Asociación demandada se le exigió probar que realizó correctamente las citaciones Asamblearias a sus miembros. Se resuelve considerar adecuado el uso de aquella teoría en atención a

³⁷⁷ Casación N° 1385-2004. Lima. Publicado en el Diario Oficial **El Peruano** el 31 de mayo del 2005.

³⁷⁸ Expediente N° 4116-98 Lima. De fecha 20 de mayo de 1999, *Cuadernos Jurisprudenciales, sobre Simulación de Acto Jurídico, Suplemento mensual de Dialogo con la Jurisprudencia* N° 45, Marzo del 2005. P. 35 - 37.

³⁷⁹ Expediente N° 4871- 98 de fecha 21 de julio de 1999, citado por HURTADO REYES, Martín. En: *Fundamentos de Derecho procesal Civil* IMDEMSA Junio 2009. P. 592.

criterios de colaboración, facilidad y posibilidad que exigen diligencia a la parte que si puede probar determinado hecho a favor a sus intereses³⁸⁰.

10. CONCRECIÓN LEGISLATIVA DE LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA.

10.1. ¿Necesita la teoría ser plasmada en una o más normas legales?

Para MORELLO³⁸¹, *de ninguna manera*. Según su autorizada óptica, basta interpretar de forma *flexible* el contenido de *las normas legales* de atribución del riesgo consecuencias similares y útiles, sin crear desigualdades injustificadas. La distribución de esa tarea probatoria -que no es excluyente sino "compartida" a tenor de las posiciones y posibilidades de satisfacerla de manera más adecuada y eficaz- responderá a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar ... **¿Por qué, entonces, alterar la sistemática y la vocación de conjunto de la norma procesal vigente?** (...) En resumen: "El juez, respetando las garantías del proceso justo, está habilitado a flexibilizar los principios procesales y las reglas que reglamentan la distribución de la carga de prueba. A esos fines y a tenor de las particulares circunstancias del objeto en controversia o hallarse la parte en mejores condiciones para colaborar en la producción de la misma, será ella la que viene principalmente gravada en su gestión". Este emplazamiento normativo -que recoge los dictados de la realidad litigiosa- incide, determinadamente, en el delicado tema de facilitar "razonablemente" al juez formar su convicción fundada y desembocar en una solución acorde con los valores y fines del proceso justo³⁸².

Como se demuestra en los desarrollos precedentes, en Argentina y en el mundo, la flexibilización de las reglas rígidas de distribución del onus probando

³⁸⁰ CASACIÓN N°4445-2011- Arequipa. Publicado en el diario oficial "El Peruano" de 30 setiembre del 2013.

³⁸¹ MORELLO, Augusto. *Carga de Probar: Dos puntos clave*, J: A. Boletín del 12 de febrero de 1997. *passim*.

³⁸² CABANA GARCÍA, Juan Carlos "La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil", Ed. Trivium, Madrid, 1992, P. 168 y ss.

se produjo generalmente *praeter legem* (o sea al margen de la ley lo que no significa que sea “contra legem”), mediante *decisiones jurisprudenciales* de los más Altos Tribunales que acudieron, para ello, a *principios y garantías constitucionales*. También se recordó que, en Argentina, el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Santiago del Estero **recomendó la consagración legislativa** de la teoría de las cargas probatorias dinámicas pero, **mientras tanto, la consideró aplicable por ser, reitero, “doctrina recibida”**.

Sin perjuicio de lo expuesto, como parece ser natural en ésta área, la *evolución científica* del derecho necesita ser cristalizada –en los debidos momentos históricos- en el *ordenamiento jurídico*. Ello así, veamos lo sucedido en el mundo.

10.2. En el ámbito Internacional.

10.2.1. Códigos Vigentes.

a) En Argentina.

En la República de Argentina no obstante haber la mayor casuística jurisprudencial, algunas de sus provincias han regulado la flexibilización de la carga de la prueba, así tenemos la Provincia de la Pampa, Formosa, Corrientes, y Tierra de fuego.

Provincia de la Pampa

El moderno Código Procesal Civil y Comercial de esa provincia (2000), consagra la teoría en su artículo³⁸³.

Artículo 360º.- CARGA DE LA PRUEBA.- Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tengan el deber de conocer.

³⁸³ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cita. P. 111.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

La distribución de la carga de la prueba no obstará a *la iniciativa probatoria del tribunal* ni a la *apreciación de las omisiones, deficiencias de la prueba* o ***ausencia de la colaboración*** debida, conforme al artículo 368.

Sin perjuicio de ello, *tendrá la carga de probar los hechos, aquel que por las circunstancias del caso, se encuentre en mejores condiciones* de arribar a conocimiento del tribunal, el *esclarecimiento de los mismos*.

Proyecto de Reforma al art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional³⁸⁴23/03/2004 - (TP 17) 1041-D-04

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º – Sustitúyase el **artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 377: Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

Si las ***circunstancias especiales del caso*** lo justifican, ***el juez*** puede ***distribuir la carga de la prueba de la culpa, o de haber actuado con diligencia***, ponderando ***cuál de las partes está en mejor situación para aportarla***. Esta resolución ***deberá dictarse con anterioridad a la audiencia*** prevista en el artículo 360 de este Código y notificarse personalmente para que en el plazo de cinco días ofrezcan las probanzas pertinentes.

³⁸⁴ Fuente. <http://www.lhcdn.gov.ar/>

Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.

b) En Brasil

CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL³⁸⁵

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - aoréu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. ***É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova*** quando:

I - recair sobre ***direito i ndisponível*** da parte;

II - ***tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.***

Este artículo tiene base en lo dispuesto sobre carga de la prueba en **los artículos 2697 y 2698 del C.C. Italiano (ver infra).**

c) En el Uruguay.

Código General del Proceso (1989)³⁸⁶.

Artículo 139. Carga de la prueba.

139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

³⁸⁵ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P. 124.

³⁸⁶ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P. 124

139.2 **La distribución de la carga de la prueba** no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme **con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.**

d) En Paraguay.

Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil³⁸⁷

Artículo 116.- (**Cooperación en la prueba.** Carga de la prueba).

116.1. Todos los litigantes y el juez o tribunal **deben cooperar lealmente** en el esclarecimiento de los hechos controvertidos y relevantes, procurando arribar, en lo posible, a la verdad objetiva.

116.2. **Si pese al esfuerzo probatorio**, aquellos hechos no fueren esclarecidos, en todo o en parte, el litigio *podrá ser resuelto según el siguiente principio, de la carga de la prueba.*

116.3. *Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto fáctico de la norma o normas aplicables a su pretensión, defensa o excepción.*

116.4. **La negativa de una parte a aportar alguna probanza que estuviere en su disponibilidad**, constituirá **una presunción simple** contra su posición en el litigio.

e) En Colombia.

Proyecto de Nuevo Código General Del Proceso³⁸⁸.

³⁸⁷ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P. 124.

³⁸⁸ Artículo 164 aprobado en la sesión del 28.4.2004, Acta N° 28, por la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso (participaron de esa sesión, los Dres. Jairo PARRA QUIJANO, Asistieron los Doctores Marco Antonio ÁLVAREZ GÓMEZ, Jairo PARRA QUIJANO, Pablo Felipe ROBLEDO DEL CASTILLO, Miguel Enrique ROJAS GÓMEZ y Marcel Silva ROMERO –miembros titulares- y, además, estuvieron presentes, los Dres. Carlos Bernardo MEDINA TORRES, Eurípides De Jesús CUEVAS y María Julia FIGUEREDO VIVAS). Citado por Abraham VARGAS Ob. Cit. P. 125.

Artículo 164. —Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar **el supuesto de hecho** de las normas que consagran **el efecto jurídico** que ellas persiguen.

No obstante, **cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.**

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

f) En Guatemala.

El Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial³⁸⁹ (que proyecto forma parte del Programa de Modernización del Organismo Judicial de Guatemala) contempla la siguiente norma:

“Artículo 148. Carga de la prueba.

148.1 Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario ha de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

148.2 **La distribución de la carga de la prueba no obstará a la apreciación**, conforme a las **reglas de la sana crítica**, de las **omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.**

148.3 Para la aplicación de lo dispuesto en los numerales anteriores el tribunal deberá tener presente la **disponibilidad y facilidad probatoria** que **corresponda a cada una de las partes del litigio.**

³⁸⁹ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cita. P. 125.

g) En Costa Rica

El Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil de aquel país, en su artículo 41, luego de reflejar la regla clásica de distribución de la carga de la prueba, contempla el siguiente párrafo:

“Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo se deberá tener presente *la disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con *la naturaleza de lo debatido*”³⁹⁰.

h) En Chile

Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil (2007)³⁵⁵.

ARTÍCULO 14º.- CARGA DE LA PRUEBA Y PROSCRIPCIÓN DE LA ABSOLUCIÓN DE LA INSTANCIA.

La determinación por partes del tribunal de la existencia de hechos que deban considerarse dudosos y que sean relevantes para la adopción de una decisión no le eximirá de la obligación de dictar sentencia dentro del plazo legal.

Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la partes cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo cual deberá comunicar a la partes con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba en la audiencia de juicio que disponga en su poder.

³⁹⁰ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cita. P. 126.

i) En Iberoamérica

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988)³⁹¹

“Art. 129. (*Carga de la prueba*).

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. ***La distribución de la carga de la prueba*** no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal ***ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica***, de las ***omisiones o deficiencias en la producción de la prueba***”.

j) En España

Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (empezó a regir en enero de 2001). La “Novedad de esta Ley son también las normas que, conforme a la jurisprudencia y a la doctrina más autorizadas, expresan *reglas atinentes al contenido de la sentencia*. Así, los preceptos relativos a la regla «iuxtaallegata et probata», a *la carga de la prueba*, a la congruencia y a la cosa juzgada material. Importantes resultan también las disposiciones sobre sentencias con reserva de liquidación, que se procura restringir a los casos en que sea imprescindible, y sobre las condenas de futuro. En cuanto a *la carga de la prueba*, la Ley supera los términos, en sí mismos poco significativos, del único precepto legal hasta ahora existente con carácter de norma general, y *acoge conceptos ya concretados con carácter pacífico en la Jurisprudencia*. Las *normas de carga de la prueba*, aunque sólo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, constituyen *reglas de decisiva orientación* para la actividad de las partes. Y son, asimismo, *reglas que, bien aplicadas, permiten al juzgador confiar en el acierto de su enjuiciamiento fáctico*, cuando no se trate de casos

³⁹¹ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cita. P. 128

en que, *por estar implicado un interés público, resulte exigible que se agoten, de oficio, las posibilidades de esclarecer los hechos*. Por todo esto, ha de considerarse de importancia este esfuerzo legislativo” (de la exposición de motivos).³⁹²

“Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. (...)

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo *el tribunal deberá tener presente la **disponibilidad y facilidad probatoria** que corresponde a cada una de las partes del litigio*.

[Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)]”³⁹³.

k) En Francia

Nuevo C.P.C. según la modificación operada por Decreto 2003-542 del 23/06/03 (JO 25/06/03))

Artículo 11. Las partes tienen *la obligación de colaborar* en la práctica de las pruebas; el tribunal operará las *consecuencias oportunas* en caso de que se abstengan o rechacen hacerlo.

Si *una parte tuviera en su poder un elemento de prueba*, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo

³⁹² VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cita. P. 129

³⁹³ VARGAS, Abraham Luis. Ob. Cit. P. 130

apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo.

Sección VI: La contradicción

Artículo 15. *Cada una de las partes debe poner en conocimiento de la contraria, con antelación suficiente, los elementos de hecho en que funde sus pretensiones, las pruebas que aporta y los fundamentos de derecho invocados, a fin de que cada una esté en condiciones de organizar su defensa”.*

l) En Italia

“Art. 2697 Onere della prova

Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115).

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.

Art. 2698 Patti relativi all'onere della prova

Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”.

m) En Portugal

Código Procesal Civil De Portugal (2003)

“ARTIGO 516.º (Princípio a observar em casos de dúvida)

A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve -se contra a parte a quem o facto aproveita”.

11. LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA EN LA LEGISLACIÓN DEL PERÚ

11.1. El Código Procesal Civil del Perú (1993)

El Código procesal contiene una norma afín a las ideas que se vienen exponiendo.

“Artículo 282.-Presunción y conducta procesal de las partes.- El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la *conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación* para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

11.2. Nueva Ley Procesal del trabajo.

La distribución general de la carga probatoria es razonable pues recae normalmente sobre la parte que puede estar en mejor posición de hacer la demostración de cada caso específico³⁹⁴.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo³⁹⁵, El Art. 23.4 agrega lo siguiente:

“De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado, que sea señalado empleador, la carga de la prueba de:

³⁹⁴ PASCO LIZARRAGA, Mario. *Avances en materia de carga de la Prueba y Presunciones en el proceso laboral*. En: Estudios sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Jurista Editores. Primera Edición Lima, noviembre del 2011. P. 389.

³⁹⁵ NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO. LEY N° 29497. Publicada en el Diario oficial El Peruano, el 15 de enero del 2010

- a. *El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.*
- b. *La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.*
- c. *El estado del Vínculo laboral y la causa del despido.*

Se requiere que el trabajador acredite simplemente su condición de tal, trasladándose paralelamente la carga de la prueba al demandado para acreditar los supuestos indicados en el art. 23.4.

PASCO COSMOPOLIS³⁹⁶ en el proceso laboral se aplica la carga probatoria dinámica. La dinámica se origina como producto del debate procesal, y más en concreto, del debate probatorio. Esta distribución se va superponiendo a la distribución estática a lo largo de todo el proceso satisfaciendo las necesidades de prueba de los elementos (cargas) ordenados por la distribución estática y , de esa manera, haciendo pasar a hombros del contrario la carga de desvirtuar lo que va quedando probado, en vista a que al final del debate el resultado probatorio sea ventajoso para cada parte.

11.3. Ley que Regula el Proceso contencioso-Administrativo.

El TUO de la ley que regula el proceso contencioso-Administrativo, Decreto Supremo N° 013- 2008-JUS³⁹⁷. En su Art. 33. Sobre la carga de la prueba establece: *“Salvo disposición diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin embargo, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o medidas correctivas, o cuando por razón de su función o especialidad **la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos, la carga corresponde a esta**”.*

³⁹⁶ PASCO COSMOPOLIS, Mario. *La Prueba en el proceso laboral*. En: Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Las Garantías del justo proceso, PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador) publicado por Palestra Editores. Primera edición. Lima mayo del 2013. P. 318

³⁹⁷ El Texto Único Ordenado de la ley que regula el proceso contencioso-Administrativo, Decreto Supremo N° 013- 2008-JUS Publicado en el Diario Oficial el peruano el 29 de agosto del 2008.

El TUO de la ley del proceso contencioso Administrativo incorpora la denominada carga probatoria dinámica, la misma que a decir del tribunal constitucional, “interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso” ³⁹⁸

11.4. Reglamento de Atención de reclamos de OSITRAN.

El Organismo Supervisor de la Inversión privada en infraestructura de Transporte de uso Público-**OSITRAN**. Mediante Resolución N° 013-2008-TSC-OSITRAN ³⁹⁹, se ha establecido que: “en los procedimientos de reclamos, las Entidades Prestadoras de la infraestructura de transporte de uso público tienen el onus probandi o carga de la prueba para demostrar que el servicio por el cual han cobrado o pretender cobrar, efectivamente ha sido brindado (...).Este criterio adoptado se sustenta en que tácticamente **las Entidades Prestadoras se encuentran en mejores condiciones para generar la documentación que demuestre o acredite la conformidad** o las observaciones de los usuarios en la prestación de los diferentes servicios”.

Es pertinente indicar que este criterio ya ha sido positivizado en el Art.33° inciso a) del Reglamento, y ha sido reiterado en la Resolución N° 005-2009-TSC-OSITRAN⁴⁰⁰, que estableció que: “en los procedimientos de reclamo las entidades prestadoras tienen la carga de la prueba respecto de la acreditación de la prestación efectiva del servicio por el cual han cobrado o pretenden cobrar”.

Art. 33. Objeto del procedimiento.

En el marco de lo previsto en los párrafos precedentes de este artículo, están comprendidos, entre otros, los reclamos que versan sobre:

³⁹⁸ PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo*. ARA Editores 4° Edición, Perú 2009. P. 224.

³⁹⁹ Resolución N° 013-2008-TSC-OSITRAN. Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN

⁴⁰⁰ Resolución N° 005-2009-TSC-OSITRAN.Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN “la entidad prestadora solo puede requerir a la empresa usuaria el pago de un servicio efectivamente brindado”

La facturación y el cobro de los servicios por uso de la infraestructura.
*En estos casos, **la prueba sobre la prestación efectiva del servicio***
corresponde a la entidad prestadora.

CAPITULO III

ANALISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.

1. PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN DE DATOS.

1.1. Análisis de países de Europa y Latinoamérica que aplican la carga probatoria dinámica.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, puesta en relieve en nuestro continente por el maestro PEYRANO, en coautoría con CHIAPPINI, a partir del año 1984, actualmente viene ganando reconocimiento en la legislación procesal del derecho comparado, después de haber experimentado un robustecimiento en el plano jurisprudencial igualmente comparado.

Para determinar la población se ha tenido en cuenta los ordenamientos jurídicos de los países de Europa y Latinoamérica; Luego de haber revisado la doctrina, legislación procesal y jurisprudencia, de estos países, se tomó una muestra de 30 países para determinar a qué nivel, ya sea nivel Jurisprudencial o lo han regulado en su proceso civil la aplicación de la carga probatoria dinámica, independientemente de la denominación que se le haya dado; así tenemos en orden alfabético los países muestreados:

a) **Muestra:** En el siguiente cuadro se presenta la muestra de Países de Europa y Latinoamérica que aplican Jurisprudencialmente, lo han Legislado o están en proyecto de legislar, la Carga Probatoria Dinámica.

Nº	PAIS.	DENOMINACIÓN	Jurisprudencial	Legislado	En proyecto
1	Alemania.	<i>beweisumkehr</i>	SI	SI	-----
2	Argentina	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
3	Austria.	Facilidad probatoria	SI	SI	-----
4	Bélgica.	Facilidad probatoria	SI	SI	-----
5	Bolivia.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	SI
6	Brasil.	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
7	Bulgaria.	Facilidad probatoria	SI	SI	-----
8	Colombia.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	SI
9	Costa Rica.	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
10	Chile.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	SI
11	Ecuador.	No determinado	NO	NO	NO
12	España.	Criterio de Facilidad y Disponibilidad probatoria	SI	SI	-----
13	Estados Unidos.	Res IpsaLoquitur	SI	NO	-----
14	Francia	Fautevirtuele	SI	SI	-----
15	Grecia.	No Determinado	NO.	NO.	-----
16	Guatemala.	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
17	Holanda	Facilidad probatoria	SI	NO	-----
18	Inglaterra.	Res IpsaLoquitur	SI	NO	-----
19	Italia.	criterio de normalidad para invertir la carga de la prueba.	SI	SI	-----
20	México.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	SI
21	Nicaragua.	Carga Probatoria dinámica	SI	No	SI
22	Panamá.	Res IpsaLoquitur	SI	NO	-----
23	Paraguay.	Carga Probatoria dinámica	SI	No	SI
24	Perú.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	NO
25	Portugal.	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
26	Republica Dominicana	Carga Probatoria dinámica	NO	NO	-----
27	Suecia	No Determinado	NO.	NO.	-----
28	suiza	Facilidad probatoria	SI	No	-----
29	Uruguay	Carga Probatoria dinámica	SI	SI	-----
30	Venezuela.	Carga Probatoria dinámica	SI	NO	SI

Fuente: La información ha sido obtenida de la revisión de la jurisprudencia y la legislación procesal de los países que aparecen en el cuadro de la muestra a través de la Web.

Datos extraídos sitio de cotejo legislativo de la Unión Europea: “Red Judicial Europea en materia civil y mercantil”, en sus versiones en español y en inglés al respecto, Pagina Web.

http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm en español

http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm en inglés.

<http://www.elderechodigital.com.uy/smu/juris/smu0066.html>

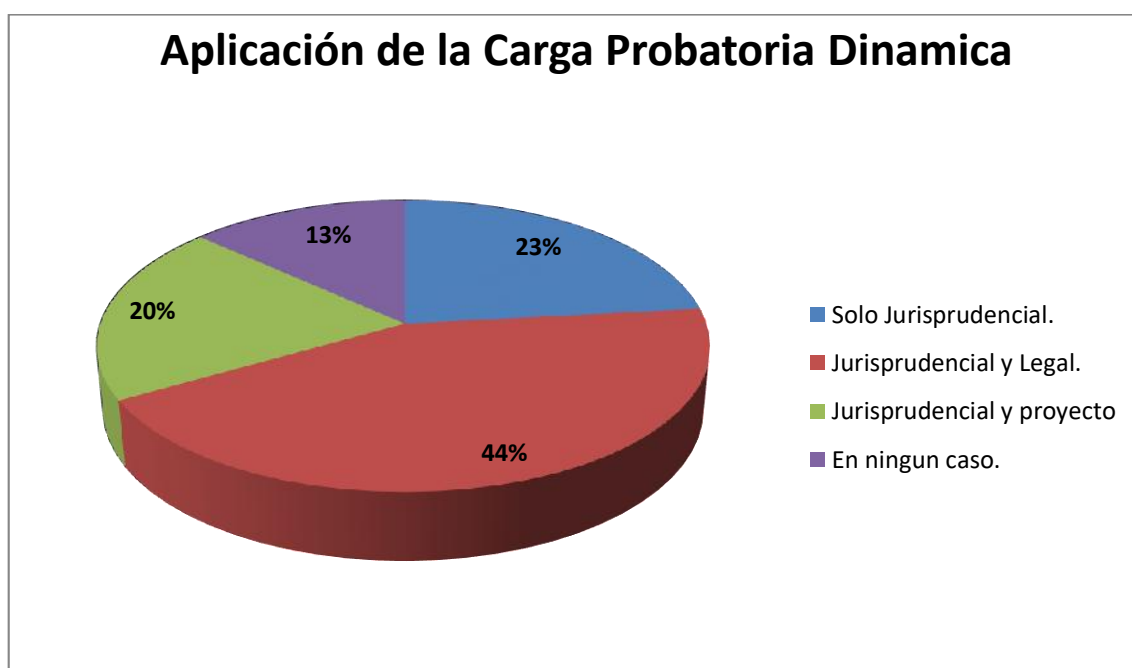
Fuente. <http://www1.hcdn.gov.ar/>

b) Exposición de Resultados.

TABLA N° 1: Nivel de Aplicación de la carga probatoria dinámica en los países de Europa y Latinoamérica, a través de la jurisprudencia, lo han Legislado o están en proyecto de legislar.

Aplicación de la Carga Probatoria Dinámica	Países	%
SOLO JURISPRUDENCIAL.	07	23.3
JURISPRUDENCIAL Y REGULACIÓN LEGAL	13	43.4
JURISPRUDENCIAL Y EN PROYECTO DE LEY	06	20.0
EN NINGUN CASO.	04	13.3
TOTAL	30	100

GRAFICO N° 1



c) Interpretación:

Los datos del grafico N°1 muestran que de un total de 30 países entre Europa y América latina, se determina que el mayor porcentaje 43.4 % de países que aplican la carga probatoria dinámica lo ha legislado y lo aplica jurisprudencialmente, seguido del 23.3 % que sólo lo aplica a nivel jurisprudencial sin ser legislado; El 20% lo aplica jurisprudencialmente y por lo menos cuenta con un proyecto de ley, para legislar la carga probatoria dinámica; y finalmente el 13.3 % no se ha podido determinar el nivel de aplicación en ningún caso.

De los resultados expuestos se puede deducir que sumado los resultados de aplicación de la carga probatoria dinámica el 86.7% de países entre Europa y América Latina lo aplica y el 13.3 % no se ha podido determinar.

1.2. Análisis de sentencias expedidas por los Tribunales de los países Europeos y de Latinoamérica sobre la carga probatoria dinámica.

La población de las sentencias emitidas por los tribunales de los Países de Europa y Latinoamérica, ha sido obtenida mediante el buscador de las páginas web:

Webhttp://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm en español

http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm en inglés.

<http://www.elderechodigital.com.uy/smu/juris /smuj0066.html>

Fuente. <http://www.lhcdn.gov.ar/>

Dicha información fue realizada el 10 de octubre del 2013, teniendo como resultado 184 sentencias las mismas que se han tomado como población.

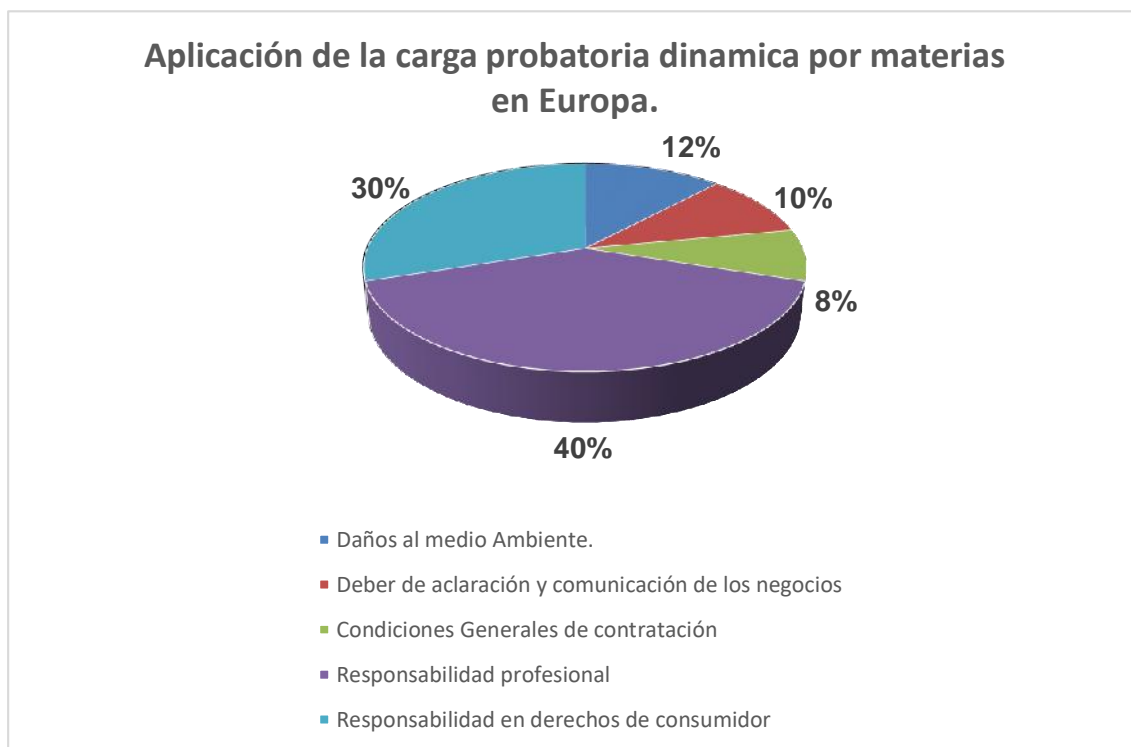
a) **Muestra:** De las 184 sentencias que constituyen la población, se ha seleccionado como muestra 50 sentencias de los tribunales europeos y 50 sentencias de los tribunales de Latinoamérica, donde se ha aplicado la carga probatoria dinámica.

b) Exposición de resultados, en Países de Europa.

TABLA N° 2: Nivel de aplicación jurisprudencial de la carga probatoria dinámica en los países de Europa según la mayor incidencia por la materia aplicable.

Materias	Incidencia	
	N°	%
Daños al medio Ambiente.	06	12.0
Deber de aclaración y comunicación De los negocios.	05	10.0
Condiciones Generales de contratación	04	8.0
Responsabilidad profesional	20	40.0
Responsabilidad en derechos de Consumidor.	15	30.0
TOTAL	50	100.0

GRAFICO N° 2



c) Interpretación.

Los datos de la Grafica N°2 muestran que de un total de 50 sentencias de los tribunales europeos que han aplicado la carga probatoria dinámica, se determinó que el mayor porcentaje 40.0 % de sentencias corresponden a responsabilidad profesional, entre ellas la responsabilidad por mala praxis médica; seguido del 30.0 % que corresponde a responsabilidad de derechos del consumidor; se determinó que el 12% se aplicó a daños al medio ambiente; el 10.0 % corresponde su aplicación a casos sobre el deber de aclaración y comunicación en los negocios y el 8.0 % se aplicó en casos de cláusulas generales de contratación.

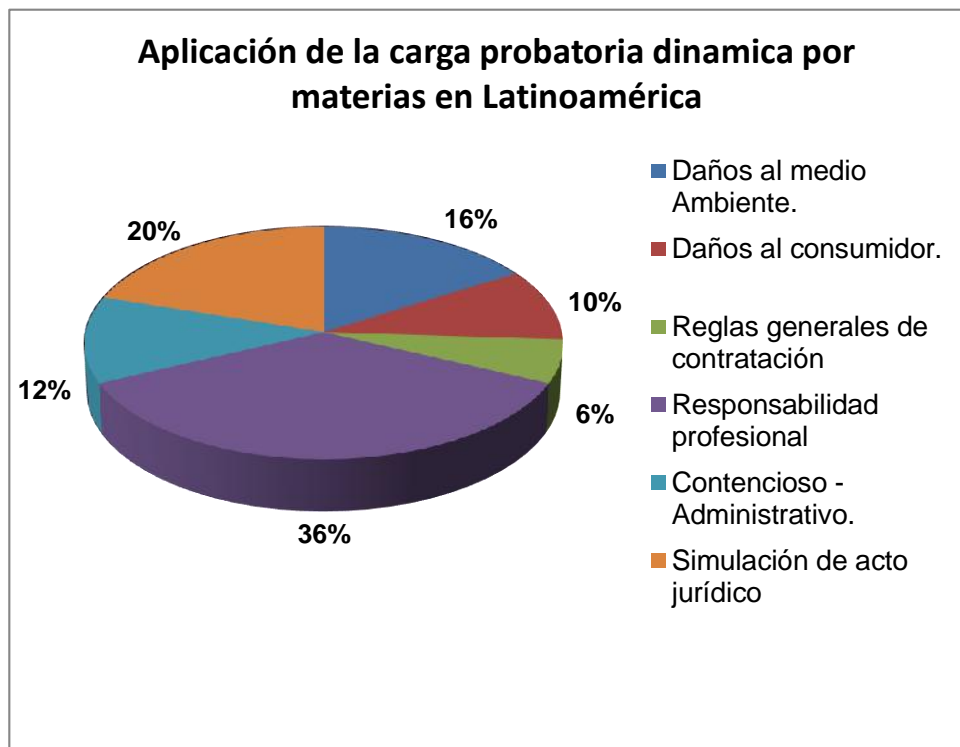
De los resultados expuestos los países europeos que con mayor frecuencia aplican la carga probatoria dinámica son Alemania España, Italia, Francia Portugal y seguido de Inglaterra, manifestado a través de res ipsa loquitur en responsabilidad médica.

d) Exposición de resultados en países de Latinoamérica.

TABLA N° 3: Nivel de aplicación jurisprudencial de la carga probatoria dinámica en Latinoamérica según la mayor incidencia por la materia aplicable

Materias	Incidencia	
	N°	%
Daños al medio Ambiente.	8	16.0
Daños al consumidor.	5	10.0
Reglas generales de contratación	3	6.0
Responsabilidad profesional	18	36.0
Contencioso - Administrativo.	6	12.0
Simulación de acto jurídico	10	20.0
TOTAL	50	

GRAFICO N° 3



a) Interpretación :

Los datos de la Grafica N°3 muestran que de un total de 36 sentencias de los tribunales Latinoamericanos que han aplicado la carga probatoria dinámica, se determinó que el mayor porcentaje de 36.0 % de sentencias corresponden a responsabilidad profesional, entre ellas la responsabilidad por mala praxis médica; seguido del 20.0 % que corresponde a nulidad por simulación de acto jurídico; se determinó que el 16.0% se aplicó a daños al medio ambiente; el 12.0 % en procesos contenciosos administrativos; el 10.0 % responsabilidad en derechos del

consumidor y el 6.0 % se aplicó en casos de cláusulas generales de contratación.

De los resultados expuestos los países Latinoamérica que con mayor frecuencia aplican la carga probatoria dinámica son Argentina en primer lugar, seguido de Brasil, Uruguay, Colombia y Venezuela.

2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS.

Realizado el estudio, a nivel doctrinario, jurisprudencial y legal sobre la aplicación de la carga probatoria dinámica y su utilidad; Así como del procesamiento y análisis de la información de datos se ha obtenido los siguientes resultados:

La figura de la carga probatoria dinámica, se utiliza en los países europeos y de Latinoamérica, siendo su mayor aplicación a nivel jurisprudencial seguido de la regulación la legal.

Los tribunales tanto europeos como de Latinoamérica, que vienen aplicando la carga probatoria dinámica, a nivel jurisprudencial y legal son aquellos que tienen un ordenamiento procesal civil de tendencia del sistema procesal mixto al publicismo; asimismo algunos de los tribunales amparan sus decisiones en su constitución que ha establecido un Estado Democrático y social de derecho, así, como el principio la justicia, la dignidad de la persona, la igualdad ante la ley, la tutela jurisdiccional efectiva, considerándolo dentro

de esta al derecho fundamental a la prueba como elemento esencial de un proceso justo.

También se ha obtenido como resultado que los países que aplican con mayor frecuencia la carga probatoria dinámica, son los que cuentan con un sistema de la carga de la prueba afiliada a la teoría normativista, de Leo Rosemberg, la misma que expone que las partes deben acreditar los supuestos de hecho de la norma, en Latinoamérica por ejemplo, este sistema lo tiene, Argentina, Colombia, Uruguay y Brasil, la que no les ha generado mayor dificultad para su aplicación.

En cambio en los países, donde existe mayor dificultad para su aplicación, están los países que cuentan con un sistema de la carga de la prueba más rígido, afiliados en la teoría Chiovendiana de la carga de la prueba, la misma que establece que los hechos se clasifican en 1) constitutivos; 2) impeditivos o invalidativos; 3) extintivos. Los primeros, son aquellos que dan nacimiento a la relación jurídica, sea contractual o extracontractual; Los segundos, son los que si bien no obstan el nacimiento de la relación jurídica, impiden la producción de sus efectos; a esta teoría se afilia el código Procesal Civil del Perú, de allí la necesidad de ser legislada la carga probatoria dinámica.

Las materias a las que con mayor frecuencia se aplican, esta figura jurídica, son los casos donde existe dificultad de proporcionar los medios de prueba por parte del demandante, como la responsabilidad profesional, específicamente en mala praxis médica, Responsabilidad sobre derechos del

consumidor, daño al medio ambiente, nulidad por simulación de acto jurídico entre otros.

Una regla fija y estable de distribución de la carga probatoria provoca en no pocos casos injusticias e inequidad real para los litigantes. Se ha intentado de múltiples formas solucionar este problema, siendo el medio clásico para ello la inversión de la carga probatoria por vía legal. En esta situación se encuentra nuestro país. Existe una regla general para la distribución de la carga de la prueba Art. 196 y reglas que hacen una excepción en ciertos casos regulados en el código civil. Aun así, se ve como insuficiente este mecanismo para lograr la flexibilización de la carga de la prueba.

En razón de lo anterior, la “carga probatoria dinámica” debe regularse como una ***regla de juzgamiento de aplicación excepcional y complementaria a las normas de distribución de la carga de la prueba, en virtud de la cual al juez se le faculta para trasladar la carga probatoria en atención a la excesiva dificultad de probar de aquella parte que realiza una determinada afirmación, soportándola, en definitiva, el litigante que tenga un más fácil acceso a la prueba de ésta.***

La carga probatoria dinámica tiene 3 fundamentos ideológicos: el apego a la realidad de la decisión, la justicia de la misma y la vigencia del principio de solidaridad procesal. A partir de estos fundamentos, se deduce que para su operación, la figura requiere la existencia de una hipótesis dual, a saber, la facilidad probatoria de la parte sobre la cual no pesa el onus probandi, como a su vez, la dificultad probatoria de la parte sobre la que sí pesa la carga probatoria. Su efecto es la inversión de la carga de la prueba sobre aquellas

afirmaciones en las que su hipótesis dual se presente. Las características de esta figura procesal son el ser una regla de juzgamiento de aplicación facultativa y casuística, de uso excepcional y complementario a las reglas tradicionales del onus probandi.

Esta figura existe en nuestro país en el proceso laboral, el proceso contencioso administrativo y procesos de reclamación ante OSITRAN; asimismo existe algunos pronunciamientos jurisprudenciales expuestos en materia civil. La incorporación en el proceso civil es de suma necesidad para no dificultar la realización de la justicia, la igualdad ante la ley y el derecho fundamentad de la prueba como elemento esencial a un proceso justo, inmerso en la tutela jurisdiccional efectiva.

3. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Con notable pedagogía, se ha explicado que las **hipótesis** se construyen libremente por la imaginación de quien se pregunta por cualquier aspecto del mundo, tratando de explicarlo o de solucionar aspectos problemáticos de hipótesis anteriores. Los cambios en las teorías siempre han estado motivados por alguna discrepancia entre las predicciones de las antiguas y las observaciones empíricas reales. Esto ha ocurrido tan frecuentemente que hemos admitido que las teorías no pueden declararse definitivamente verdaderas por muchas pruebas que las apoyen, siempre es posible esperar un ejemplo que las refute. Por muchas observaciones que hagamos, siempre serán un subconjunto finito de las posibles.

Una vez propuestas, **las hipótesis deben ser sometidas a contrastación con las observaciones y el análisis lógico teórico a la luz de los desarrollos, doctrinarios y jurisprudenciales.** Aquellas que no superan esta prueba, son rechazadas, por ello, solo sobreviven la "más aptas". Esto significa que aunque no se pueda decir de una teoría que es totalmente verdadera, si que es la mejor disponible, la más potente.

Popper vino a decir que aunque es imposible demostrar que una teoría es verdadera, es posible demostrar que es falsa. Por usar el famoso ejemplo de Popper, la observación de un cuervo que no es negro implica lógicamente que la afirmación "todos los cuervos son negros" es falsa. Aristóteles ya explicó que no es lícito pasar de la verdad de una proposición particular positiva a su correspondiente universal, pero que si lo es hacerlo de la falsedad de una a la de la otra.

La consecuencia de esto será para Popper que una hipótesis será científica si es falsable, si no está protegida contra la falsación. Y desde luego parece muy razonable. Si una descripción del mundo no es falsable supone que el mundo puede comportarse de cualquier manera, puede ocurrir cualquier cosa o puede tener cualquier propiedad sin entrar en conflicto con el enunciado. Y solo se puede considerar que una hipótesis proporciona algún conocimiento sobre el mundo si excluye algunas observaciones posibles.

Así las cosas, con la agudeza e inteligencia que la caracteriza, la jurista MABEL DE LO SANTOS elaboró en su momento *una de las hipótesis de falsación* de la teoría que venimos examinando.

En ese sentido, sostuvo que la mayor parte de la doctrina procesalista argentina recomienda la *regulación legal* del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Sin embargo, según su visión (y he aquí la *hipótesis de falsación*) "Resultaría, en cambio, inconveniente su *incorporación legislativa* a través de *disposiciones taxativas*, demasiado casuísticas y que pueden interpretarse de manera flexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las *circunstancias del caso*"⁴⁰¹.

Y explica "Tal como apunta MUÑOZ SABATÉ⁴⁰², "en definitiva, pues, y sin necesidad de ninguna regla fija, todo el problema de la carga de la prueba se dirime en el momento de confrontar las respectivas alegaciones de las partes, estudiando la valoración que cada una de ellas pudiera merecer a la luz de los principios de continuidad, normalidad, dificultad y colaboración o lealtad". Vale decir que de lo que se trata es de suministrar al juez la plataforma doctrinaria para apartarse de la rigidez de los preceptos legales sobre la distribución de la carga de la prueba, pudiendo apreciar la misma con ajuste a las singularidades del caso. Conforme lo expuesto debe **evitarse cierta inclinación legislativa** que, a la par que tiende a la objetivización de la responsabilidad, interpreta la regla de la carga probatoria dinámica como una regla de "inversión de la carga de la prueba", pretendiendo se establezca

⁴⁰¹ DE LOS SANTOS, Mabel; "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar", J.A. 1993-IV-866

⁴⁰² MUÑOZ SABATÉ, Luis. "Técnica Probatoria", Editorial Temis. Santa fe de Bogotá-Colombia 1997 PP. 32-44

apriorísticamente quién se encuentra en mejores condiciones de probar un hecho.

De alguna manera alertó MORELLO⁴⁰³ sobre el particular, transcribiendo una elocuente observación de PUIG BRUTAU frente a la afirmación del principio legalista contenido en los Códigos, al destacar acerca de los pronunciamientos judiciales: "puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas, que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se ha olvidado"⁴⁰⁴.

Personalmente, adhiero a su enfoque, pero en base a la teoría doctrinaria, la variada jurisprudencia, y la regulación legal por varios países, concluyo de que, **no existe obstáculo alguno a que la teoría de las cargas probatorias dinámicas pueda plasmarse en *normas positivas "abiertas"* a modo de "*conceptos jurídicos indeterminados*"** como excepción a la regla del Art. 196 del Código Procesal Civil (verbigracia los criterios de "***facilidad***" y "***disponibilidad***" probatoria conforme la última reforma del año 2000 a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española).

De esta manera, no se correría el riesgo de cerrar el ***círculo hermenéutico*** (en terminología de Schleiermacher, Heidegger, Gadamer, Habermas) con *una regla "rígida" o taxativa* relativa a las "***cargas probatorias dinámicas***" de la misma forma que se les critica a *los actuales cánones "rígidos"* de distribución del onus probandi.

⁴⁰³ PUIG BRUTAU, José, "Introducción al derecho civil"; Ed Bosch, Barcelona, 1981, citado. por MORELLO, ob. cit., P. 81

⁴⁰⁴ DE LOS SANTOS, Mabel; "*Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar*", J.A. 1993-IV-866

CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES GENERALES.

En razón de lo investigado en este trabajo, conforme al objetivo general concluimos:

- i) La carga probatoria dinámica tiene **3 fundamentos ideológicos** básicos en la doctrina y su aplicación jurisprudencial: **Apego a la realidad de la decisión**, la vigencia de los **principios de solidaridad** (Deber de colaboración) **y moralidad** (buena fe, Lealtad y probidad) **procesal; y la justicia de la misma al caso concreto**. Los que se traducen en el deber de colaboración de las partes con el juez para arribar lo más cercanamente posible a la verdad jurídica objetiva y desde allí a un resultado justo.
- ii) También tiene fundamento constitucional basado en la igualdad ante la ley; la tutela jurisdiccional efectiva, la misma que comprende el acceso a la justicia y el derecho a la prueba como elemento esencial a un proceso justo. Para su aplicación, requiere de un presupuesto factico, de hipótesis dual, **la facilidad probatoria de la parte sobre la cual no pesa el “onus probandi”**, como a su vez, **la dificultad probatoria de la parte sobre la que sí pesa la carga probatoria**.

2. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS.

Con relación a los objetivos específicos de lo investigado concluimos:

- i) **La prueba judicial** es un aspecto fundamental del derecho porque es su conexión con la realidad. El derecho sin pruebas no sería sino una suerte de matemática abstracta o u relato de ficción. En un sentido amplio, probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en **sentido judicial, probar** es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para

justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra. Es la actividad racional de lograr el estado de certeza que determina el pleno convencimiento de la existencia de los hechos.

- ii) La “**carga procesal**” se puede identificar con la necesidad de actuar para prevenir un perjuicio procesal, constituyéndose en un imperativo del propio interés. **La carga de la prueba**, tiene una doble finalidad, a saber, *es un imperativo del propio interés **para las partes**, (regla de conducta) que les impulsa a hacerse responsable de las afirmaciones que han proferido en juicio, so pena de tenerse éstas por no probadas.* **Para el juez**, la carga de la prueba, (regla de Juicio) expresada por sus reglas de distribución, le permite reemplazar la decisión real sobre una determinada afirmación que no ha sido probada, por duda o insuficiencia de medios de prueba.
- iii) Las regla de la carga de la prueba establecida en el Art. 196 del Código Procesal Civil, se **afilia a la teoría de Chiovenda**; por ende se enmarca dentro de un esquema rígido de las teorías clásicas, constituyendo un límite al derecho fundamental a la prueba como elemento esencial de un proceso justo; pese a ello la corte suprema ha aplicado **la carga probatoria dinámica**, basado en el principio de solidaridad y justicia; en consecuencia para no dificultar su aplicación, la carga dinámica debe ser legislada como una excepción al esquema rígido. En tal sentido, su aplicación debe reducirse a aquellos casos de imposibilidad probatoria de una de las partes procesales tal como se ha demostrado en base a la doctrina y la jurisprudencia que se ha detallado en el presente trabajo.
- iv) La “carga probatoria dinámica” es una regla de juzgamiento de aplicación excepcional y complementaria a las normas de distribución de la carga de la prueba, en virtud de la cual el tribunal se encuentra facultado para trasladar la carga probatoria en atención a la excesiva dificultad de probar de aquella parte que realiza una determinada afirmación, soportándola, en definitiva, el litigante que tenga un más fácil acceso a la prueba de ésta.

- v) Las **defensas de los publicistas**, apuntan a la primacía de la realidad y la justicia como principios procesales superiores, necesarios para que el proceso cumpla su función. La inexistencia de ley no es impedimento para la aplicación de la regla dinámica, ya que la distribución del onus probandi se deduce del derecho material, no importando la carencia de precepto procesal en la materia. Por otra parte, la ley no es la única fuente del derecho, por lo que esta distribución dinámica no necesariamente debe provenir de la ley.
- vi) Creemos, sin lugar a dudas, que el mejor mecanismo **para lograr la flexibilización parte de la base de la consagración legal de excepciones a la regla general de distribución del onus probandi**. Esta es la forma en que estimamos, se puede concretar de mejor manera la protección a la parte que recurrentemente está en una posición de debilidad.
- vii) Su aplicación casuística es muy variada. Las circunstancias y casos que justifican la aplicación de la carga probatoria dinámica, son excepcionales; se necesita un presupuesto fáctico para la aplicación, la existencia de una **hipótesis dual**: por una parte el litigante a quien, según la distribución tradicional del onus probandi, corresponde probar un hecho, se encuentra imposibilitado materialmente de presentar un medio probatorio para esclarecer el punto controvertido, ya sea por factores económicos, morales o legales que le impiden el acceso o utilización de dicho medio probatorio. Por otra parte de la hipótesis, el litigante que no se encuentra gravado bajo la distribución clásica del onus probandi, tiene un más fácil acceso a la prueba del hecho en cuestión, que la parte contraria.

RECOMENDACIONES

Creemos, sin lugar a dudas, que el mejor mecanismo para lograr la flexibilización parte de la base de la consagración legal de excepciones a la regla general de distribución del onus probandi. Esta es la forma en que estimamos, se puede concretar de mejor manera la protección a la parte que recurrentemente está en una posición de debilidad. el paciente frente al centro de salud, el consumidor, son ejemplos de recurrencia en la posición del litigante débil en diversos litigios, y creemos que es perfectamente plausible que el legislador estudie la posibilidad de aplicar la carga probatoria dinámica, trasladando el onus probandi, según el caso, a los juicios en que estas partes se encuentren en desventaja.

Después de realizado el estudio, el autor sugiere las siguientes recomendaciones que considera relevantes:

- Proponer a manera de **recomendación** en un trabajo de investigación como el presente, que se reformulen legislativamente las normas adjetivas sobre la carga de la prueba, para incluir preceptos flexibilizados, reformando el Artículo 196 del Código Procesal Civil.
- **PROYECTO DE REFORMA AL ART. 196 DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

PROYECTO DE LEY

Artículo 1º – Modifíquese el artículo 196 del **Código Procesal Civil**, el que quedará redactado de la siguiente forma:

Art. 196. “Salvo disposición legal diferente la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, excepcionalmente, si las *circunstancias especiales del caso* lo justifican, el juez deberá tener presente la *disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde*, ponderando *cuál de las partes está en mejor situación para aportarla*.

BIBLIOGRAFIA.

1. **ABEL LLUCH, Xavier.** “Derecho Probatorio”. JB BOSCH EDITOR. España 2012.
2. **ABEL LLUCH, Xavier, y PICO I JUNOY, Joan.** “Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria”. Seminario de Estudio de la Escuela Judicial. En, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.
3. **ABEL LLUCH, Xavier, y PICO I JUNOY, Joan.** “Objeto y Carga de la Prueba Civil”. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2007.
4. **AIRASCA, Ivana María.** “Reflexiones Sobre las cargas probatorias Dinámicas”. En: Cargas Probatorias Dinámicas. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
5. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo.** “Garantismo Procesal Versus Prueba Judicial oficiosa” 1º edición Rosario, Juris, 2006.
6. **ALVARADO VELLOSO, Adolfo.** "La Prueba Judicial" Editorial San Marcos EIRL; Primera Edición Lima 2009.
7. **ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto y MITIDIERO, Daniel.** “Curso de Proceso Civil”. Vol. 2. Processo de Conhecimento, Atlas Sao Paulo, 2011.
8. **ALVARO LUNA, Yenga.** “Regulación de la carga de la Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Worlang Paper N° 165 Barcelona, Octubre del 2006.
9. **ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo.** “Responsabilidad médica e inversión de la carga de la prueba: ¿una nueva orientación jurisprudencial?”, su ponencia en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, disponible en www.aeds.org/congreso5/5congre-16.htm
10. **ARAZI, Roland** en: “La prueba en el Proceso civil”. Ediciones La Roca. Buenos Aires 2001
11. **ARAZI, Roland.** “Derecho procesal civil y comercial”. Astrea Buenos Aires. 1995.

12. **AZARATE NOREÑA.** “Pruebas Judiciales”, Bogotá. Librería Siglo XX.
13. **BARACAT, Edgar J.** “Estado Actual de la Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba con Especial Referencia a Antecedentes Jurisprudenciales y a la Materia Juzgada”. En Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
14. **BARBERIO, Sergio José.** “Cargas Probatorias Dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?” En: “Cargas Probatorias Dinámicas”. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
15. **BARRIOS DE ANGELIS, Dante;** “Las cargas del demandado civil”, en “VIII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal”, Montevideo 1995,
16. **BENABENTOS, Omar.** “Visión Crítica de las Cargas Probatorias Dinámicas” Disponible En.: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/benaponencia.htm>.
Consulta: 2010. Enero, 12.
17. **BENTHAM, Jeremías.** “Tratado de las Pruebas judiciales”, Valetta, Buenos Aires, 2002.
18. **BERMUDES MUÑOZ, Martin.** “El Futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”. En Revista Temas Jurídicos N°11, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 1995.
19. **BERTOLINO, Pedro J.** “La verdad jurídica objetiva”. Buenos Aires: Ediciones Depalma 1990. disponible En blog.pucp.edu.pe/.../la-carga-de-la-prueba-en-ciertos-casos-de-responsab.
20. **BONNER, E.** “En Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en derecho Civil y en Derecho penal”. 5ta. Edición, 1928.
21. **BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo.** “El Derecho a probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo”. ARA Editores. Lima 2001.
22. **BUZAID, Alfredo.** La Carga de la Prueba. Centro de estudio de Filosofía del derecho, Maracaibo. 1975.

23. **CABANA GARCÍA, Juan Carlos** "La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil", Ed. Trivium, Madrid, 1992.
24. **CABAÑAS, J.C.** "La valoración de las Pruebas y su Control en el Proceso Civil: Estudio Dogmático y jurisprudencial". Madrid 1992.
25. **CABRERA ACOSTA, benigno Humberto.** "Teoría general del proceso y de la Prueba". Ibáñez.
26. **CARBONE, Carlos Alberto.** "Cargas Probatorias Dinámicas: Una Mirada al Derecho comparado y Novedosa ampliación de su campo de acción". En: Cargas Probatorias Dinámicas, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
27. **CARNELUTTI, F.** "La Prova Civile", 2da. Edición, Roma 1947.
28. **CARNELUTTI, Francesco.** "Instituciones del Proceso Civil", Volumen I. En, Ediciones Jurídicas Europa-América S.A, Buenos Aires, 1959.
29. **CARNELUTTI, Francesco.** "Instituciones del Proceso Civil", Volumen III. En, Ediciones Jurídicas Europa-América S.A, Buenos Aires, 1960.
30. **COLINA RAMOS, Julio.** "Aplicabilidad de la Doctrina de la Carga Probatoria Dinámica en Juicios de Responsabilidad Civil por Mala Praxis Médica". Universidad Fermín Toro. Cabudare, Venezuela, setiembre del 2012.
31. **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ,** aprobado mediante referéndum en 1993
32. **COUTURE, Eduardo J.** "Fundamentos del Derecho Procesal Civil". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1988.
33. **CHIOVENDA, Giuseppe.** "Instituciones de derecho procesal civil". Traducido por Gómez Orbaneja. Ed. Revista de derecho privado. Madrid España, Tomo III 1936-1940.
34. **DE LOS SANTOS, Mabel;** "Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: Inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo

apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, J.A. 1993-IV-866.

35. **DEVIS ECHANDIA Hernando.** “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo I Quinta Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá- Colombia 2002.
36. **FALCON, Enrique M.** “Tratado de la Prueba Civil, Comercial, Laboral, Penal, Administrativa”. Editorial ASTREA Buenos Aires. 2003.
37. **FERNANDEZ LOPEZ, M.** “La carga de la Prueba en la Práctica Judicial Civil. Ed. La Ley”, Madrid, 2006.
38. **FERNANDEZ VASQUEZ, Héctor.** “Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga Dinámica”. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas Octubre de 2005.
39. **FERRER BELTRAN, Jordi.** “Prueba y Verdad en el Derecho”. Marcial Pons, Segunda Edición, Madrid 2005.
40. **GARBERI LLOBREGAT Y BUITRON RAMIREZ G.** “La Prueba Civil” Tiran lo Blanc, Valencia 2004 y “Comentario al Art. 217 en los Procesos Civiles”, Bosh, Barcelona 2001.
41. **GARBERI LLOBREGAT, J.** “Los Procesos Civiles” Editorial Bocs, Barcelona 2001.
42. **GARCIA –CUERVA GARCIA, Silvia.** “Las Reglas generales del Onus Probandi” En: “Objeto y carga de la Prueba”, Dirigido por ABEL LLUCH, Xavier, y PICO I JUNOY, Joan. Bosch Editor. España 2007.
43. **GARCIA GRANDE, Maximiliano.** “Cargas probatorias Dinámicas: Ni Nuevas Ni Argentinas, Ni aplicables” [.unaula.edu.co/sites/default/.../La%20carga%20dinámica%20probatoria.p](http://unaula.edu.co/sites/default/.../La%20carga%20dinámica%20probatoria.p).
44. **GASCON ABELLAN, Marina.** “Los Hechos en el Derecho, bases Argumentales de la Prueba”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales S.A. Madrid- Barcelona. Segunda edición, 2004.
45. **GERMAN BAUCHE Eduardo y PRADA Mariela I.** “Teoría General del Derecho Procesal”. Ediciones jurídicas. Buenos Aires 2011.

46. **GIULIANI, A.** "Il concetto di prova", milano 1961. Y prueba in generale, filosofía del derecho, en Inciclopedia del Diritto, XXXVII, milano, 1988, citado por MONTERO AROCA, Juan.
47. **GOLDSCHMIDT, James.** Teoría general del proceso. Editorial labor S.A. Barcelona 1936.
48. **GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio.** En la "Exposición de motivos del mencionado Anteproyecto Río de Janeiro", agosto de 2005.
49. **GOZAINI, Osvaldo Alfredo.** "Elementos de derecho procesal civil". Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera; Buenos Aires, 2005.
50. **GOZAINI, Osvaldo Alfredo.** "La Prueba en el Proceso Civil peruano. Editorial normas jurídicas". Trujillo -Perú. 1997.
51. **HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier;** "Novedades jurisprudenciales de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano", Gerencia Jurídica Pública, Memorias del 2º Seminario Internacional, Módulo II – "La responsabilidad del Estado y de sus agentes", Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Secretaría General, Dirección Jurídica Distrital, 2005.
52. **HURTADO REYES, Martin.** "Fundamentos de Derecho Procesal Civil". Primera Edición. lima 2009.
53. **KFOURI NETO, Miguel.** "Culpa médica e ônus da prova". 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, disponible en <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.
54. **LEDESMA NARVAEZ, Marianella.** "Comentarios al Código Procesal Civil, Análisis Artículo por Artículo". Tomo I. Gaceta jurídica. Primera edición. Lima, julio del 2008.
55. **LEGGUISAMON, Héctor E.** "La Necesaria Madurez de las Cargas Probatorias dinámicas". En: "Cargas Probatorias Dinámicas". Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
56. **LEPORI WHITE, Inés.** "Cargas Probatorias Dinámicas". En: "Cargas Probatorias Dinámicas". Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.

57. **LINARES AVILEZ, Daniel**; “Reflexiones sobre la prueba dinámica”, disponible en www.estudiolinares.com.
58. **LOPEZ MESA, Marcelo J.** “La carga de la Prueba en ciertos casos de Responsabilidad civil” (La Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Jurisprudencia Argentina y Española) disponible En: blog.pucp.edu.pe/.../la-carga-de-la-prueba-en-ciertos-casos-de-responsab.
59. **LUNA YERGA, Álvaro**, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En Particular, la Prueba de la Culpa en los Procesos de Responsabilidad civil Médico-Sanitaria”, Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en www.indret.com.
60. **LLAMAS POMBO, Eugenio**; “Responsabilidad Médica, Culpa y Carga de la prueba”, en “Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio”, coordinado por Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ, ed. Dykinson, Madrid 2000,
61. **MARTÍNEZ VILLALBA, Luis J.**; “Deberes y Obligaciones en relación a la salud”, su exposición en el IX Curso Taller OPS/OMS/CIESS Legislación en Salud, Marco Regulatorio del Acceso a la Salud, Organización Panamericana de la Salud, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, México del 2 al 6 de septiembre de 2002.
62. **MIDON, Marcelo Sebastián**. “Tratado de la Prueba”. Librería de la Paz. 2007.
63. **MIGLIAVACCA, Carolina Moraes**; “Os critérios para a inversão do ônus da prova no processo civil brasileiro”, versión on line en <http://circulodeanaliseeconomicodelderecho.blogspot.com>.
64. **MONRROY GALVEZ, Juan**. “La función del Juez en el Derecho Contemporáneo. Editorial San Marcos. Primera Edición. 2004.
65. **MONTERO AROCA, Juan- ORTELL RAMOS, Manuel- GOMEZ COLOMER, Juan Luís y MONTON REDONDO, Alberto**. “Derecho jurisdiccional”. Proceso Civil, Tomo II. En, José María Bosch Editor S.A, Barcelona, 1995.

66. **MONTERO AROCA, Juan.** "La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la Oralidad (Segunda Parte)". En : Revista Jurídica del Perú, Año LI N° 21 Abril del 2001,
67. **MONTERO AROCA, Juan.** "La Prueba en el Proceso Civil". CIVITAS, Cuarta Edición. España 2005.
68. **MORALES GODO, Juan.** "Instituciones de Derecho Procesal". Palestra. Lima 2005.
69. **MORELLO, Augusto.** "La Prueba, Tendencias Modernas". Editora Platense- Abeledo -Perrot. Buenos Aires, 1991.
70. **MORELLO, Augusto.** "Carga de Probar": Dos puntos clave, J:A. Boletín del 12/ 02/ 1997.
71. **MOURA de AZEVEDO, Antonio Danilo;** "A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro", versión on line desde <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10264>.
72. **MUÑOZ SABATE, Luis.** "Técnica Probatoria, Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso", Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1997.
73. **MUÑOZ SABATÉ, Luis.** "Fundamentos de Prueba Judicial Civil, L.E.C. 1/2000". JM Bosch, Barcelona 2001
74. **NISIMBLAT, Nattan.** "Carga de la prueba". Disponible En: nisimblat.net/publicacionesanteriores/cargadelaprueba.html.
75. **PARRA QUIJANO, Jairo.** "Manual de Derecho Probatorio" 15° Edición, Bogotá, Del profesional, 2006.
76. **PASCO COSMOPILIS, Mario.** "La Prueba en el proceso laboral. En: Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. Las Garantías del justo proceso", (Coordinador PRIORI POSADA, Giovanni) publicado por Palestra Editores. Primera edición. Lima mayo del 2013.
77. **PASCO LIZARRAGA, Mario.** "Avances en Materia de Carga de la Prueba y Presunciones en el Proceso Laboral". En: Estudios sobre la

Nueva Ley Procesal del Trabajo. Jurista Editores. Primera Edición
Lima, noviembre del 2011.

78. **PAZOS MÉNDEZ, Susana**; “Los criterios de Facilidad y Disponibilidad Probatoria en el Proceso Civil”. En *Objeto y Carga de la Prueba Civil* dirigido por Abel Lluch, X. y Picó Junoy, J., ed. Bosch, Barcelona 2007.
79. **PEREZ RESTRPO Juliana**. “La Carga de la Prueba en la Responsabilidad Administrativa por la Actividad Médica - Decaimiento de su Aplicabilidad” Disponible en: aprendeonlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../10399
.
80. **PERREIRA MARQUES, Silvina**. “La carga de la Prueba de la Culpa Profesional Médica”. En: “Cargas Probatorias Dinámicas”. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
81. **PEYRANO W. Jorge**. “Problemas y soluciones Procesales”. Editorial iuris. Rosario, Argentina 2008. .
82. **PEYRANO, Jorge W**. “Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. En: “Cargas Probatorias Dinámicas”. Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario Dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004.
83. **PEYRANO, Jorge W. y CHIAPPINI, Julio** o. “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”. En: *El Derecho* Tomo 107. año 1984.
84. **PEYRANO, Marcos**. “La Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)”, En: *Cargas Probatorias Dinámicas*, Obra colectiva del Ateneo de Estudios del proceso Civil de Rosario dirigida por Jorge W. PEYRANO, Rubinzal -Culzoni Editores. Santa Fe. 2004.
85. **PEYRANO, Jorge W**. “Cargas Probatorias Dinámicas”. Rubinzal - Culzoni Editores. Argentina. 2008.
86. **PICO I JUNOY, Joan**. “El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil” J.M. Bosch Editora- Barcelona 1996.

87. **PICO I JUNOY, Joan.** “El Principio de adquisición procesal en Materia probatoria”; En: Rev. La Ley. N° 6404 de “0 de enero de 2006.
88. **PITO POLANCO, Anna Cristina; MUÑOZ PACHECO, Elkin Fernando; LÓPEZ LÓPEZ, Juan Andrés y ARTUNDUAGA NÚNEZ, Leonardo;** “Evolución histórica de la jurisprudencia colombiana. La culpa como atribución de responsabilidad médica”. Período 1940-2003”, en Revista Ventana Investigativa.
89. **PRIETO CASTRO, L.** “Derecho procesal civil”, Tecnos , Madrid,1978.
90. **PRIORI POSADA, Giovanni.**“Comentarios a la Ley del proceso contencioso administrativo”. ARA Editores 4° Edición, Perú 2009.
91. **PRUTTING, Hanns.** “Problemas de la Prueba en los procesos por Responsabilidad Medica”. Festschrift150 JahreLandgerichtsaaarbrucken 1985.
92. **PUIG BRUTAU, José,** "Introducción al Derecho Civil"; Ed Bosch, Barcelona, 1981
93. **RADBRUCH, Gustav.** “Introducción a la Filosofía del Derecho”. Fondo de Cultura Económica, México 1955.
94. **ROSEMBERG, Leo.** “La Carga de la Prueba”. Ediciones Jurídicas Europa – América BOSC Y CIA EDITORES, Buenos Aires 1956.
95. **SENTIS MELENDO, Santiago.** “La Prueba, Los Grandes Temas del Derecho Probatorio”. Editorial Ejea. Buenos Aires 1978.
96. **SEOANE SPIELBERG J.L.** “La Prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Disposiciones Generales y presunciones”. Aranzadi. Navarra 2002.
97. **TAMAYO JARAMILLO, Javier,** “Responsabilidad Civil Medica en los Servicios de salud. Medellín”. Biblioteca jurídica DIKE 1993.
98. **PEREZ RESTRPO Juliana,** en: “La Carga de la Prueba en la responsabilidad Administrativa por la actividad Médica- decaimiento de suaplicabilidad”.aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/.../10399.
99. **TARUFFO, Michele,** “La Prueba”. Marcial Pons. Barcelona 2008.

100. **TARUFFO, Michele y RAMIREZ CARBAJAL, Diana.** “Conocimiento, Prueba, Pretensión y Oralidad”. Ara Editores. Lima Perú 2009.
101. **TARUFFO, Michele.** “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” .Iuset Praxis. [online]. 2006, vol.12, No.2 .Disponible en la **World Wide Web: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pidS0718-00122006000200005&lng=es&nrm=iso>.** **ISSN 0718-0012.**
102. **TARUFFO, Michele** “La Prueba de los Hechos” 2º Edición Traducción castellana por Ferrer Beltran, Madrid, Trotta 2005.
103. **TEPSICH, María Belén.** “Cargas Probatorias Dinámicas”. En Cargas Probatorias Dinámicas, Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe 2004. P. 162.
104. **TRUJILLO CABRERA, Juan;** “Aproximación al Análisis Económico del Derecho de algunas Instituciones del Sistema Jurídico Colombiano”, Artículo integrante de la investigación denominada “Los principios constitucionales a la luz del Análisis Económico del derecho”, dentro del grupo de investigación “Derecho y Economía” de la Corporación Universitaria Republicana, reconocido por Conciencias”.
105. **TRUJILLO CABRERA, Juan;** “La Carga Dinámica de la Prueba”, Ed. Leyer, 2007. Disponible en: : **unaula.edu.co/sites/default/.../La%20carga%20dinámica%20probatoria.p**
106. **URIARTE CORDON, Aner.**“La Inversión de la Carga de la Prueba2 . En “objeto y Carga de la Prueba Dirigido por ” Abel LLuch X. y Picó i Junoy (Dirs) J.M. Bosch. Barcelona, 2007.
107. **VALENTIN, Gabriel.** “Análisis Crítico de la Llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas”. Disponible en línea: **http://egacal.educativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf** [Marzo 17 de 2013].
108. **VALLS LLORET, Juan Domingo;** “La Responsabilidad Civil por Negligencia Médica. Su Acreditación Procesal”, versión disponible on line en **<http://www.ajs.es/RevistaDS/VOLUMEN%2008/Vol0801-7.pdf>**.

109. **VAN ROMPAEY, Leslie.** “La Teoría de Las Cargas Probatorias Dinámicas en el Derecho Procesal Uruguayo Disponible en: egacal.edu.uy/upload/AAV_GabrielValentin.pdf
110. **VARGAS, Luis Abraham.** “Cargas Probatorias Dinámicas. Sus Perfiles Actuales y Algunas Respuestas para sus Críticos”. En Activismo y Garantismo Procesal”. Ediciones de la Academia Nacional de derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Vol. XL, VII Año 2009.

FUENTES HEMEROGRAFICAS.

111. **ARISTIZÁBAL MARÍN, Harold;** “El << Oblito Quirúrgico>> y La Responsabilidad del Equipo Quirúrgico”, espigado en Revista Médico Legal, Volumen III, N° 2, Julio-Diciembre de 1997.
112. **AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado** de; “A Responsabilidade Civil do Médico”, en Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 713, p. 33-53, 1995.
113. **BERMUDES MUÑOZ, Martin.** “El Futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”. En Revista Temas Jurídicos N°11, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 1995.
114. **BULLAR GONZALES, Alfredo.** “Cuando las Cosas Hablan: El RES IPSA LOQUITUR y la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Civil”; artículo publicado en Themis Revista de Derecho No. 50, Lima, Perú año 2005.
115. **CARPES, Artur;** “A distribuição dinâmica do ônus da prova no formalismo-valorativo”, en Revista de Direito Processual Civil N° 39, Curitiba, Año XI, janeiro- junho 2006.
116. **CIPRIANI, Franco.** “El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)”, Ius et Praxis. 2007, vol.13, N°.2, . Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200003&lng=es&nrm=iso. **ISSN 0718-0012.**
117. **DALL`AGNOL JUNIOR, AntônioJanyr;** “Distribuição Dinâmica dos ônus probatórios”, en Revistados Tribunais, São Paulo, 788: 92-107, jun/2001. También publicado en Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, N° 280, fev.2001.

118. **DÍAZ DEL CASTILLO, Catalina Rosero y MANSILLA, Carlos José;** “Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quién corresponde probarla?”, en Revista Médico Legal, N° 4, Colombia 2004. egacal.e-ucativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf.
119. **HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, Alier;** “Responsabilidad de las Entidades Oficiales Prestadoras del Servicio de Salud en la Jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., octubre 31-noviembre 1/2002,
120. **HURTADO REYES, Martín.** “Comentarios sobre la Carga Probatoria Dinámica”. En gaceta Civil y procesal Civil. Tomo N| 04. Octubre 2013.
121. **LEDESMA NARVAEZ, Marianella.** “Abandono del Proceso y Carga Probatoria”. En Gaceta Civil &Procesal Civil. Tomo N° 4, Octubre del 2013
122. **LORENZETTI, Ricardo Luis.** “Teoría General de Distribución de la Carga Probatoria”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, ed. Rubinzal - Culzoni, Núm. 13.
123. **MONTERO AROCA, Juan.** “La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española y la Oralidad (Segunda Parte)”. En : Revista Jurídica del Perú, Año LI N° 21 Abril del 2001
124. **PALACIOS PAREJA, Enrique,** Opinión “Al Imponer Las Cargas Probatorias dinámicas la Sala Suprema Asume un Rol Inquisitivo”. En gaceta Civil y procesal Civil. Tomo N° 04. Octubre 2013.
125. **PELÁEZ GARCÍA, Mateo.** “Responsabilidad Civil y del Estado”, En: Revista del Instituto Antioqueño de responsabilidad Civil y del Estado, No. 14, Julio de 2003.
126. **VARGAS RUIZ, Luis.** “De la Prueba del Diablo y de Otros Demonios. A propósito de la Distribución de la Carga de la Prueba”. En. DEIURE. Revista para litigantes. Revista de Derecho N° 1, setiembre de 2007.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

Jurisprudencia Nacional.

1. **Casación N° 1385-2004. Lima.** Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 31/05/ 2005.
2. **Casación N°2729-2007- Lima** Publicado en el Diario Oficial El Peruano el, 02/01/2008.
3. **Casación N°4445-2011- Arequipa,** El Peruano de 30 de septiembre del 2013.
4. **Casación N°5247-2008- Cajamarca.** La Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 / 12 / 09 Página 26977.
5. **Expediente N° 4116-98 Lima.** De fecha 20 de mayo de 1999, Cuadernos Jurisprudenciales, sobre Simulación de Acto Jurídico, Suplemento mensual de Dialogo con la Jurisprudencia N° 45, Marzo del 2005. P. 35-37.
6. **Expediente N° 4871- 98** de fecha 21 de julio de 1999, citado por HURTADO REYES, Martín. En: Fundamentos de Derecho procesal Civil IMDEMSA Junio 2009. P. 592.
7. **Sentencia del Tribunal Constitucional** recaída Expediente N° 06712-2005 /HC/ /T.C. Fundamento 15.
8. **Sentencia del Tribunal Constitucional** en el Expediente N° 01776-2004-AA. sobre la nulidad de afiliación en AFP de fecha 26 de enero del 2007 Fundamento 50.
9. **.Sentencia del Tribunal Constitucional** recaída en el Expedientes N° 4831-2005-PHC/T.C, fundamento 6.
10. **Sentencia del Tribunal Constitucional** recaída en el Expedientes N° 4831-2005-PHC/T.C, fundamento 6.

Jurisprudencia Extranjera

De España.

11. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2to. Turno, Sentencia Nº 71, Montevideo, 28.4.2004, in re "ALVARO BEBANZ C/ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA PRIMERA DE SOCORROS MUTUOS y OTRO"(F. 5.198.2003), Ministros Dres. Mariela Sassón, Tabaré Sosa Aguirre y Jorge Omar Chediak González (disponible en <http://www.elderechodigital.com.uy/smu/juris/smu0066.html>).
12. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4to. Turno, Sentencia Nº 71, Montevideo, 26.4.2000, in re "EGC/ ESTADO (BPS), MUTUALISTA CCA - COBRO DE PESOS" - Ficha Nº 6/1999, Ministros Dres. Jorge T. Larrieux, Juan P. Tobía Fernández y Eduardo J. Turell (disponible en <http://ar.geocities.com/ggarcialemes/tac4.71.26.4.00.html>).

De Argentina.

13. **CASO:** "PERÓN, JUAN D", en una causa penal (21. 6. 1957)
14. **CASO:** "Palma, Sergio Víctor c/ Banco Central de la República Argentina" (10/10/1996).
15. **CASO:** "Caso Palma, Sergio Víctor c/ Banco Central de la República Argentina" (10/10/1996).
16. **CASO:** "Peralta, Pedro c/ Clínica Médica Integral Las Palmas y Oros" (21/08/1997) "(Disidencia del doctor Adolfo Roberto Vázquez)" (Fallos, Tomo: 320 Folio: 1811).
17. **CASO:** "Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario" (10/12/1997) (Fallos, Tomo: 320 Folio: 2715).

De Brasil.

18. **CASO:** "Rudaz Bissón, Juan Carlos c/ Editorial Chaco S.A. s/ Indemnización de Daños y Perjuicios" (02/04/1998).

19. **CASO** :na Apelação Cível Nº 70010636504, de relatoria da Des. Isabel de Borba Lucas, julgada em 19.05.2005.
20. **Caso**:na Apelação Cível Nº 70006513477, julgada em 15.12.2004. Relatoria do Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, decisão na qual restou consignou.
21. **Caso**: e na Apelação Cível Nº 70006922504. Relatoria do Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, julgada em 13. 04. 2004.

De Colombia.

22. **Caso**: sentencia de 1990: La prueba de la falla del servicio de la entidad pública se estimó, sin reparos, como carga del actor hasta 1990.
23. **Caso**: sentencia del 10 de febrero de 2000: El Magistrado Ponente Dr. Alier HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

De Venezuela.

24. **Caso**: Gil Mendoza contra Municipio Iribarren del Estado Lara, en juicio de nulidad de acto jubilatorio, sentencia 06.10.2003.
25. **Caso**: Justa Santeliz contra Ministerio de Educación Superior, en juicio de cobro de diferencia de prestaciones sociales de funcionario público. Sentencia 06.09.2004.
26. **Caso**: Promotora Plaza Los Robles, C.A., sentencia interlocutoria. 04.07.2007

PRINCIPALES NORMAS LEGALES CONSULTADAS

De Perú.

1. **CODIGO PROCESAL CIVIL** Aprobado por el Decreto Legislativo Nº 768. Publicado el 04 de marzo de 1992. Jurista Editores. Edición actualizada, mayo 2013.

2. **Nueva Ley Procesal del Trabajo. Ley N° 29497.** Publicada en el Diario oficial El Peruano, el 15 de enero del 2010.
3. **Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso - Administrativo,** Decreto Supremo N° 013- 2008-JUS Publicado en el Diario “El Peruano” el 29 de agosto 2008.elatenio.org/documents/trabajosBajar/Diagolosedoctrina.pdf.
4. **Resolución N° 013-2008-TSC-OSITRAN.** Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN
5. **Resolución N° 005-2009-TSC-OSITRAN.** Reglamento de Atención de Reclamos de OSITRAN “la entidad prestadora solo puede requerir a la empresa usuaria el pago de un servicio efectivamente brindado.

Legislación Extranjera.

6. Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1/2000(empezó a regir en enero de 2001).
7. Nuevo Código Procesal Civil de Francia, según la modificación operada por Decreto 3003-542del 23 de junio del 2003.
8. Código Procesal Civil de Italia.
9. Código Procesal de Portugal de 2003.
- 10.El moderno Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia la Pampa, Argentina del año 2000.
- 11.Proyecto de Reforma al art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial Nacional de Argentina 23/03/2004 - (TP 17) 1041-D-04
- 12.Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 988.
- 13.Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del 28 de octubre 2004.
- 14.Código do Processo Civil do Brasil.
- 15.Código General del Proceso del Uruguay de 1989.
- 16.Proyecto de Nuevo Código General Del Proceso de Colombia del 28 de abril del 2004.
- 17.El proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de Guatemala.
- 18.Anteproyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Chile del 2007.

PAGINAS Web CONSULTADAS

1. [http://WWW.es.scribd.com/doc/55589467/Carga-Dinámica-de-La-Prueba.](http://WWW.es.scribd.com/doc/55589467/Carga-Dinámica-de-La-Prueba)
2. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas/.../fil...>
3. [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas.](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas)
4. <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas/.../fil>
5. [http://www.ces.edu.co/index.php/.../doc.../365-abces-carga-de-la-prueba.](http://www.ces.edu.co/index.php/.../doc.../365-abces-carga-de-la-prueba)
6. [http://www.jussantiago.gov.ar/.../peyrano/cargas%20probatorias%20dinamicas.](http://www.jussantiago.gov.ar/.../peyrano/cargas%20probatorias%20dinamicas)
7. [http://www.slideshare.net/.../aspectos-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en.](http://www.slideshare.net/.../aspectos-generales-sobre-la-carga-de-la-prueba-en)
8. <http://www.lhcdn.gov.ar/>
9. [http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm en español](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm)
10. [http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm en inglés](http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm)

ANEXOS

EXP. N° 4116-98-LIMA

SIMULACION

Simulación, causa y carga de la prueba

Los efectos del negocio jurídico representado por la causa, punto fundamental para la simulación, guardan plena concordancia con una de las características de esta institución jurídica, cual es el propósito de promover en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado.

La controversia no debe resolverse bajo el esquema que el actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo, sino que en materia de simulación, la doctrina reconoce la llamada carga probatoria dinámica, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas, esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según la cual, la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla.

SALA DE PROCESO ABREVIADOS Y DE CONOCIMIENTO

Lima, veinte de mayo de mil novecientos noventinueve.

VISTOS: interviniendo como vocal ponente el señor Aguado Sotomayor, por sus fundamentos; y **CONSIDERANDO** además: **Primero.-** Que la demanda incoada por doña María Herminia Novoa Maza apunta a que se declare la nulidad de la escritura pública de compraventa celebrada entre los demandados con fecha veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y siete y su inscripción correspondiente, la misma que tiene como sustento la concurrencia de la causal de simulación absoluta. **Segundo.-** Que los efectos generales del negocio jurídico viene representado por la causa como punto fundamental para la simulación, la misma que guarda plena concordancia con una de las características de esta institución jurídica cual es el propósito de provocar en perjuicio de la ley o de terceros ajenos al negocio, una falsa creencia sobre la realidad de lo declarado. **Tercero.-** Que según se aprecia el escrito de demanda, la pretensión de nulidad tiene como premisa el acto de disposición que surge del contrato celebrado con la firma Constructora e Inmobiliaria Sibi Sociedad Anónima con fecha once de junio de mil novecientos noventa y seis, quien actuó representado por su apoderado Felipe Silva Escobar, precisando que "(...) lejos de cumplir con el requerimiento judicial (para que se le otorgue la escritura pública), procedido a efectuar una venta fraudulenta del inmueble (...) a don Oscar Córdova Méndez, codemandado en el presente proceso quien de paso es hermano de la nueva apoderada de la demandada Gladys Córdova Méndez y por un precio mucho menor al pagado por la recurrente(...)". **Cuarto.-** Que en consecuencia, la actora señala que la causa del negocio se encuentra predeterminada con el objeto de causarle perjuicio, no obstante la transferencia operada a favor de ella, celebrándose para el efecto un contrato simulado con una mera apariencia de la voluntad de contenido expresada por los declarantes quienes, en verdad, no han querido ni ese ni ningún otro negocio, al celebrar un acto fraudulento. **Quinto.-** Que la presente controversia debe resolverse no solo en función al esquema diseñado en nuestro ordenamiento procesal como una situación preordenada tendiente a que al actor le incumbe probar los hechos constitutivos y al demandado acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio mecanismo; sino que en materia de simulación, la doctrina reconoce las llamadas cargas probatorias dinámicas, la que se encuentra referida a situaciones jurídicas (consideración dinámica del Derecho), esto es, situaciones de expectativa, esperanza de la conducta jurídica que ha de producirse, según el cual la carga de probar se traslada a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla. **Sexto.-** Que en ese sentido, ni la empresa demandada (vendedora) ni los compradores, han aportado medios probatorios conducentes a demostrar que el negocio jurídico celebrado entre ambos no se encuentra afecto de simulación absoluta, conforme a la redistribución del *onus probando*, en virtud de la cual al demandado le incumbe el deber moral de aportar elementos probatorios orientados a demostrar lo contrario a una simulación, pues por un lado, la primera de las nombradas se encuentra en situación de rebeldía, no habiéndose pronunciado sobre los extremos de la demanda, silencio que implica su falta de colaboración para extraer argumentos de prueba, en tanto que el segundo de los nombrados reconoce haber tenido conocimiento sobre la

transferencia efectuada a favor de la demandante, asimismo admite tener relación de parentesco con la actual apoderada de la empresa demandada y por último reconoce también que como consecuencia de la compraventa celebrada por la actora había operado la *traditio* del bien. **Sétimo.-** Que lo señalado precedentemente tiene especial significación si se tiene en cuenta que el indicado comprador, de acuerdo a su propia afirmación, actuó asesorado por un abogado, argumentando que la demandante había sufrido estafa al habersele vendido un bien por una persona que no tenía facultades para realizar actos de disposición a la empresa, empero, es evidente que tenía conocimiento que no obstante la supuesta invalidez, ello necesariamente tenía que ser declarado en sede judicial porque el derecho del demandante se encontraba latente a la luz de haberse configurado todos los pormenores de la compraventa consumándose esta con la entrega del bien y el pago del precio pactado. **Octavo.-** Que al margen de establecer si la compraventa efectuada por la demandante resulta válida o no, porque ello no es materia de Litis, sin embargo, surge de aquella el interés para accionar la nulidad del negocio celebrado por los demandados con arreglo a lo dispuesto por el artículo 220 el Código Civil, premisa fundamental para analizar los efectos de la causa del acto cuestionado por tener estricta relación con la misma, por cuyo motivo de lo actuado se evidencia elementos de juicio suficientes que demuestran la simulación de este último, porque los emplazados pese a encontrarse en mejores condiciones que la actora de aportar pruebas que corroboren de manera plena la veracidad del acto jurídico, esto no se ha materializado. **Noveno.-** Que en este orden de ideas, la empresa demandado no ha probado que el dinero pagado por la demandante relativo al precio pactado por su apoderado no haya ingresado a sus arcas, lo cual hubiese significado no haber tenido conocimiento de la actuación de su apoderado, y por último realizó la venta cuando ya se había producido la admisión y presunto emplazamiento de la demanda sobre otorgamiento de escritura formulada por la actora en su contra; en tanto que el comprador emplazado, a efectos de convalidar dicho acto jurídico ha considerado desapercibida la existencia del tracto sucesivo que era de su perfecto conocimiento, aunado a la relación de parentesco que lo vincula con la ahora apoderada de la demandada, siendo innegable que se encontraba en condiciones de verificar si el dinero proveniente de la compraventa precitada no ha sido considerado como activo de la empresa, aspecto que no ha sido cuestionado, constriñéndose la contradicción a una falta de facultades del anterior apoderado, por lo que la mera falta de formalidad no podía inducir al comprador a establecer *a priori* la inexistencia del referido acto de disposición, situaciones que conllevan a determinar fundadamente que la citada compraventa materia de Litis se encuentra bajo los alcances de la simulación absoluta que contempla el artículo 190 del Código Civil. **Décimo.-** Que finalmente, si bien es cierto que en el petitorio de la demanda se precisa que la nulidad se encuentra referida a la escritura pública de compraventa, también lo es que la determinación de la pretensión se encuentra determinada por la causa petendi, vale decir por los hechos que sustentan aquella pretensión, lo que por cierto se encuentra dirigida a cuestionar en esencia el acto de compraventa y no la formalidad del mismo; CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas doscientos treintiséis a fojas doscientos cuarenticinco, su fecha treintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho que declara FUNDADA la demanda de fojas cuarenta a cuarentaitrés, en consecuencia declara NULO el acto jurídico de compraventa celebrado entre los demandados Constructora e Inmobiliaria Sibi Sociedad Anónima y Óscar Alfredo Córdova Mendoza de fecha veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y siete, ante la notaría del doctor Jaime Alejandro Murguía Caveró; y NULA la inscripción en el asiento registral C-2 de la ficha 417883 del Registro de Propiedad de los Registros Públicos de fecha veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y siete; e INFUNDADA en el extremo que solicita una indemnización por daños y perjuicio; e INFUNDADA la reconvencción planteada por el codemandado Óscar Alfredo Córdova Méndez sobre indemnización por daños y perjuicios; con lo demás que contiene; y los devolvieron; en los seguidos por doña María Herminia Novoa Maza contra Constructora e Inmobiliaria Sibi S.A. y contra don Óscar Alfredo Córdova Méndez, sobre nulidad de escritura pública.

SS. AGUADO SOTOMAYOR, BARREDA MAZUELOS; ZALDIVEA QUEIROLO.

CAS. N° 4445-2011 AREQUIPA.

Lima, veinticinco de octubre del dos mil doce.-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; con los acompañados;

vista la causa número cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco - dos mil once, en audiencia pública de la presente fecha y producida la votación conforme a ley, se expide la siguiente sentencia. **I.**

MATERIA DE RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata contra la sentencia de vista obrante a fojas seiscientos trece, su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas el veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio de dos mil siete e ineficaces los documentos que lo contienen, en los seguidos por María Jesús Apaza Tiznado y otros, sobre impugnación de acuerdo.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: Mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, se declaró procedente el recurso de casación propuesto, según fluye del cuadernillo formado por esta Sala Suprema, por la infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se deja a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurrieron a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos porque empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma.

Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues esta norma habla tanto de la prueba ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho.

III. CONSIDERANDO: Primero.- Que, la causal invocada por el recurrente se sustenta en dos argumentos invocados en sede casatoria, relativos a la inaplicación de las normas procesales; el primero, referido a la inaplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil y el segundo, a la inaplicación del artículo 200

del citado Código. Antes de absolver las denuncias efectuadas por el recurrente conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso: i) Es de advertir que a fojas sesenta y cinco, María Jesusa Apaza Tiznado y otros Interponen demanda contra don Juan Sánchez Huamán y doña Hilaria Qquecho Cusi sobre impugnación de acuerdos y de las actas de asambleas generales extraordinarias de la Asociación de Comerciantes "El Baratillo los Cuatro Suyos" de fechas veintisiete de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado por adolecer de nulidad insalvable, a efecto de que se declaren nulos los acuerdos adoptados, en dichas asambleas, así como nulas las actas que lo contienen y consecuentemente se deje sin efecto, ni valor alguno la designación de miembros del jurado electoral y el nombramiento del nuevo Consejo Directivo demandado; ii) la Asociación de Comerciantes "El Baratillo los Cuatro Suyos" representada por don Félix Churata Churata en su contestación de demanda, alegando que la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva) una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata, procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; iii) En la Audiencia respectiva, cuya acta obra a fojas cuatrocientos ochenta y ocho, se fijó como punto controvertido establecer si los demandados están en la obligación de transferirle al accionante sus derechos de socios de la Cooperativa de Servicios Especiales Mercado Central Limitada, en virtud del contrato de Compra Venta del stand que celebró con el codemandado en su condición de vendedor de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; iv) el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161-2010- 9JEC, su fecha veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore esta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final de artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además de las actas se aprecia que en orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora; v) La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal civil), señaló lo siguiente: "para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación"; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. **Segundo.-** Que, el derecho a la prueba es un derecho constitucional implícito que se encuentra albergado en el derecho al debido proceso contenido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución. Derecho complejo que engloba a su vez, cinco derechos específicos: a) a ofrecer los

medios probatorios que la parte procesa considera necesarios para probar los hechos alegados. Ofrecimiento que debe efectuarse en conformidad con el marco legal que para tales efectos establecen las normas pertinentes; b) a que se admita la prueba ofrecida que respete los límites inherentes a la actividad probatoria y a los debidos requisitos que para ello prevé el ordenamiento procesal civil. Este derecho exige que el Juez admita las pruebas pertinentes, conducentes e idóneas, útiles, lícitas y ofrecidas en forma oportuna. En caso de duda en cuanto a su admisión debe ser admitida. Todo rechazo a la prueba ofrecida debe hacerse mediante resolución debidamente motivada adecuada y razonablemente; c) a que se actúe el medio probatorio ofrecido y admitido, pues no puede considerarse como admitido un medio probatorio no actuado, vulnerándose el derecho a la prueba. La actuación de la prueba no se encuentra sujeta a discrecionalidad del Juez; d) a que se someta al contradictorio, esto es, una vez admitida la prueba debe ponerse en conocimiento de la contraparte y pueda formular sus apreciaciones o cuestionamientos o desvirtuada con otros medios de prueba, ajustando su actividad procesal a lo establecido en las normas procesales correspondientes. No puede permanecer oculta, en caso contrario sería vulnerar ese derecho a la prueba; e) a que el medio probatorio admitido, sometido al contradictorio y actuado sea valorado adecuadamente y con la motivación debida por el órgano jurisdiccional. La vulneración del derecho a la valoración de la prueba aportada, generalmente, se manifiesta por la falta de apreciación del material probatorio o por la valoración arbitrada, puesto que deben valorarse no en forma exclusiva o aislada, sino en forma integral o conjunta y razonada, empero en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. **Tercero.-** Que, en líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquél en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán fundamento de las sentencias. Este principio dispositivo está consagrado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que el demandante y el demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda y contestación de demanda, respectivamente. La regla general de la carga de la prueba contenida en nuestro Código Procesal Civil responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, y en una gran parte de países. **Cuarto.-** Que, no obstante lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AA/TC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que: "es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probando* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva". Es así que en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba. **Quinto.-** Que, debe ponderar la situación que cuando quien tiene la carga de probar se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que quien está en la contraparte tiene fácil acceso a los medios probatorios, pero que al verse beneficiado por no estar gravado con la carga de la prueba y en consecuencia no tener incentivos para aportar las mismas, toma ventaja de esta situación para ganar posiciones dentro del proceso o probablemente obtener un resultado final favorable ante la imposibilidad de quien alega los hechos de comprobar sus afirmaciones. **Sexto.-** Que, el proceso, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil tiene por finalidad resolver conflictos de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, para ese fin el Juzgador tendrá que hacer una labor de reconstrucción de los hechos a través de las pruebas que se aporten para poder determinar la pretensión de cuál de las partes amparar, por su lado las partes en conflicto previsiblemente actuarán en forma egoísta y conforme sus intereses, elaborando estrategias

legales que supeditarán como van a proceder para persuadir al Juez que les dé la razón. Al respecto es importante tener presente que, si bien los procesos en teoría fueron creados para darle finalmente la razón a quien la tiene, en la práctica esto no ocurre necesariamente de esa manera pues son muchos los factores que intervienen dentro de los mismos y en consecuencia condicionan su resultado, es determinante la habilidad con que las partes estructuran sus posiciones pues al igual que en los juegos, en los procesos, para ganar no basta con conocer las reglas sino que además se debe tener pericia para jugar, gana quien persuade al Juez que le dé la razón, y este último al no haber sido partícipe del conflicto ni conocer los antecedentes de caso, va a fundamentar sus decisiones en aquellos argumentos que le causen convicción y los hechos que sean probados por las partes; sobre el particular, el Maestro Piero Calamandrei nos dice: "La sentencia no es, por consiguiente, el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante de tres fuerzas en juego, dos de las cuales, al tratar cada una de arrastrar en su propia dirección a la tercera, despliegan entre sí una competición reñida, que no es solo de buenas razones, sino también de habilidad técnica para hacerlas valer. Afortunada coincidencia es la que se verifica cuando entre los dos litigantes el más justo se también el más hábil: pero cuando en ciertos casos (y quiero creer en raros casos esa coincidencia no se dé, puede ocurrir que el proceso de instrumento de justicia, creado para dar razón al más justo, pase a ser un instrumento de habilidad técnica, creado para dar la victoria al más astuto". **Sétimo.**- Que, siguiendo esta idea es natural que las partes actúen estratégicamente dentro del proceso para disimular sus falencias y acrecentar sus fortalezas a fin de convencer al Juzgador sobre sus pretensiones. Una de las piezas claves con las que juegan este ajedrez es la prueba, el litigante sagaz dentro de su estrategia tendrá presente además de sus fortalezas y debilidades las de su contraparte, y dentro del esquema que plantee tratará de debilitar las fortalezas del contrario y explotar sus falencias, siendo muy importante dentro de este esquema la evaluación de los medios probatorios que serán ofrecidos y establecer a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de propiciar escenarios favorables a sus intereses. En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al Juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria. **Octavo.**- Que, al respecto, Alvaro Luna Yerga nos explica lo siguiente: "La disponibilidad probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el Principio de Facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra ésta resulta más fácil o cómoda. Con la aplicación de estos principios, el Juzgador si bien inicialmente deberá tomar en consideración la regla que establece que quien afirma los hechos debe probarlos, al momento de sentenciar podría invertir la carga probatoria si la parte que tiene facilidad o disponibilidad de los medios o fuentes de prueba no colabora con el proceso u obstaculiza el acceso a los mismos". **Noveno.**- Que, en el presente caso el *A quem*, en aras de llegar a la verdad jurídica aplicó la prueba dinámica, atendiendo a que **es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo**, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. No obstante ello, la parte demandada tampoco cumplió con adjuntar el "comunicado" que la demandante le imputa haber colocado en la "pizarra de la Asociación", ello también a fin de desvirtuar la afirmación sostenida por la parte demandante respecto a que dicha comunicación citaba para las tres de la tarde, en primera citación y para las tres y treinta de la tarde en segunda citación, pero sin indicarse los puntos a tratar. Tampoco cumplió con exhibir el Libro de Actas número dos de la Asociación, ello a fin también de desvirtuar la afirmación de que en el folio

ciento treinta y cinco del libro, existiría otra acta realizada en la misma fecha. Que, el hecho que los acuerdos impugnados hayan sido inscritos en Registro Públicos (*sic*). **Décimo.-** Que, atendiendo a que en el proceso existen "cargas", es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de "imperativos del propio interés". Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las "posibilidades" procesales, puesto que toda "posibilidad" impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la más grande culpa frente a uno mismo es la de haber perdido la ocasión. Y ponderado que es la parte demandada quien ostenta la mejor posibilidad de demostrar que las convocatorias materias de controversia fueron realizadas cumpliendo con las formalidades de ley, y no obstante ello no acreditó en autos sus argumentos de defensa, en consecuencia, el recurrente ha violado la carga de probar lo que alega. **Undécimo.-** Que, en dicho contexto, resulta adecuado aplicar al caso de autos la carga de la prueba dinámica atendiendo a que era el recurrente quien se encontraba en mejores condiciones de probar lo que alega en su defensa, habiendo omitido la parte demandada acreditar lo que alega en su defensa, resulta adecuado lo resuelto por el Colegiado en aras del principio de facilidad y de acceder a la verdad legal para dilucidar la presente controversia, por lo que carece de asidero legal argumentar la aplicación de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil en el presente proceso, deviniendo en inviable la causal denunciada por el recurrente. **IV. DECISION:** Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo previsto por el artículo 197 del Código Procesal Civil; **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Félix Churata Churata; **DISPUSIERON:** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por María Jesusa Apaza Tiznado y otros con Inés Choque Yanque y otros sobre impugnación de acuerdo; y, los devolvieron; intervino como Juez Supremo ponente el señor Castañeda Serrano. SS. RODRIGUEZ MENDOZA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERON CASTILLO.

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA JUEZ SUPREMO DOCTORA HUAMANI LLAMAS ES COMO SIGUE: 1.- MATERIA DE RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, (fs. 645), contra la sentencia de vista (fs. 613), su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas e veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio de dos mil siete e ineficaces los documentos que contienen. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** La Sala Suprema mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, por infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma

la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurrieron a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos por que empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma. Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues ésta norma habla tanto de la prueba ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho. **3: Antecedentes:** Que, para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa reseñada en el párrafo que antecede, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso: 3.1.- Que, mediante demanda de impugnación judicial de acuerdos de folios sesenta y cinco, subsanada a folios ochenta y cuatro, se pretende la nulidad de los acuerdos adoptados en las actas de Asambleas Generales Extraordinarias de los asociados de la Asociación de Comerciantes El Baratillo los Cuatro Suyos, de fecha veinticuatro de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los Miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado, por adolecer las indicadas Asambleas de nulidad insalvable. 3.2.- Que, al contestar la demanda la Asociación El Baratillo los Cuatro Suyos representada por don Félix Churata Churata alega que, la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva); una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata, procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; 3.3.- Que, el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161-2010-9JEC, su fecha veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore ésta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además, de las actas se aprecia que el orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora; 3.4.- La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal Civil), señaló lo siguiente: "para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación"; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que

se iba a tocar. **4.- Considerando: Primero:** Que, el principal argumento que sostiene el demandado se encuentra referido al derecho constitucional del derecho a la prueba, atendiendo a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil. **Segundo:** Que, el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del Estado. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos y comprende cinco derechos específicos: i) El derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; ii) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; iii) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; iv) El derecho a impugnar -oponerse o tachar- las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de éstas; y, v) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica. Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte y aún la actuada de oficio, y asimismo el derecho a obtener del Órgano Jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba. **Tercero:** Que, en este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, el vínculo entre prueba y tutela procesal efectiva es ineludible: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio. **Cuarto:** Que, se verifica de autos que la Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia, sosteniendo que la parte demandada se encontraba en mejores condiciones para presentar las pruebas que acrediten que las Convocatorias a las Asambleas Generales Extraordinarias de los Asociados de la Asociación de Comerciantes el Baratillo Los Cuatro Suyos, se efectuaron en la forma y plazos que exigen los estatutos, sin tener en cuenta que conforme ha desarrollado en la sentencia materia del presente recurso extraordinario **que el demandado se encontraba en calidad de rebelde.** **Quinto:** Que, estando a lo expuesto, si bien es cierto que la prueba es la actividad procesal que tiene como objetivo alcanzar certeza en el juzgador, respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos; también lo es que el juzgador tiene el deber esencial de hallar la verdad jurídica objetiva con una sentencia ajustada a la verdad real, por lo que en aplicación del artículo ciento noventa y cuatro del Código Procesal Civil, el juzgador en uso de sus facultades puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente; siendo así, a fin de resolver un conflicto y lograr la paz social en justicia, se considera necesario antes de resolver la presente litis, que se disponga la presentación de las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, así como tomar la declaración de las partes, a fin de acreditar la cantidad de socios hábiles al momento de la convocatoria a las indicadas Asambleas. **Quinto:** Que, este análisis pone en manifiesto que las sentencias expedidas en el presente proceso no se encuentran arregladas a derecho, pues si bien es cierto la carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho de manera que su incumplimiento determine la absolución de la contraria, también lo es que las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba, deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva sino en su conjunto, por cuanto solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso, resultando amparable el recurso de casación en este punto, consiguientemente carece de objeto pronunciarse sobre las demás infracciones normativas; en consecuencia frente a la invalidez insubsanable de la sentencia de vista, corresponde disponer que el Juez de la causa emita nuevo pronunciamiento teniendo en consideración lo indicado en

la presente resolución. **5.- DECISION:** Por las consideraciones precedentes y conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 396 del Código Procesal Civil: **MI VOTO** es porque: Se declare FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata, y en consecuencia NULA la sentencia de vista contenida en la resolución número 051 su fecha cinco de agosto de dos mil once de fojas seiscientos trece; e INSUBSISTENTE la sentencia apelada de fojas quinientos cincuenta y nueve, del veintitrés de septiembre de dos mil diez. Se **DISPONGA** el reenvío del proceso a Juez del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a fin de que emita nuevo pronunciamiento respecto al fondo de la controversia, conforme a las directivas de la presente resolución; y se **ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a ley; en los seguidos por María Jesusa Apaza Tiznado y otros contra Félix Churata Churata y otros, sobre Impugnación de Acuerdos; y los devolvió;

S. HUAMANI LLAMAS.

CAS. N° 5247-2008 CAJAMARCA.

Lima, veintiuno de mayo de dos mil nueva-

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA;

Vista la causa número cinco mil doscientos cuarenta y siete guión dos mil ocho, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia;

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por ENRIQUE LOPEZ RAMOS y ZARA RODRIGUEZ BOLAÑOS mediante escrito de fojas ciento cuarenta y tres, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca de fojas ciento veintisiete, su fecha doce de agosto de dos mil ocho que confirma la sentencia apelada de fojas noventa y nueve su fecha diez de abril de dos mil ocho, que declara fundada la demanda, en consecuencia ordena que los demandados, cumplan con pagar la suma de diecinueve mil dólares americanos, más intereses legales que se devenguen hasta la cancelación total de la deuda; en los seguidos por Delia Chávez Salazar de Silva con los hoyrecurrentes, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero;

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARO PROCEDENTE EL RECURSO: Mediante resolución de fecha veinticinco de marzo de dos mil nueve, ésta Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación sólo por la causal contenida en el inciso tercero del artículo 386° del Código Procesal Civil, por la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, al sostenerse como agravios los siguientes: a) Haberse prescindido de la audiencia de actuación de pruebas, lo que constituye una afectación al debido proceso porque en dicha audiencia el juez habría llegado a la conclusión que la deuda contraída por Enrique López Ramos fue a interés personal y no en provecho de la familia; y b) No haberse actuado pruebas de oficio conforme a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Procesal Civil, a fin de determinar si la deuda fue contraída en beneficio personal o de la familia, así como se determinaría si la esposa debe asumir el pago o no.

3. CONSIDERANDO:

Primero.-Examinado el cargo por error in procedendo denunciado, es del caso señalar que en materia de casación es factible ejercer el control casatorio de las declaraciones jurisdiccionales para determinar si en ellas se han infringido o no, las normas que garantizan el derecho al debido proceso, tomándose en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y de las garantías que regulan el proceso como instrumento judicial, cautelando sobre todo el ejercicio absoluto del derecho de defensa de las partes en litigio.

Segundo.-Para verificar si se ha incurrido o no en la contravención de las normas procesales corresponde hacer las siguientes precisiones: 1) Mediante la demanda de autos Delia Chávez Salazar de Silva emplaza a Enrique López Ramos, a fin de que éste último cumpla con pagarle la suma ascendente a diecinueve mil dólares americanos, obligación contenida en el documento denominado "Compromiso de Pago y Reconocimiento de Deuda" de fecha dos de agosto de dos mil cinco, y al tener éste la condición de casado, solicita además se emplaze a su cónyuge Zara Rodríguez Bolaños, en su condición de Litisconsorte necesario pasivo, admitiéndose la demanda contra los citados demandados conforme aparece del admisorio de la instancia; ii) Por escrito de fojas cuarenta y ocho, los demandados contestan la demanda en forma negativa, y, en lo que respecta a la cónyuge, ésta niega la obligación objeto de cobro por no haber sido autorizada por ella, además de no existir prueba de que el aludido mutuo haya ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal; iii) mediante audiencia de saneamiento y conciliación cuya acta corre a fojas setenta y siete, se dictó el juzgamiento anticipado del proceso en virtud a que las pruebas ofrecidas y admitidas por las partes se trataban de documentales; iv) El juez de la causa ampara la demanda y dispone el pago de la obligación por la sociedad conyugal emplazada, bajo el razonamiento que el documento de compromiso de pago es de fecha posterior (dos de agosto de dos mil dos) a la Celebración del matrimonio (mil novecientos setenta y ocho) por lo que la deuda contraída por uno de los cónyuges debe ser asumida por ambos; y) La Sala absolviendo el grado, acoge

los mismos fundamentos del juzgador, tomando en cuenta además que en el documento de reconocimiento de deuda el obligado consigna su condición de casado, por lo que al no existir medios probatorios que acrediten que dicha deuda fue contraída a título personal, deben responder ambos cónyuges por dicha obligación.

Tercero.- Del examen de la Audiencia de Saneamiento Procesal y Conciliación cuya acta corre a fojas setenta y siete, se verifica que ésta se efectuó el veintisiete de noviembre de dos mil siete, diligencia a la que no asistieron los demandados, llevándose la misma sin su concurrencia, aclarando la existencia de una relación jurídica procesal válida, fijándose los puntos controvertidos, y admitiéndose las pruebas ofrecidas por las partes, que al tratarse de documentales, el juzgador consideró que resultaba innecesario convocar a una audiencia de pruebas, dictándose el juzgamiento anticipado del proceso, con arreglo a lo normado en el inciso a) del artículo 473 del Código Procesal Civil (antes de la modificatoria dispuesta por Decreto Legislativo 1070 publicado el veintiocho de junio de dos mil ocho) disponiendo además que se notifique el acta a los inconcurrentes, esto es a los demandados, lo que se ha verificado, conforme a las constancias de notificación de fojas ochenta y uno y ochenta y tres de autos.

Cuarto.- Asimismo, fluye de autos, que no obstante conocer del contenido del actuantes citada el doce de diciembre de dos mil siete, el codemandado presentó sus alegatos con su escrito de fecha diecisiete de diciembre de dos mil siete conforme fluye de fojas noventa y cuatro, cuestionando la validez del acta, pero relacionado a no haberse tenido en cuenta la intervención y apersonamiento de su cónyuge, quien incluso dedujo la Excepción de Falta de Legitimidad para obrar de la demandante, además de exponer argumentos de fondo respecto al pago de la obligación que se demanda; evidenciándose, que no hace ninguna observación a la declaración del juzgamiento anticipado ni tampoco de la prescindencia de la audiencia de pruebas, menos hizo valer medio impugnatorio alguno, a fin de expresar su disconformidad con lo actuado en dicha diligencia, por lo que, no puede ahora en sede casatoria invocar un agravio que no lo formuló en forma oportuna o no ejerció el medio de defensa correspondiente, razón por la que resulta de aplicación el principio de convalidación que prevé el inciso 3 del artículo 172 del Código Procesal Civil, razón por la que el agravio que se expone en el punto a) de la causal in procedendo, no tiene amparo legal.

Quinto.- En cuanto al agravio expuesto en el punto b) del recurso, referido a la obligación del juzgador de hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 194 del Código Procesal Civil, antes de efectuar dicho análisis, resulta necesario realizar algunas precisiones sobre la carga de la prueba. Al respecto la carga de la prueba constituye el conjunto de reglas de juicio que le señala al magistrado la manera cómo resolverá en aquellos casos de omisión de pruebas o pruebas insuficientes, debiendo indicarse que la naturaleza del hecho a probar determinará a quien incumbe la carga de la prueba con independencia de la calidad de actor o demandado; lo sustancial es que quien ha afirmado hechos no admitidos por la contraria, conducentes a la decisión del litigio se encuentra compelido por su propio interés a probar su veracidad;

Sexto.- Por otro lado, si bien el juez como director del proceso, tiene la facultad de actuar pruebas de oficio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Procesal Civil, ello es, en tanto los medios probatorios ofrecidos por las partes no le generan convicción; sin embargo, dicha actuación encuentra límites, y uno de ellos, lo constituye que su actuación debe necesariamente estar referida a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en el proceso.

Sétimo.- En este orden de ideas, habiendo la parte demandada -cónyuge-, señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal conformada con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, **pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba, estaba en mejores actitudes de tenerlas, pues sólo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho**, y no trasladar la carga probatoria al juzgador, que sólo podrá intervenir disponiendo las pruebas de oficio, en tanto las presentadas no le generen convicción, sin que ello signifique sustituirse a la obligación que tienen las

partes de probar los hechos expuestos en ellos, toda vez, que en materia de probanza según lo normado en el artículo 196 del Código Procesal Civil la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quién los contradice alegando nuevos hechos; por consiguiente, el Colegiado ha aplicado correctamente la presunción de que se trataba de una deuda conyugal, por no haber podido demostrar a lo largo del proceso que fuera personal, por lo que tampoco el agravio que se expone en el punto b) puede acogerse. 4. **DECISIÓN:** Siendo ello así, es evidente que el Colegiado Superior no ha incurrido en causal de nulidad alguna, debiendo procederse con arreglo al artículo 397 inciso 1) del Código Procesal Civil; por cuyas razones: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas ciento cuarenta y tres por ENRIQUE LOPEZ RAMOS y ZARA RODRIGUEZ BOLANOS, en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista obrante a fojas ciento veintisiete, su fecha doce de agosto de dos mil ocho, emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que confirma la Superior de Justicia de Cajamarca, que confirma la sentencia apelada de fojas noventa y nueve su fecha diez de abril de dos mil ocho, que declara fundada la demanda; b) CONDENARON a los recurrentes al pago de las costas y costos originados en la tramitación del presente recurso, así como al pago de la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; c) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario oficial El Peruano, bajo responsabilidad; en los seguidos por Delia Chávez Salazar de Silva contra Enrique López Ramos y otra sobre obligación de dar suma de dinero; interviniendo como Vocal Ponente el señor Castañeda Serrano; y los devolvieron.- SS.

TAVARA CORDOVA,

SOLIS ESPINOZA,

PALOMINO GARCÍA,

CASTAÑEDA SERRANO,

IDROGO DELGADO

C-434729-31

Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30-12-09 Página 26977

AGOSTO 13 DE 1992, MP DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992) Consejero Ponente : Doctor Daniel Suárez Hernández

Referencia: Expediente No 7274 Actor :Gloria Villamizar Callejas. -

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10. de noviembre de 1991 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las peticiones de la demanda.

- I - ANTECEDENTES

10. Las pretensiones.

El 24 de enero de 1990, Gloria Eunice Villamizar Callejas , en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del C.C.A., ante en Tribunal Administrativo del Valle del Cauca formuló demanda contra el Instituto de Seguros Sociales, para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. - DECLARAR que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a los señores GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS, por la falla administrativa en la prestación del servicio de atención médica del parto solicitada por la actora en Julio de 1988 en la Clínica de los Seguros Sociales Rafael Uribe Uribe, ya que fue atendida tardíamente y con negligencia a pesar de existir la orden de cesárea por sufrimiento fetal, lo que ocasionó el fallecimiento del menor, hechos ocurridos el 9 de Julio de 1988.

-

"2. - CONDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS la indemnización por los perjuicios ocasionados por la falla administrativa en la prestación del servicio en forma deficiente, tardía y negligente que ocasionó el fallecimiento de la menor y un grave trastorno psicológico de la demandante . -

"CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS las siguientes sumas de dineros o las que se demuestren en el transcurso del proceso conforme a los dictámenes periciales:

"3.1. PERJUICIOS MATERIALES: "3.1.1. DAÑO EMERGENTE :

"Con ocasión de la falla administrativa en la prestación del servicio, la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS tuvo que cancelar los servicios funerarios de la menor, acudir a especialistas para un tratamiento psicológico, la pérdida del empleo por su trastorno emocional y la pérdida de los gastos que realizó para el recibimiento de la menor. -

"Los estimo en la suma de \$2.000.000.00

"3.1.2. LUCRO CESANTE :

"Con ocasión de la falla administrativa, la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS ha dejado de percibir los beneficios propios de tener a una menor, como son Bienestar Social en la Empresa, los ingresos que en un futuro pudiere haber percibido la menor, suma que se determina con base en las Tablas de Garuffa por la expectativa de vida y el salario mínimo actual. -

"Los estimo en la suma de \$15.000.000.00

"3.2. PERJUICIOS MORALES :

"En este campo, los perjuicios morales han sido incontables, empezando que la demandante es de edad avanzada y era su única y última expectativa para ser madre, ansiaba mucho su pequeña y durante todo el período del embarazo cumplió a cabalidad el tratamiento exigido por el médico. Desde que llegó a la Clínica del Seguro Social a realizar su trabajo de parto fue atendida con displicencia y fueron días de angustia por el futuro de su menor. Después del fallecimiento, decayó su estado de ánimo, tuvo una fuerte depresión psicológica que todavía no ha superado, después de un tiempo prudencial en que sucedieron los hechos. -

"Los estimo en la suma de \$33.000.000.00

"4. - CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar a la señora GLORIA EUNICE VILLAMIZAR CALLEJAS dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia la totalidad de los perjuicios causados.

"5. - CONDENAR en costas y agencias en derecho al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES .

- " (Fols., 62 a 64).

2o. Los hechos. -

En la demanda se relacionan los fundamentos de hecho a folios 65 a 69 . El Tribunal hizo de los mismos este resumen:

"1. - Por encontrarse afiliado al ISS la actora se sometió allí a los cuidados médicos de su embarazo al parecer iniciado en septiembre de 1987. Durante el período del embarazo por tener los padres tipos de sangre incompatibles que pudieran afecta el feto, le fue practicado el control respectivo y para el efecto se le realizaron pruebas Coombs Indirecto, los que tuvieron resultados negativos que consecuentemente hacían viable el nacimiento de la criatura concebida.

"2. - Médicamente se estableció como fecha probable del parto la del 29 de junio de 1988. El día 5 de julio fue remitida a la Clínica Rafael Uribe Uribe, cuando ya presentaba 41 semanas de embarazo y todavía no había iniciado trabajo de parto,, con la única advertencia de que la incompatibilidad del RH había sido controlada y vigilada durante el embarazo y que la prueba de Coombs Indirecto había dado un resultado negativo.

"3. - Sólo después de cuatro días de haber ingresado a la Clínica Rafael Uribe Uribe del ISS le fueron practicados exámenes que detectaron sufrimiento fetal, lo que dio como resultado la orden de practicar cesárea a las 15:30 p.m. del día 9 de julio, pero ella le fue practicada a las 22:30 p.m., siete horas después.

"4. - Según el índice de APGAR la recién nacida presentaba al minuto 3 y a los cinco minutos 6, pero no se hacen más valoraciones sobre ella, y se desconoce si existió o no valoración pediátrica al momento del nacimiento. La menor falleció al día siguiente, tuvo como grupo sanguíneo O Positivo, por lo que si ella hubiera contado con atención oportuna habría sido una persona sana. Le informaron a la actora que como existían contradicciones sobre las causas de la muerte adelantarían un estudio de mortalidad, cuyos resultados no le fueron entregados.

" 5. - Asegura que la falla del servicio consistió en que el ISS tenía la obligación de prestar en forma oportuna y eficiente la atención médica a la demandante, pero por su negligente y deficiente proceder permitió las graves irregularidades que llevaron como consecuencia el fallecimiento de la menor ." (Fols. 236 y 237). -

3o. Actuación procesal . -

Notificado el auto admisorio de la demandada al Director del Instituto de Seguros Sociales del Valle del Cauca, éste mediante apoderada impugnó el libelo demandatorio, a cuyas peticiones se opuso. Luego de referirse a cada uno de los hechos, concluye que "no se puede afirmar que el bebé falleció por mala atención", descuido o negligencia del personal médico, pues los innumerables exámenes y procedimientos lo desvirtúan en un todo, ya que la atención médica recibida fue la más adecuada para el estado que se presentaba, luego no existe duda que el ISS asumió su atención médica a partir del ingreso de la paciente, donde de inmediato asumió los riesgos que como entidad de asistencia médica estaba obligada a cubrir a sus afiliados y por un equipo médico de especialistas debidamente autorizados para el ejercicio de la profesión médica". -

Cumplido el período probatorio, durante el respectivo traslado para alegar de conclusión la parte actora presentó el memorial de folios 201 a 207, en el cual con base en algunas de las pruebas recaudadas, concluye que efectivamente sí se dio la falla del servicio. El Fiscal del Tribunal en su concepto de fondo sostuvo que "la no comprobación en el proceso de conductas negativas de la Administración referente a omisiones, retardos, negligencia o en general falla alguna, imposibilita responsabilizar al pago de perjuicios al ente demandado ".

La parte demandada no presentó alegato de fondo.

4o. - La sentencia apelada. -

Tras de hacer referencia a algunas de las pruebas practicadas, especialmente las testimoniales recaudadas oficiosamente, el Tribunal considera que las pretensiones de la demanda no deben prosperar. Así condensa su criterio el a - quo:

"Concluye de lo anterior la Corporación que en el caso sub - júdice aunque existieron fallas en

el servicio médico prestado a la actora, las que tienen que ver con la celeridad con que se tomaron las medidas que el caso ofrecía, las mismas en cuanto a su calidad fueron acertadas y se desprende igualmente que aunque se hubieran practicado antes, el resultado hubiera sido el mismo, es decir lamentablemente la menor debido a procesos naturales y biológicos congénitos no podía sobrevivir pues su mismo sistema nervioso no se lo permitió pese a los esfuerzos médicos para ello. En resumen, no existió falla en el servicio médico como lo alega la actora que causara la muerte de su menor hija". (Fols. 246 y 247).

5o. La segunda Instancia. -

La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior providencia. Oportunamente presentó su alegato de conclusión con miras a obtener la revocatoria del fallo impugnado y en pronunciamiento favorable a las pretensiones de la demandante. Básicamente reitera el recurrente los planteamientos de su escrito demandatorio, complementándolo con algunas consideraciones referentes al compromiso profesional, social que asumen quienes ejercen la actividad médica. Por último solicita un reconocimiento indemnizatorio en equivalencia a 6.000 gramos de oro por perjuicios morales.

La parte demandada y el Ministerio Público no presentaron alegato de conclusión ni vista fiscal. II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Sea lo primero advertir que el fallo impugnado deberá revocarse. No comparte la Sala el criterio valorativo del a quo que le permitió señalar la existencia de fallas en el servicio de salud del Instituto de Seguros Sociales, la muerte de la recién nacida hija de la actora, sin hallar relación o nexo causal entre una y otra.

Contra el planteamiento del Tribunal basado en pruebas aportadas por el Instituto demandado, bien de orden testimonial o documental, a las que sin restricción, o critica alguna ofrece toda credibilidad, para concluir que "se desprende igualmente que aunque se hubieran practicado antes, el resultado hubiera sido el mismo, es decir, lamentablemente la menor debido a procesos naturales y biológicos congénitos no podía sobrevivir pues su mismo sistema nervioso no se lo permitió pese a los esfuerzos médicos para ello. En resumen, no existió falla en el servicio...". Estima la Sala que no fue atinada la valoración de la prueba, especialmente las declaraciones de los médicos y la valoración que profesionales del Instituto hicieron sobre el caso de la demandante.

Cabe resaltar para efectos de apreciar la conducta del ente demandado, que desde un comienzo la actora, fue considerada dentro de un riesgo obstétrico normal y por esta razón su control del embarazo lo efectuó un médico general del Centro de Atención Básica de la Flora, quien asimismo calculó como fecha probable del parto el 29 de junio de 1988. Sin embargo, en vista de la posibilidad de la compatibilidad sanguínea porque ella era O Negativa y el padre O Positivo, se mantuvo un control permanente, se hicieron pruebas de Coombs Indirecto con resultados negativos favorables al feto, y que hacían viable su nacimiento.

En vista de que para la fecha inicialmente prevista no se dio trabajo de parto, el día 5 de julio de 1988 fue remitida la madre a la Clínica Rafael Uribe Uribe. Esta remisión, en concepto del médico remitente "Era considerada como un caso de urgencia". -

Llega pues a la Clínica con criterio de urgencia en el sentir del profesional que mejor conocía su condición física por haberla tratado desde el inicio de su embarazo. Desafortunadamente el comportamiento en la Clínica de Seguros Sociales no fue tan urgente, ni siquiera fue ágil, para proceder a tomar oportunamente las medidas necesarias para que el parto tuviese feliz culminación. En efecto, fue hospitalizada en el 'piso sexto, y según el médico Velásquez Vega: "En este piso no se practica ninguna intervención médica, de tipo quirúrgico o atención del parto por lo cual ordené trasladar al cuarto piso donde sí se puede realizar estos procedimientos (Sala de Partos)". Este mismo declarante manifiesta que la revista "es pasada entre las 7 a 10 de la mañana y encuentro que según las otras notas médicas se ordenó preparar para cesárea a las 3 y 30 de la tarde, en ese período aparentemente se le realizaron en el cuarto piso pruebas de monitoría fetal en que, pruebas que mostraron aparente sufrimiento fetal, según nota de las 5 y 30 de la tarde que obra a folio 55 del cuaderno que tengo a la vista, pero al parecer se llevó a cirugía a las 22:30..... esta operación de cesárea se realizó en julio 9 alrededor de las veintitrés horas....." Al preguntársele si era normal que una paciente con ese riesgo obstétrico se la haya dejado por más de cuatro días sin definir la conducta médica a seguir, el testigo expresó: "No es normal que esto haya sucedido, aunque como el diagnóstico de embarazo prolongado no es muy común el servicio se llenó de motivos antes de tomar esta conducta

y si ella fue demorada puede atribuírsele al gran volumen asistencial que ocasionalmente tiene este servicio ".

Consideró el Tribunal que "dada la especialidad del tema y ante la poca claridad que ofrecían las pruebas practicadas a petición de la parte actora y ante la inexistencia de una necropsia de la menor fallecida ", se hacía necesario practicar otras para informarse plenamente sobre el tema. A tal efecto llamó a los Jefes de los servicios de Ginecobstetricia y de Pediatría del Instituto de Seguros Sociales, Caja Seccional del Valle. De otra parte solicitó el "ESTUDIO DE MORTALIDAD" que debió adelantar el Instituto para establecer las causas de la muerte de la menor hija de la demandante.

Una vez recaudadas las pruebas anteriores el a - quo dictó la sentencia impugnada y tal parece que aquellas fueron analizadas para tomar la decisión que le permitió descartar la existencia del nexo causal entre la falla del servicio y el daño causado.

Para la Sala este punto no ofrece la claridad que encuentra el Tribunal y que dada la naturaleza de los hechos debe hallarse probatoriamente muy bien determinado. Cabe señalar, por ejemplo, que si bien la mayoría de los conceptos técnicos y científicos de los profesionales que intervinieron por razón de su especialidad en el caso estudiado se adecuan a principios, normas y procedimientos médicos normales, lo cierto es que en su mayoría, preferencialmente los últimos declarantes, basan sus aseveraciones en información indirecta, sin contacto personal con la madre ni con la recién nacida, por lo que su conocimiento del caso real, concreto, individual se disminuye considerablemente y, por consiguiente, también se mengua probatorio de su apreciación. Obsérvese que quien se desempeñaba como Jefe de Gineco - obstetricia no refiere en ningún momento haber examinado a la paciente , ni a la recién nacida. Su participación activa, de acuerdo con su testimonio, fue para discutir por qué "nació con una cuadro de hidrofetal, falla cardíaca e ictericia" y agrega que este caso "se dio en un gran comité y no se evidenció mal manejo ni situación médica prevenible como causa de la muerte de la niña ..."

Por su parte el Jefe de Pediatría, expresamente manifiesta que "yo no manejé la paciente, pero los neonatólogos del servicio de recién nacidos la manejaron de acuerdo con las pautas de acuerdo, aclaro, para esta entidad , que son pautas de manejo internacionales..."

A su vez, el Instituto demandado remitió las conclusiones a que llegó el Comité de Análisis de Morbimortalidad Materno Infantil, el cual "analizó en su época " (cual fecha) el caso de la actora. En dicho documento se afirma : "... Se decide practicar cesárea nace niño (sic) con calificación de Apgar 6, ictericia con insuficiencia cardíaca congestiva e Hidrops fetal...NO FUE POSIBLE ESTABLECER UN DIAGNOSTICO ETIOLOGICO QUE EXPLICARA LA PATOLOGIA MULTIPLE QUE PRESENTO EL RECIEN NACIDO...No se realizó autopsia. El manejo médico fue adecuado, no se evidenció falla en las decisiones tomadas por parte de los médicos ni existió falla institucional ". (Fls. 229 - 230).

Como anteriormente se señaló, las manifestaciones de los profesionales que declararon y el contenido del escrito cuyos apartes se transcribieron, si bien teóricamente pueden ser acertados, en la práctica, por lo menos en este proceso, carecen de respaldo probatorio. Así lo considera la Sala por cuanto resulta ostensible la ausencia de comprobación acerca precisamente de las causas que ocasionaron la muerte de la menor.

En efecto, la ictericia, la anemia severa, la insuficiencia cardíaca, que se ofrecen como causas del fallecimiento carecen de comprobación en este proceso. Sólo están las manifestaciones de los médicos, pero surge la cuestión de saber el origen de su información cuando, como ya se anotó, no se estableció la relación médico a paciente. Cuál examen de laboratorio o prueba específica al respecto le permite al médico determinar la ictericia, o la insuficiencia cardíaca o la anemia severa, si no hay procesalmente demostración de que las mismas se hubiesen practicado ?. Dónde encontrar los exámenes de laboratorio que permitieron concluir a los últimos médicos declarantes sobre las causas de la muerte ?. Con apoyo en cuál información, si el declarante dice que "no maneje la paciente ", sostiene que los neonatólogos del servicio de recién nacidos la manejaron de acuerdo con las pautas de manejo internacionales ? Cuáles fueron los neonatólogos y cuáles fueron las pautas de manejo internacionales utilizadas ?. Inexplicable resulta para la Sala que la historia clínica de la niña no se haya encontrado, ni la hoja pediátrica, sin que pueda admitirse que se encontraban en poder de la actora como lo pretende la parte demandada y sin cuestionamiento alguno lo acepta el Tribunal. Si no está la historia clínica de la recién nacida, si en el proceso no obra la información básica sobre la

situación física de la niña luego de nacida, cómo se puede aceptar que las causas de la muerte fueron las expresadas en la postrera oportunidad probatoria?.

La serie de interrogantes sin respuesta en el proceso conducen a la Sala a referirse al tema de la prueba y la carga de la misma. en casos en que, como el sub - judice, se reclama la responsabilidad por falla en los servicios médicos de una entidad oficial.

En torno de esta materia recientemente la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en el proceso de Gustavo Eduardo Ramírez, expediente 6897, en sentencia calendada el 30 de julio de 1992, en la cual, con ponencia del Consejero Daniel Suárez Hernández se sostuvo:

"Ahora bien, por norma general le corresponde al actor la demostración de los hechos y cargas relacionados en la demanda. Sin embargo, con mucha frecuencia se presentan situaciones que le hacen excesivamente difícil, cuando no imposible, las comprobaciones respectivas, tal el caso de las intervenciones médicas, especialmente quirúrgicas, que por su propia naturaleza, por su exclusividad, por la privacidad de las mismas, por encontrarse en juego intereses personales o institucionales etc., en un momento dado se constituyen en barreras infranqueables, para el paciente, para el ciudadano común obligado procesalmente a probar aspectos científicos o técnicos profesionales sobre los cuales se edifican los cargos que por imprudencia, negligencia o impericia formula en el ejercicio de una determinada acción judicial contra una Institución encargada de brindar servicios médicos u hospitalarios.

"Sin duda, resultaría más beneficioso para la administración de justicia en general, resolver esta clase de conflictos, si en lugar de someter al paciente, normalmente el actor o sus familiares, a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, fueran éstos, los que por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real por cuanto ejecutaron la respectiva conducta profesional, quienes satisficieran directamente las inquietudes y cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan.

"Podrán así los médicos exonerarse de responsabilidad y con ello los centros clínicos oficiales que sirven al paciente, mediante la comprobación, que para ellos, se repite, es más fácil y práctica, de haber actuado con la eficiencia, prudencia e idoneidad requeridas por las circunstancias propias al caso concreto, permitiéndole al juzgador un mejor conocimiento de las causas, procedimientos, técnicas y motivos que llevaron al profesional a asumir determinada conducta o tratamiento.

"Esta, por demás es la orientación moderna de algunas legislaciones, que pretenden en los casos de los profesionales liberales atribuir a éstos la carga de la prueba de haber cumplido una conducta carente de culpa.

"Precisamente, en relación con el tema comentado y su consagración en el 'Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial' de Argentina, el profesor, Augusto M. Morello en su obra 'La Prueba, Tendencias modernas', Editorial Platense - Abeledo - Perrot, 1991, páginas 84 y 85 escribe:

"" 1) En consonancia con las ideas hoy predominantes, se ha desplazado el eje de referencia hacia el consumidor jurídico - quién es el que recaba la tutela jurisdiccional - más que colocarlo en el vértice del operador (juez o abogado) del fenómeno litigioso involucrado.

""2) Responde solidariamente a la más conveniente función razonable posible, del lado del consumidor e, igualmente del lado del profesional accionado, con los concurrentes beneficios para el órgano destinatario de la prueba.

""Si como con acierto se ha puntualizado, en principio y como regla, no es de otro que el médico y no el enfermo el que mejor conoce 'cual fue la situación al comienzo de la atención, qué terapia era la más conveniente de acuerdo con el diagnóstico, qué dificultades se presentaron, con qué medios técnicos disponían, cuáles fueron las causas probables de la frustración, qué rol le cupo a la entidad sanatorial', la norma insinuada recoge esa evidencia de la situación real para reglamentarla en la asignación de un deber de cooperación (carga) que no significa, de por sí, atribuir culpa en el obrar del médico en el caso.

""3) Las dos anteriores se enlazan, asimismo, con la incidencia económica que tanto CALABRESI, como ALPA en su contexto más global y reparando en la dimensión social que lleva hoy la mayoría de los fenómenos jurídicos, advierten con claridad...".

En este mismo orden de ideas, cabe hacer algunas precisiones. Ya se advirtieron algunos de los interrogantes que surgen sobre la conducta del ente demandado frente a la actora y a su fallecida hija.

Todos son de carácter profesional , técnico, especializado, a los que común de las personas no tienen acceso por falta de conocimiento. Es por ello por lo que la Sala entiende que en estos eventos la carga de la prueba se traslada del paciente común y corriente, lego e ignorante en la ciencia médica, a quienes son expertos en la misma y sobre todo quienes han llevado la parte activa en el comportamiento profesional censurado, todo esto, desde luego, sin desconocer en momento alguno que también la ciencia médica tiene sus limitaciones, que en el tratamiento clínico o quirúrgico de las enfermedades se hallará siempre un campo extraño al cálculo más riguroso a las previsiones más prudentes, que conducen a enfocar la responsabilidad médica recordando que es una obligación de medio y no de resultado.

Bajo el anterior entendimiento al actor le corresponde probar de una parte, que hubo una intervención quirúrgica o un tratamiento médico y, de otra, que se produjo un daño, presumiéndose entonces que este último lo ocasionó el servicio médico. Frente a esta presunción , probatoriamente la conducta del ente oficial a través de sus profesionales no será otra que la de acreditar que hubo diligencia y cuidado en la prestación del servicio, como demostración en contra de las manifestaciones que conllevan los cargos formulados en la demanda y que por su naturaleza, se tornan difíciles de probar. En las anteriores condiciones le es dable a la administración exonerarse de responsabilidad con la sola demostración de haber prestado el servicio con la diligencia y cuidados necesarios para que la salud o vida del paciente no sufrieran menoscabo o falleciera. Frente a ese tipo de conducta administrativa, le incumbe al ente demandado proveer al fallador de las pruebas, con lo cual se desvirtúa la presunción de falla establecida. Precisa la Sala que se trata en este caso de una falla del servicio, que le permite al ente demandado desvirtuarla con la demostración de la diligencia y cuidado.

En este orden de ideas, si el Instituto de Seguros Sociales pretendía exonerarse de responsabilidad, le era suficiente haber demostrado que el servicio médico quirúrgico prestado para la atención del parto de la actora y cuidado de su hija, se había cumplido dentro de un marco de prudencia, diligencia y cuidado suficientes para procurar una culminación satisfactoria para la madre y su recién nacida. Estima la Sala, sin embargo, que el ente demandado no comprobó las condiciones antes relacionadas. Por el contrario, en cuanto respecta a la madre, el proceso de iniciación, de control hasta la ejecución de la cesárea, se caracterizó por demoras en atenderla y en definirle la conducta a seguir, haciéndose ostensible la falla del servicio, como lo reconoció el propio Tribunal y lo reafirma ahora la Sala. No hubo prueba suficiente por parte del demandado para demostrar un buen servicio, prestado oportuna y diligentemente. Con relación a la recién nacida, solo se hallan en el proceso manifestaciones encaminadas a salvar la responsabilidad administrativa del ente demandado, pero se quedan en eso: solo manifestaciones, sin sustento probacional que las respalde y que permitieran a la Sala vislumbrar una atención hacia la niña, oportuna, ágil y eficaz, mediante la cual pudiera exonerarse el Instituto de Seguros Sociales de la responsabilidad administrativa que se le imputa.

Dimana de las anteriores observaciones que la ausencia o limitación en la prueba de haber prestado un servicio adecuado , cuidadoso y diligente por parte del Instituto demandado a la madre e hija, permiten mantener vigente la presunción en favor de la parte actora, en virtud de la cual se estructura la falla del servicio por parte de la Administración y se genera a su cargo el compromiso del indemnizar los perjuicios ocasionados.

Al respecto en la demanda se reclama indemnización por perjuicios materiales y morales. Para la Sala no hay lugar al reconocimiento de los primeros por cuanto no están acreditados en el proceso las condiciones probatorias necesarias para determinarlos y valorarlos, más de que no se halla claramente establecido el derecho a percibirlos.

En lo que respecta con los perjuicios morales, de conformidad con la información procesal recaudada, es evidente que la actora fue seriamente afectada por los hechos que originaron este proceso . Así se deduce de los testimonios de Helmer Ruiz Panneso, (Fls 147 - 148); Ana Soto de Barbosa (Fls. 150 - 151) y Luz Elena Sierra Valencia (154 - 155), quienes relatan las consecuencias y comportamientos de la demandante a raíz de las actuaciones médico quirúrgicas cumplidas en la clínica Rafael Uribe Uribe de Seguros Sociales del Valle. Se complementa la prueba, con los testimonios del siquiatra Jairo de Jesús Palacio Cano (fls. 195

- 196) y de la psicóloga María del Socorro Diago de Martínez (Fls.197 - 198), de los que se infiere que la actora sufrió un duelo patológico, que fue atendida en el Centro de Atención Diurno y sometida a trabajo sicoterapéutico, caracterizándose por "síntomas depresivos, llanto facial, adinamia

(ganas de no hacer nada), rechazo de esa situación, muerte de su hija, rabia contra la Institución, tenía siempre una posición de víctima, culpabilidad. Todos esos síntomas asociados a la muerte de su hija, en primera instancia ".

Con las pruebas mencionadas considera la Sala que se ha demostrado suficientemente no solo el perjuicio moral de la propia demandante por los daños a ella inferidos, sino también el resultante por la muerte de su hija recién nacida, por lo que la Sala considera adecuado indemnizar su doble afectación moral con una suma equivalente en pesos a 1.300 gramos de oro fino.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO : Revócase la sentencia apelada, esto es, la de 1o. de noviembre de 1991 proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO : Declárase al Instituto de los Seguros Sociales administrativamente responsable por los daños causados a Gloria Eunice Villamizar Callejas con ocasión de los servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios que se le prestaron para el parto cumplido en la Clínica de los Seguros Sociales Rafael Uribe Uribe del Valle del Cauca , el 9 de julio de 1988 ocasionándose además la muerte de su hija recién nacida.

TERCERO : Como consecuencia de la anterior declaración condénase al Instituto de los Seguros Sociales a pagar como indemnización por los perjuicios morales a Gloria Eunice Villamizar Callejas el equivalente en pesos a mil (1.300) gramos de oro fino.

El Banco de la República certificará sobre el precio interno de dicho metal a la fecha de ejecutoria de este fallo. La interesada allegará la certificación con la respectiva cuenta de cobro.

CUARTO : Deniéganse las demás peticiones

QUINTO : Dese cumplimiento a los artículos 176 y 177 del C.C.A., para lo cual se expedirá copia de la sentencia, con constancia de su ejecutoria, con destino a las partes, haciendo precisión sobre cuál resulta idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos. (Art. 115 del C. de P.C.)

COPIESE , NOTIFIQUESE , CUMPLASE Y DEVUELVA .

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha, trece de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala; Carlos Betancur Jaramillo, Juan Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta. Ruth Stella Correa Palacio, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA : Se reitera, además, lo dicho en el fallo de 30 de julio de 1992, Exp. 6897.