



ANEXO DE LECTURAS

**TALLER “REGLAS DE VALORACIÓN DE LA
PRUEBA EN APELACIÓN”**

**UNIDAD I: INDEBIDA VALORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS Y LA
OMISIÓN DE VALORAR PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO**

- 1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Hurta do Re ye s).
- 2) Se nte nc ia De l Tí b un a l C on st it u c i o n a l, Ex p e d i e n t e N° 01025-2012-PA/TC .

**UNIDAD I: INDEBIDA VALORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS Y LA
OMISIÓN DE VALORAR PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO**

1) Fundamentos del Derecho Procesal Civil (Hurta do Re ye s).

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

“En fin la sentencia se confía a hombres a quienes se quiere creer tan superiores en sabiduría como en dignidad, hombres dedicados por su profesión a valorar imparcialmente los hechos y a no dejarse llevar por las ilusiones”: JEREMIAS BENTHAM.

1. ¿QUÉ ES PROBAR?

Probar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española deriva del latín *probāre* y entre otras acepciones significa justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos. En el ámbito jurídico ARAZI citando a SENTÍS MELENDO 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.¹

De hecho, cuando queremos demostrar algo, la veracidad de una afirmación o convencer a otro respecto de un hecho ocurrido, recurrimos al vocablo *prueba*, pues a través de ella buscamos demostrar (probar) lo que sostenemos, con ella pretendemos probar lo afirmado respecto de un hecho o conjunto de hechos. Para ello requerimos de medios idóneos que nos ayuden a tal demostración, pues con éstos llevaremos a la convicción al sujeto a quien queremos convencer de nuestra posición.

La prueba, es un vocablo bastante común en la actividad cotidiana del hombre, suele utilizarse casi en todos los campos en el que el ser humano realiza sus acti-

¹ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 31.

vidades para la satisfacción de necesidades o para el logro de sus fines. Así, este vocablo resulta de uso diario entre historiadores, psicólogos, periodistas, policías, funcionarios administrativos, paleontólogos, juristas, agricultores, etc.

Cuando en la vía cotidiana pretendemos *probar* algo, con el afán de convencer, crear convicción en otro sujeto, utilizamos los mecanismos más adecuados que nos ayuden en esta tarea, sin embargo este procedimiento si bien tiene utilidad en la vida cotidiana del hombre, porque le ayuda a resolver problemas domésticos, personales, amicales, familiares, de grupo, etc. no tiene importancia para el mundo jurídico, como cuando pretendemos demostrar que alguien mentía con respecto a un hecho acaecido en la realidad y lo desenmascaramos. Esta prueba y su procedimiento no son jurídicos.

Es por ello que se ha dicho que la prueba tiene utilidad en las actividades de verificación, en la cual se parte de un hecho, se busca convencer a otro sujeto respecto de la existencia del mismo, se utiliza un instrumento idóneo para probarlo, el propósito es finalmente crear *convicción* (generar seguridad, certidumbre, persuasión, convencimiento) en el otro sujeto de la existencia del hecho, darle *certeza* (conocimiento seguro y claro de algo, firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar). El eje central de esta actividad probatoria es a no dudarlo el *convencimiento* (seguridad que tiene una persona de la validez de lo que piensa o siente: actúa por convencimiento de que es lo más correcto).

Cuando pretendemos crear convicción en el juez y afirmamos un hecho, necesitaremos utilizar los mecanismos que nos brinda el ordenamiento jurídico (medios probatorios con regulación previa), aquellos que sean los más idóneos, los más aptos, lícitos, pertinentes y conducentes. Esta forma de probar si es jurídica y se presenta en el proceso.

El vocablo prueba es generalmente utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede² acreditarse la existencia de un hecho; en tal sentido decimos prueba de testigos, prueba de peritos, etc. Pero probar es algo más; el significado de tal verbo comprende una compleja actividad de los sujetos, encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de persona o cosas. Dentro del ámbito del derecho procesal la teoría general de la prueba incluye el estudio del objeto, los medios y fuentes, la carga y la valoración de la prueba, entre otros.

Siendo ello así, el vocablo probar o prueba se comprende en la doctrina de dos formas: a) como la difícil tarea de generar *convicción* en otro sujeto respecto de la certeza de determinados hechos. En el caso de la prueba judicial, *crear convicción en el juez*, respecto de los hechos que afirman las partes, *buscando producir certeza* en él al momento de resolver el conflicto con la sentencia. De lo que tenemos que la actividad de probar requiere siempre de un hecho (afirmado o negado),

2 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 31.

luego debemos buscar el medio probatorio idóneo para probarlo, el objetivo de ello, es generar convicción en el juez, certeza respecto del hecho o de un conjunto de hechos vinculados al proceso; b) La otra tesis no concuerda necesariamente con la convicción, sino que se refiere a la *determinación de la verdad* de los hechos controvertidos.³ Así, sólo es posible hablar de prueba como la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de los hechos que se afirman existentes en la realidad.⁴

Se puede deducir entonces que *lo que se prueba en el proceso son hechos*, que *los medios de prueba son los instrumentos idóneos para esta tarea* y que la finalidad de éstos es *demostrar la verdad de los hechos* postulados por las partes, lo que determinará el resultado de lo que el juez decida en la sentencia.

2. DERECHO DE PRUEBA O DERECHO A PROBAR

En la Doctrina se viene manejando una nueva tendencia referida a la prueba, la misma que vincula directamente a la prueba con el derecho subjetivo, llamándole a este derecho el *derecho de prueba o derecho a probar*⁵. Hoy la Doctrina procesal va más allá de un mero estudio de la prueba como carga procesal o como actividad de las partes en el proceso para otorgar certeza en el juez de los hechos del proceso o una actividad psicológica del juez al momento de emitir la sentencia. Es ahora estudiada como un derecho que le asiste a todo sujeto de derecho y que lo ejercita en un proceso o procedimiento para defender sus alegaciones o en el ejercicio de su defensa, siendo considerado como un elemento del debido proceso.⁶

Las constituciones contemporáneas vienen estableciendo este derecho fundamental en su contenido, así tenemos a la Constitución Española de 1978 que lo ha consignado en su artículo 24⁷, en tanto que nuestra Constitución no lo menciona de forma

3 "(...) entendemos por probar a aquella actividad de convencer al juzgador y a todos los sujetos del proceso sobre la verdad de los hechos controvertidos en él, sobre cuya base se deducirá el derecho". Casación No. 4068-2006-Lima. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.05.08.

4 GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Colex. Madrid 2005. Pág. 199.

5 "El derecho a la prueba en el proceso civil": PICÓ I JUNOY Joan; "El derecho a la prueba en el proceso civil Español": SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. "Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba": De Marino.

6 "El derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos por las partes; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación de éstas; y e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas. Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derecho sobre la propia prueba, sino también el derecho de tener la oportunidad de impugnar y controlar los medios probatorios de la parte contraria...". Casación No. 2284-03-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.04.

7 Artículo 24: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribuna-

expresa⁸ en el emblemático artículo 139, aunque el nuevo Código Procesal Constitucional se refiere a este derecho dentro del contexto de la tutela procesal efectiva.⁹

El derecho subjetivo a la prueba está estrechamente asociado al proceso y tiene la misma jerarquía y naturaleza que el derecho de acción, el derecho de contradicción, el derecho a un debido proceso y el derecho de impugnación. Es decir, se trata de un *derecho fundamental*, de un derecho humano y que corresponde a todo sujeto de derecho que interviene en un proceso judicial o en cualquier otro procedimiento, sea como demandante, demandado o tercero legitimado. Por ello COUTURE¹⁰ ha sostenido brevemente que la ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.

MÉNDEZ DE CONTRERAS, TURCIOS Y MONTIEL han señalado que configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental implica una doble proyección; es un parámetro para fijar la constitucionalidad de las normas, es decir un límite al legislador, que no podrá dictar normas que contravengan este derecho fundamental, en definitiva que de uno u otro modo impida a los ciudadanos la posibilidad de participar en condiciones de igualdad de armas en un proceso para hacer valer en él sus derechos e intereses, lo que a su vez se divide en la necesidad de un juicio previo y en la necesidad de que en él se respete la garantía de defensa, incluido el

les en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

8 Se entiende en nuestro medio que nuestra Constitución considera implícitamente el derecho a probar dentro del derecho de defensa (Art. 139 inciso 14 que contiene el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso), pues para defender las afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de un hecho requerimos de este derecho fundamental. Aunque aparece con mayor fuerza la idea de que es un componente implícito del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el legislador debería establecer con precisión que en todo proceso o procedimiento las partes tienen el derecho fundamental a probar. La norma primaria de nuestro ordenamiento jurídico debe considerar expresamente este derecho fundamental, propiciando el respeto irrestricto en todo proceso o procedimiento. Asimismo se debe expresar que el juez o autoridad que dirige el proceso o procedimiento, respectivamente, tienen el deber de hacer efectivo e irrestricto este derecho, haciendo respetar su vigencia.

9 Artículo 4: Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. Ver sobre "tutela procesal efectiva" en artículo de mi autoría en Suplemento Jurídica N° 241 Diario Oficial El Peruano del 10.03.09.

10 COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Editorial Desalma. Tomo I. Pág. 66.

derecho al uso de los medios de prueba pertinente. Pero, por otro lado es un deber que corresponde a los tribunales respetarlo, y un derecho de los ciudadanos directamente ejecutable y aplicable por los mismos.¹¹

Señala CAROCCA PÉREZ que el reconocimiento del derecho a la prueba genera las siguientes facultades a las partes: a) tienen derecho a que se abra un término probatorio suficiente, que la causa se abra a prueba y que exista un lapso razonable en el cual las partes puedan desarrollar su actividad probatoria; b) tienen derecho a utilizar los medios de convicción idóneos para producir las afirmaciones que sirven para formar el convencimiento del juzgador, estos son los medios de prueba; c) el derecho a que el medio de prueba sea admitido, siempre que la proposición se haya hecho válidamente; d) el derecho a que la prueba sea practicada, de lo contrario se produciría la denegación tácita del derecho a probar, por tanto una indefensión; e) el derecho a que la prueba propuesta, admitida y rendida sea valorada por el juzgador. Esta última se trata de una exigencia de tal relevancia que constituye el momento decisivo y culminante de toda actividad probatoria.¹²

En nuestro medio el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN ha sostenido la tesis del derecho a probar, señalando que es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en que el que intervine o participa, *conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido*, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.¹³

Asimismo encontramos la opinión del magistrado Solís Espinoza quien expresa que el derecho a la prueba es aquel que posee la parte consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para acreditar lo que afirman y de esta manera formar convicción en el juez acerca de lo discutido de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. La prueba tendrá existencia en la medida que sirve para acreditar las afirmaciones contenidas en los actos desarrollados dentro de la etapa postulatoria y, excepcionalmente, entre otras, que ley autoriza. Es un derecho constitucional implícito. Constituye un derecho fundamental implícito de los litigantes de producir la prueba necesaria para acreditar los extremos de su pretensión o defensa. Se trata de un derecho que tiene diversas manifestaciones como el derecho a ofrecer medios probatorios, de ser admitidos, sometidos al contradictorio, debidamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba,

11 MÉNDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA, TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO Y MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN. *Derecho a la prueba como categoría jurídica protegible en el proceso civil*. En www.monografias.com.

12 CAROCCA PÉREZ, ALEX. "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile". Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 4 No. 2. Chile 1998. En <http://derecho.utalca.cl>.

13 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. En *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial ARA Lima, 1997. Pág. 65.

de ser valorados adecuadamente con la motivación debida.¹⁴

Es más que evidente que las partes en el proceso son titulares del derecho a probar, aunque este derecho también le corresponde a todo sujeto que legitimado ingresa al proceso, este derecho tiene la misma jerarquía que los derechos constitucionales antes mencionados, aunque de naturaleza distinta.

Devis ECHANDÍA prefiere referirse al *derecho de probar*,¹⁵ señalando que se trata de un *derecho subjetivo procesal* que corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, o coadyuvantes o litisconsortes de éstos, o terceristas o intervinientes ad *excludendum*, e incluso, como intervinientes incidentales o transitorios. Señala que el sujeto pasivo de este derecho es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas con las formalidades legales, siempre que no exista razón para considerarlas inadmisibles. El derecho de probar se vincula a la pretensión, cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable. Sostiene finalmente que el derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hechos afirmados, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas o presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación).¹⁶

KIELMANOVICH señala que se trataría de un verdadero derecho *constitucional* a la prueba, con un consiguiente deber del juez de facilitarlo, desde el momento en que nadie puede ser juzgado sin otorgársele una razonable oportunidad para ser oído y para valerse funcionalmente de los medios probatorios previstos por el ordenamiento.¹⁷

El mismo Montero Aroca señala que el derecho a la prueba¹⁸ es un verdadero

14 Solís Espinoza, Jorge Alfredo. "La constitucionalización de los derechos procesales: "la configuración del derecho a probar como garantía constitucional del proceso y derecho fundamental". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional". Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

15 "(...) en reiteradas ejecutorias emitidas por este Supremo Tribunal se ha establecido que el derecho de prueba no sólo importa el derecho a su ofrecimiento oportuno y su actuación respectiva, sino también comprende 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 actuada, correspondiendo en todo caso a las instancias de mérito señalar si las pruebas obrantes generan o no prueba a favor de las partes que las ofrecen, toda vez que la valoración conjunta de las pruebas que propugna el artículo 197 del CPC se efectúa sin perjuicio de que el magistrado utilice para ello su apreciación razonada". Casación No. 1936-2006-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de julio de 2007.

16 Devis ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis SA. Quinta Edición. Tomo I. Bogotá 2002. Pág. 27 y 28.

17 KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría de la prueba y medios probatorios. Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2004. Pág. 140.

18 "(...) el derecho a probar, es uno de los derechos que comportan el debido proceso. En principio,

derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que se trate de un derecho de configuración legal. Cuando se dice que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal lo que se está diciendo realmente es que no se trata de un derecho ilimitado, puesto que el mismo debe conformarse por el legislador ordinario, de modo que éste ha de atender a su configuración tanto desde una perspectiva propia de la función de la prueba en el proceso, los que se han llamado requisitos intrínsecos de la prueba (pertinencia, utilidad, licitud), como desde otra relativa a las circunstancias del tiempo y de forma que regulan la prueba, que son los que se han llamado requisitos extrínsecos (en realidad sujeción a la legalidad procesal).¹⁹

Con una fórmula más restrictiva Carolina SANCHIS precisa citando a MONTERO AROCA que el derecho que nos ocupa incluye: el derecho a proponer prueba, el derecho a que la prueba pertinente propuesta sea admitida, y en su caso de no serlo, a una inadmisión motivada, razonable y no arbitraria, y a practicar la prueba admitida. Junto con todo ello será necesario, para poder estimar el recurso de amparo por lesión del derecho, que la vulneración producida haya causado indefensión a la parte recurrente. Agrega que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de tutela judicial efectiva.²⁰

Acorde a VALLESPÍN el derecho a la prueba según TARUFFO comporta el derecho para las partes de emplear todas aquellas pruebas de las que disponen, con el objetivo de demostrar la veracidad de los hechos que fundan su pretensión.²¹

Como vemos la Doctrina apunta a la consolidación del *derecho a probar*,²²

debemos anotar que entendemos por probar a aquella actividad de convencer al juzgador y a todos los sujetos del proceso sobre la verdad de los hechos controvertidos en él, sobre cuya base se deducirá el derecho. La actividad probatoria está regulada por una serie de principios o reglas jurídicas que en conjunto, comprenden las fases relativas al ofrecimiento de los mecanismos probatorios, su admisión, su actuación, llegando finalmente a la valoración de los propios medios procesales empleados para acreditar los hechos". Casación No. 4069-2006-Lima, publicada el 30.05.08. "(...) si bien el derecho a la prueba, lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor, sin embargo, dicho derecho no puede ser ejercido al libre albedrío de las partes, sino que por el contrario debe regirse de acuerdo a lo que nuestro ordenamiento adjetivo dispone, esto es, respetándose ciertas garantías y principios (como el de *preclusión* y *eventualidad entre otros*) ello con la finalidad de no afectar el derecho al debido proceso de las partes". Casación N° 100-2007-Ica.

19 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Editorial Thompson-Civitas. Navarra 2005. Pág. 100.

20 SANCHIS CRESPO, Carolina. "El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional". En Revista Peruana de Derecho Procesal No. 03. Estudio De Belaunde & Monroy Abogados. Pág. 279 y ss.

21 VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Editorial Atelier. Barcelona 2002. Pág. 75.

22 "El derecho a la prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos funda-

como un derecho fundamental de las partes y terceros legitimados que participan en el proceso y a todos aquellos que participan en cualquier procedimiento distinto al judicial.

Este derecho no busca convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho, tampoco sirve como exigencia al juez (el destinatario de este derecho) respecto de un pronunciamiento favorable, sino que garantiza que las partes del proceso tengan reconocido el derecho a un actividad del juez que permita probar los hechos (su veracidad) que sustentan la pretensión o los que sustentan la defensa, ofreciendo pruebas, logrando su admisión, actuación y sobre todo, una valoración correcta y adecuada²³ del material probatorio en la sentencia. Aunque este derecho como cualquier otro, no es un derecho absoluto, está sujeto a algunas limitaciones o restricciones propias de su ejercicio, como por ejemplo no se puede exigir el derecho a la admisión y actuación de medios de prueba cuando éstos resultan impertinentes, inconducentes, ilícitos, etc. Como no se puede exigir el derecho a una valoración del material probatorio sin tomar en cuenta que las pruebas no son de las partes, sino del proceso, en aplicación al principio de comunidad de prueba. Es aquí donde se aprecia la importancia de los principios procesales vinculados al ejercicio de este derecho, los cuales regulan de alguna forma el ejercicio de este derecho en el proceso.

3. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba, es un vocablo bastante común en la actividad cotidiana del hombre, suele utilizarse casi en todos los campos en el que el ser humano realiza sus actividades para la satisfacción de necesidades o para el logro de sus fines. Así este vocablo resulta de uso diario entre historiadores, psicólogos, periodistas, policías, funcionarios administrativos, paleontólogos, juristas, agricultores, etc.

mentales: 1) el derecho de ofrecer la prueba en la etapa del proceso correspondiente, salvo los casos excepcionales de ley; 2) el derecho a que el juez admita las prueba pertinentes ofrecida en la oportunidad de ley; 3) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; 4) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regula de éstas; y 5) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica. Casación 2710-05-La Libertad. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de octubre de 2006.

23 "...este supremo tribunal advierte que el citado expediente penal y, por consiguiente, los resultados finales de la investigación policial, incluidos los exámenes médicos y el análisis de las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos, no han sido valorados por el juez de la causa, pues dichas pruebas sólo se han tenido a la vista por el colegiado superior, lo que da lugar a que se hay resuelto en primera instancia con autos diminutos, vulnerando el derecho del demandado a obtener una sentencia en la que se valoren los medios probatorios más relevantes al litigio, que pueda dar lugar a una decisión justa sustentada en lo actuado y conforme a derecho". Casación 1102-06-Piura. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de abril de 2007.

Así, cuando en la vida cotidiana pretendemos *probar* algo, con el afán de convencer, crear convicción en otro sujeto, utilizamos los mecanismos más adecuados que nos ayuden en esta tarea; sin embargo, este procedimiento si bien, tiene utilidad en la vida cotidiana del hombre, porque le ayuda a resolver problemas domésticos, personales, amicales, familiares, de grupo, etc. no tiene importancia para el mundo jurídico, como cuando pretendemos demostrar que alguien mentía con respecto a un hecho acaecido en la realidad y logramos demostrar lo contrario desenmascaramos. Esta prueba y su procedimiento no son necesariamente jurídicos.

Debido a que el vocablo prueba tiene usos diferentes dependiendo del ámbito en el que se utilice, conviene separar y determinar cómo funciona en los mismos. Los planos en los que tiene uso pueden denominarse: *plano extra jurídico*²⁴ y en un *plano propiamente jurídico*, dentro de este último, su uso vinculado al derecho sustantivo y también al derecho procesal.

En el *plano extra jurídico*, el vocablo prueba es de uso común en la vida cotidiana, en este ámbito hemos de probar todo aquello que tenga que ver con nuestras múltiples relaciones interpersonales, con nuestros familiares, con nuestros amigos, con nuestras parejas, con nuestros hijos, con nuestros vecinos, en fin con todas aquellas personas naturales o jurídicas con las cuales tengamos que relacionarnos de forma permanente.

En este ámbito, la prueba no se reduce a probar hechos meramente cotidianos sin más importancia y trascendencia que para aquellas que integran la relación jurídica en la cual se usa, sino, que ésta trasciende e involucra e incluso muchas veces solidifica o debilita un determinado grupo social, pues de la prueba dependerá la credibilidad de la personas, su honorabilidad, su aceptación o rechazo en el ámbito en el que se desarrollan.²⁵

En esta línea presenta Quevedo Mendoza su opinión "en nuestra relaciones personales, en el ámbito de la familia, del club o de las amistades utilizamos permanentemente la idea de prueba, sea como medio de confiabilidad en la gente que nos rodea, sea para adoptar decisiones que puedan afectar nuestros intereses o,

24 Sostiene Taruffo que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiene, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrarse en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Madrid 2002. Pág. 22 y 23.

25 En nuestro medio se vio con mucha claridad cómo en un tema de mucha publicidad generó el uso del vocablo prueba, el cual incluso dividió a la población, nos referimos a la difusión de unas fotografías de un conocido jugador de fútbol de nuestra selección nacional en una revista local y comentadas por una conductora de televisión en su programa diario. Aquí se puso en tela de juicio la conducta de un jugador de fútbol cuando se encontraba concentrado para jugar un partido de fútbol y salió de la concentración para supuestamente divertirse a altas horas de noche, la revista sostenía que las fotos se tomaron a las dos de la mañana y el jugador sostenía que salió a tomar un café a las ocho de la noche. Esto creo mucha polémica en la población y el problema culminó en un proceso penal de querrela que condujo a prisión a la periodista. Ver caso Magali Medina con Paolo Guerrero sobre querrela.

de alguna manera, a los de un componente de nuestro círculo social próximo. Aunque no se perciba fácilmente esta función que cumple el instituto que nos ocupa, lo cierto es que la prueba se erige en un elemento de importancia para las relaciones intersubjetivas y aun para la protección de valores fundamentales de los individuos en su relación con el grupo social".²⁶

Entonces, en la vida cotidiana la prueba es necesaria y se encuentra presente de forma permanente, pero no tiene trascendencia jurídica propiamente, pero ayuda a convivir saludablemente y en paz.

Siempre en un plano extrajudicial el vocablo prueba tiene mucha relevancia en el ámbito científico, respecto de ciencias que se vinculan a la comprobación y experimento "aquí se habla de "prueba" para significar una operación que confirma una hipótesis –científica- previamente formulada –en el sentido de "experimento", en las ciencias experimentales- o el control de la exactitud de una operación realizada –en el sentido de comprobación, en las ciencias deductivas (lógica, matemática)-. En cuanto a la ciencias reconstructivas, entre las que encontramos –antes que ninguna- a la historia y junto a ella, a la arqueología, la paleontología, la sociología y, últimamente, las llamadas ciencias de la información, caracterizadas, todas ellas, por proponerse la reproducción de hechos del pasado o que no se encuentran presentes al momento de formular la construcción científica o técnica, por lo que ésta debe fundarse, básicamente en la prueba de aquellos."²⁷

En el ámbito científico, la prueba es un punto de apoyo importante para el desarrollo del conocimiento científico, tiene absoluta trascendencia, ya que es el elemento indispensable para comprobar las hipótesis formuladas, vía comprobación o experimento, o en todo caso para reconstruir los hechos del pasado.

Ya en el campo jurídico, la prueba tiene absoluta relevancia, antes del proceso y dentro del proceso,²⁸ en el primer caso, siguiendo a Carnelutti se debe sostener

26 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 23 a 51.

27 Ibidem.

28 Gusp distingue entre prueba material y prueba procesal, la primera es una actividad dirigida a proporcionar fundamento para actos de derecho material, en cuanto sea necesaria para ello una comprobación o demostración de datos concretos realizada de acuerdo con unas reglas determinadas. Esa necesidad existe si aquellos actos han de ser dictados por órgano del poder público, lo cual ocurre ordinariamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pero también puede darse en materias de Derecho Privado como sería el caso del régimen de los medios de prueba necesarios para que puedan producirse asientos en el Registro Civil, en registros de la propiedad inmobiliaria, mercantil o relativos a patentes y marcas. Esta actividad puede ser denominada prueba o de otro modo (acreditamiento, comprobación, etc.), pero, en todo caso, es evidente que la misma y sus efectos jurídicos se producen fuera de un proceso y, aunque tengan una utilidad dentro del mismo si llega a iniciarse, estarían igualmente justificados prescindiendo de la consideración de un posible proceso. En todo caso, las normas que la regulan son de derecho material. La prueba judicial es, por el contrario, una actividad necesaria de un proceso. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi A Thomson Company. Segunda edición. Navarra 2001. Pág. 370.

que la prueba tiene existencia antes del proceso y sirven fuera de éste cuando deben valorarse hechos desde el punto de vista jurídico". Aquí, el vocablo "prueba" se vincula a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas que describen determinadas conductas que deben asumir los sujetos que integran el sustrato social o aquellas que reconocen derechos o determinan un status o situación jurídica que debe cumplirse en la realidad, normas que establecen un sujeto o conjunto de sujetos al que se le reconoce un derecho o situación jurídica y a otro sujeto o sujetos que deben mostrar una conducta que no perjudique el derecho o situación jurídica reconocida.

Así, tenemos que poner de relieve la importancia de la prueba en el Derecho en General. El Derecho dentro de las diversas concepciones puede ser entendido como orden completo, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral externa y coercitiva son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público (García Maynes).

Dentro del Derecho encontramos una serie de principios y teorías que los integran. Dentro estas teorías encontramos la denominada *Teoría de la Prueba* o la cual ha evolucionado para convertirse en lo que conocemos como el *Derecho a Probar*, reconocido como derecho fundamental, lo que implica que la prueba no sólo tiene un espacio importante en el Derecho Procesal, sino también en el Derecho Constitucional, ambas ramas que integran el Derecho. El Derecho y en particular el Derecho Procesal ha elucubrado bases epistemológicas que han culminado con la prueba, como elemento importante en la solución de conflictos de trascendencia jurídica.

En tal sentido, la prueba en el Derecho tiene una enorme importancia, pues, no se entiende un sistema jurídico sin la prueba, es decir, sin los mecanismos procesales, reglas y principios que nos dan la posibilidad de probar los derechos que se derivan de las normas jurídicas que integran el Ordenamiento Jurídico. De ahí que Plianol y Ripert expresan que "*un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil*".

Sin la prueba, en la vida jurídica (regulada por el Derecho) "los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano..." (Devis Echandía).²⁹

La prueba en la vida jurídica, es decir, en la inmensa cantidad de relaciones jurídicas (conducta humana en sociedad con relevancia jurídica) que realizamos en el día a día, tiene importancia singular, sin ella, no podríamos realizar una serie de actos, así podremos describir sólo algunas de la gran cantidad de las que se pro-

29 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. Bogotá 2002.

ducen en el mundo real: Si en la vida cotidiana que es regulada por el Derecho por ejemplo no podríamos "probar" que somos propietarios de un bien que pretendemos involucrarlo en el tráfico jurídico de bienes, simplemente no podríamos venderlo y el sujeto que desee comprarlo no tendría la seguridad de la adquisición, la prueba en este sentido apunta a la seguridad jurídica en el tráfico de bienes. Igualmente, si no podríamos "probar" que tenemos la condición de padre de un menor no podríamos ejercer la patria potestad del mismo. De la misma forma si no podemos "probar" que somos socios de sociedad comercial no podríamos ejercitar los derechos que nos asigna la ley dentro de la misma. Asimismo, si no podríamos "probar" que cumplimos con todos los requisitos para contraer matrimonio, entonces no podríamos casarnos.

La prueba —expresa Varela— constituye un capítulo de fundamental importancia en la vida jurídica, puesto que se puede afirmar que sin su existencia el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de ningún conflicto en forma racional.³⁰

Con lo cual podemos concluir preliminarmente que la prueba juega un rol preponderante en el conjunto de relaciones intersubjetivas reguladas por el Derecho, pues está presente en todas manifestaciones de conducta humana. "Nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo" (Devis Echandía).

En el segundo, plano, es decir, *la prueba en el proceso*, debemos indicar que si el proceso es el instrumento adecuado para la solución de los conflictos intersubjetivos, no se puede entender entonces el proceso sin la prueba. El proceso está basado en hechos que han ocurrido en la realidad, se llega al conocimiento de ellos a través de la prueba. "Ese indispensable contacto con la realidad de la vida se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto".

Ello ha llevado a sostener a Jeremías Bentham que el "arte del proceso no es esencialmente otra cosas que el arte de administrar las pruebas".

Se puede decir que el hábitat natural de la prueba es el proceso, claro está en sentido técnico, pues el vocablo prueba en sentido absolutamente lato es de uso en toda manifestación humana. Es en el proceso donde la prueba se constituye como el instrumento indispensable no solo para las partes (quienes afirman hechos) sino también para el juez, quien debe comprobar la veracidad o falsedad de dichas afirmaciones.

La importancia de la prueba llevó a Carnelutti a sostener que "el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba".

30 VARELA, Casimiro A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. Pág. 60.

La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad de los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno (Devis Echandía).

Por su parte Varela sostiene que la norma jurídica regla conductas humanas y para la solución de controversias se hace indispensable la prueba del derecho, pues la administración de justicia se haría imposible sin el cumplimiento de este requisito y la seguridad del tráfico jurídico en general naufragará en la más completa incertidumbre.³¹

En un intento de esbozar el concepto de prueba Ortells señala que sería el de considerarla como una actividad para demostrar la verdad de los hechos relevantes para la resolución sobre la pretensión procesal, aunque admite la existencia de importantes discusiones filosóficas respecto al concepto de verdad y la asequibilidad o no de la verdad. Afirma que la prueba judicial es una actividad necesaria de un proceso. Esto determina una serie de particularidades de la misma en los aspectos subjetivos, objetivos y en el modo o la forma de realización de esa actividad. Esta generalmente proviene de las partes y va destinada al juez. El objeto de la actividad probatoria se delimita en función de la pretensión y resistencia formuladas en el proceso y de los criterios que rijan la introducción del material de hecho en el mismo (aportación de parte o investigación oficial).³²

Probar en el proceso implica la existencia de un método o procedimiento para hacerlo (pre establecido en la norma procesal), no es una actividad que se deja al libre albedrío de las partes y del juez, por el contrario se encuentra sujeto a parámetros, reglas y principios.³³

Esta operación nace de la necesidad de las partes de probar las afirmaciones que hacen respecto de la existencia o inexistencia de un hecho en un lugar y en determinado momento, pero no de cualquier hecho, sino de hechos por cierto vinculados a la pretensión que se postula en el proceso (hechos del proceso), hechos que forman parte importante de éste, fundamentalmente los que se contraponen, llamados también controvertidos (porque no son admitidos por la parte contraria sino más bien negados). La forma correcta para intentar demostrar la existencia real de los hechos en el proceso requiere de instrumentos idóneos que lleven la información que existe fuera del proceso a su interior (en las fuentes de prueba), esos

31 Ibidem. Pág. 60.

32 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 368-370.

33 No siempre todas las normas que se refieren a las pruebas pueden entenderse que son normas procesales. Hay que distinguir entre las normas *generales de prueba*, que no están dadas en razón de una determinada relación jurídica, sino en razón de la generalidad de las relaciones jurídicas, y las normas *particulares de la prueba* cuya función es simplemente regular un determinado derecho o situación jurídica. La función de la norma general es obtener un mejor convencimiento judicial; la función de la norma particular es regular un determinado derecho poniendo, normalmente, limitaciones en los medios de prueba. GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Colex. Madrid 2005. Pág. 200.

instrumentos se denominan medios de prueba, y por ello, es que habrá que buscar aquellos que sean los más pertinentes, útiles, lícitos. Luego de la incorporación al proceso de la información extraída de las fuentes de prueba corresponderá al juez ejercitar la delicada función de valorar de forma integral y razonable el material probatorio, a fin de determinar si las tesis de las partes resultan admisibles o no, si una de las partes logra convencer al juez de su tesis; entonces, se dirá que se produjo convicción en el juez para que resuelva con certeza al momento de emitir sentencia, llegando a establecer la veracidad de las afirmaciones o negaciones de las partes.

Un concepto de prueba debe involucrar todos los aspectos antes mencionados de la actividad probatoria en un proceso:

- a) Necesidad de probar las afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de hechos en un lugar y en determinado momento³⁴, sólo si se prueba su veracidad se logrará convencer al juez para recibir una respuesta favorable con respecto a la pretensión postulada, de lo contrario el resultado será negativo. No debe perderse de vista nunca que en el proceso sólo se prueban hechos. Igualmente que el juez se vale de la prueba para la *verificación* de las proposiciones sobre hechos que postulan las partes en el proceso, entendida esta actividad como *comprobación* o *corroboración* de lo afirmado por las partes.
- b) El juez es el destinatario de la prueba, es el sujeto pasivo, porque la actividad en materia de prueba realizada por las partes está embarcada en la misión de convencer al juez de la veracidad de sus afirmaciones. Esta actividad busca dar certeza al juzgador. La prueba sirve para averiguar la verdad, aunque esta sea sólo "relativa", aunque CALAMANDREI contrapone la verdad a la *verosimilitud*.
- c) Se requiere de mecanismos idóneos para probar las tesis sostenidas en el proceso por las partes, pre establecidos en la norma procesal, de los cuales las partes deben utilizar los más idóneos (si la actividad probatoria es dispositiva) o el juez en caso de deficiencia probatorias de las partes (si se rige por el sistema publicístico, llamada también inquisitivo), éstos deben servir para trasladar la información que contienen las fuentes de prueba al proceso, para que se introduzca al proceso y sea conocida por el juez.
- d) La actividad probatoria de las partes requiere de reglas y procedimientos cla-

³⁴ Con relación a la pretensión, es más que evidente que estos hechos deben estar referidos a la situación de hecho contenida de manera abstracta en la norma o conjunto de normas que se invoca como sustento de la pretensión o lo expresado en el contradictorio. No debemos perder de vista en este punto que la norma material contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, solo se podrá hacer merecedor de la consecuencia jurídica cuando se ha probado que en la realidad se ha producido el supuesto de hecho de la norma llamado también antecedente, el ordenamiento civil señala "en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios" (Art. 1428). Habrá que acreditar la falta de cumplimiento de la prestación (supuesto de hecho) para lograr la resolución contractual (consecuencia jurídica).

ros y precisos que permitan ejercer de manera irrestricta el derecho subjetivo de prueba, actualmente conocido como derecho a probar, se deben establecer no formas rigurosas sino más bien flexibles para que las partes en el proceso puedan ejercer este derecho en términos de igualdad; al igual que la actividad psicológica que realiza el juez cuando ejercita la valoración de los medios de prueba del proceso.

- e) La prueba debe estar regida por principios de orden procesal, pautas rectoras escritas o no, que permitan el pleno ejercicio del derecho a probar (ofrecimiento, admisión, actuación) y que hagan igualmente que la actividad de valoración sea adecuada. Con una valoración correcta del material probatorio se abre camino a un proceso justo.
- f) Es necesario un juez que de manera imparcial valore los hechos del proceso, que dicha actividad de orden psicológico realizada por el juez al momento de emitir la sentencia sea producto de lo actuado en el proceso, que todo el material probatoria acopiado sea valorado en forma integral, utilizando criterios de razonabilidad, auxiliado en algunos casos por la prueba indiciaria, las presunciones, máximas de experiencia, etc. Es en esta etapa donde el juez debe declarar la existencia de los hechos afirmados por las partes durante el proceso, debiendo señalar cuál es la tesis que admite y en qué medios de prueba se sustenta la misma. Como es lógico solo una de las tesis propuestas por las partes debe ser admitida, la otra debe necesariamente ser rechazada, pues no es posible admitir la certidumbre de un hecho y negarlo a la vez, el pensar del juez sería ilógico si se plasma así en la sentencia (principio de no contradicción). Esta es la etapa en la cual el juez realiza una actividad eminentemente psicológica en la cual si le satisfizo la tesis de una de las partes con respaldo en el material probatorio actuado; entonces, se podrá afirmar que se generó convicción en el juez respecto de las proposiciones de esta parte, sólo entonces podrá resolver con certeza, sin duda. La prueba así entendida apunta a una finalidad: la convicción. Aunque otra tesis sostenga que lo que se busca es establecer la verdad de las proposiciones.

Como señala COUTURE los problemas de la prueba consisten en saber *qué* es prueba; *qué* se prueba; *quién* prueba; *cómo* se prueba, *qué* valor tiene la prueba producida. En otros términos: el primero de estos temas plantea problema del *concepto* de prueba; el segundo, el *objeto* de la prueba, el tercero, la carga de la prueba; el cuarto, el *procedimiento probatorio*; el último, la *valoración* de la prueba.³⁵ Podemos rescatar de la posición de este reconocido procesalista que la prueba involucra diversas actividades en el proceso que no sólo recaen en las partes, sino también en el juzgador

³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Editorial IB de F. Montevideo- Bs. As 2005. 4ta. Edición. Pág. 178.

PALACIO en cambio vincula a la prueba como una *actividad procesal*, señalando que la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiendo a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas.³⁶ Omite este concepto una etapa fundamental y decisiva de la prueba que es la valoración, aunque tangencialmente se refiere a la convicción. Sin embargo, debemos señalar que la prueba en el proceso implica necesariamente una actividad procesal, a cargo de las partes sustancialmente y con participación directa del juez en manejo correcto en el procedimiento de incorporación y actuación de material probatorio, y como tarea fundamental en la valoración del mismo.

La prueba se define como actividad, regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero de los instrumentos de cuya valoración aquel extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.³⁷

Todos los aspectos referidos en los puntos a) al f) precedentes, están vinculados estrechamente al concepto de prueba, considero que si se encuentra ausente algún elemento de los mencionados el concepto estará incompleto.

Nuestro CPC no define la prueba, solo se refiere en el numeral 188 a la finalidad de los medios probatorios, señalando que tienen por finalidad "acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

4. FINALIDAD DE LA PRUEBA

En la actualidad la doctrina sobre prueba tiene una disyuntiva aun no resuelta y de vieja data,³⁸ claro está desde el punto teórico y no necesariamente práctico, así en la dogmática se discute:

36 PALACIO, LINO Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot. 17ma. Edición. Bs. As. 2003. Pág. 392.

37 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

38 TARUFFO considera como una tendencia de muchos ordenamientos procesales lo concerniente a la concepción del proceso como procedimiento dirigido a la verificación de la verdad de los hechos relevante para una decisión determinada. Históricamente, es una afirmación muy común que la justicia depende de la verificación de la verdad de los hechos en los cuales se funda la controversia. Ello no amerita ponerse en discusión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta concepción de la finalidad del proceso es refutada por muchos: como dice ALVIN GOLDMAN sobre el plano epistemológico general, los *veriphobics* (palabra para calificar a aquellas personas que consideran que ningún tipo de verdad puede ser alcanzada y, por tanto, tienen "fobia" a la verdad) son numerosos y podemos decir que se les encuentra frecuentemente entre los procesalistas. TARUFFO, MICHELE en "Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria". Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Pena y Derechos Procesal Constitucional. Universidad de Lima, Octubre de 2007.

- a) *La prueba busca la verdad de los hechos del proceso*³⁹ (llamada tesis del cognoscitivismo), o
- b) *La prueba busca lograr la convicción del juez para que resuelva el conflicto admitiendo las posturas de la parte que logró convencerlo* (conocida como la concepción persuasiva).⁴⁰
- c) *La prueba busca determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos* (conocida como fijación de los hechos).⁴¹ Aunque conviene advertir que el mayor debate se ha centrado en las dos primeras tesis.

Es posible que con la prueba, las partes busquen que se determine la verdad de los hechos propuestos en la *causa petendi*, pero, no se trata de encontrar la verdad en términos absolutos correspondiendo al juez tomando las afirmaciones y negaciones de las partes y contrastando el material probatorio determinar qué hechos son verdaderos y cuáles no lo son, logrando así establecer la verdad. Aunque conviene decir que las posiciones en doctrina han llegado a sostener que en el proceso resulta imposible encontrar la verdad (entendida ésta en términos absolutos).⁴²

39 Esta posición es defendida en la actualidad por MICHELE TARUFFO en su obra *La prueba de los hechos*, Op. Citada. Pero tiene como predecesores a BENTHAM y BONNIER, esta tesis lanza la premisa de que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor. Aunque esta tesis tiene su derivado en aquella posición (sostenida por Ferrajoli y Chiarloni) que manifiesta que "la relación existente entre la prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria. La finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio (...) La diferencia entre ambas es que la primera supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado y la segunda plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria". FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid 2005. Pág. 55-56.

40 Entre otros autores esta posición la defiende Devis ECHANDÍA en su libro *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Themis S.A. Bogotá 2002. Parte de la idea de que la teoría de la verificación de la verdad de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores. El fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión.

41 Esta tesis es sostenida por FRANCESCO CARNELUTTI en "*La proba civile*": de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación normal. Si la ley da cuenta de estos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acayú. Buenos Aires. Pág. 55.

42 Dijo GENUZZO BENTINI (en su libro *La mentira en los tribunales*): "La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce (...) Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito celebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle". Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba" en *Revista de derecho procesal* 2005.1. Prueba - I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Págs. 77 a 103.

consideramos que con la prueba se debe buscar una aproximación a la verdad, se debe intentar, tentar reconstruir el pasado buscando acercarnos a la verdad de lo que ocurrió en la realidad.⁴³ En el proceso no se debe renunciar a la búsqueda de una aproximación a la verdad⁴⁴ de los hechos vinculados al conflicto.⁴⁵ Esta última tesis sustentada en la verosimilitud, tampoco es pacífica, ya que el propio Devis ECHANDÍA sostiene que no es admisible considerar como fin de la prueba el obtener la verosimilitud del hecho, es decir, su mayor probabilidad y citando a WACH y a CARNELUTTI si se excluye la certeza del campo de los resultados de la prueba, "sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna" (Op. Citada).

De otro lado, al tener la prueba un destinatario -el juez-, las partes con la prueba buscan crear convicción en otro sujeto, su objeto es la búsqueda del convencimiento en un tercero imparcial respecto de los hechos del proceso, busca convencer al juez de que éstos corresponden a la realidad, con lo cual tenemos que la prueba igualmente busca la convicción, convencimiento a quien tiene en sus manos la resolución del conflicto, convencer al juez de lo que sostenemos es verdadero es importante en el proceso, pues es él quien debe decidir a cuál de las partes le corresponde la razón en el proceso.

La posición bivalente de estos dos fenómenos en el proceso: verdad y convicción, de alguna manera es considerada por CARDOSO para el cual la prueba en general busca la verdad y la prueba judicial busca la convicción del juez, por lo cual, sostiene que de forma general el fin de la prueba es establecer la verdad. Pero tal cosa no es absoluta si se trata de la prueba judicial porque su finalidad es, además, eminentemente procesal puesto que sirve de fundamento para la decisión del juez. Por lo que concluye que el fin de la prueba consiste en dar al juez convicción sufi-

43 La verdad, en el sentido de cómo son las cosas, no está en juego en el proceso. Lo que interesa al proceso judicial es la correspondencia entre lo que se dice que las cosas son (afirmaciones) y las pruebas. SOSA, TORIBIO Enrique. "El fin de la prueba". En Revista de derecho procesal 2005. 1. Prueba - I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 243 a 251.

44 Si en el proceso el juez reconstruye el pasado, lo hace con hechos propuestos por las partes, en los cuales no estuvo presente, reconstruirlo entonces, no es fácil, más aun si tiene la limitación que en la aproximación a la verdad sólo se debe basar en los hechos propuestos por las partes y que llegan al proceso muchas veces no precisamente en su estado original, de ahí la expresión de que el juez tiene en el proceso "hechos de segunda mano", por lo cual la tarea de encontrar la "verdad" con los hechos suministrados por las partes resulta ser una labor harto difícil, por lo cual, consideramos que no es posible con la prueba judicial "hallar" una "verdad absoluta", incontrastable, incontrovertible, pero, ello no significa que el juez y las partes deban renunciar a una aproximación a la verdad, a un acercamiento a la misma.

45 Aunque esta tesis es rechazada tajantemente por TARUFFO al sostener que es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos de su verdad probable. Sin embargo, es habitual que esta afirmación carezca de justificación o de análisis crítico y se reduzca a una mera petición de principio fácilmente destinada a ser contradicha hasta por el propio autor cuando se ocupa de otros aspectos del proceso o al definir las funciones de este. TARUFFO, MICHELE. Op. Citada. Pág. 56.

ciente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto.⁴⁶

Así entendido el problema, tenemos que la búsqueda de la verdad⁴⁷ en el proceso a través de la prueba es un gran punto de controversia en la doctrina, ya que se sostiene -por un lado- que no es posible encontrarla en puridad, quien la descubre al final del proceso es el juez, pero lo hace a través de los hechos propuestos por las partes, la cual no necesariamente coincide -muchas veces- con la verdad ocurrida en la realidad. Por lo cual, un sector de la doctrina parte de la premisa de que si metafísicamente no es posible encontrar la verdad, pues este es un concepto etéreo, entonces, ello tampoco es posible en el proceso. La verdad según Devis ECHANDÍA es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habrían cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella (Op. Citada). PARRA QUIJANO expresa la idea de que toda verdad es relativa no cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas, las cuales requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta sólo tiene "realidad" en la imaginación.⁴⁸ En su oportunidad GOLDSCHMIDT señalaba sobre este debate que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, siendo la verdad que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno objetivo: el convencimiento del juez. Con lo que tenemos que la posición de la verdad en el proceso es relativizada por la doctrina. Por su parte WACH afirma que la comprobación de la verdad no es la finalidad del proceso civil, ni puede serlo.

En esta misma línea encontramos a CABAÑAS quien afirma que la palabra "prueba" identifica en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará "probada" aunque se utilice en tiempo y forma oportunos alguno de los instrumentos previstos por la legislación, si finalmente tal actividad no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación.⁴⁹

Y de otro lado, se considera que entre las finalidades del proceso se encuentra "la de verificación de la verdad de los hechos de la causa. Considerando el plano filosófico y epistemológico general en donde se va recuperando el valor ético-político

46 CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas Judiciales. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1986. Pág. 19.

47 El concepto de verdad se relaciona estrechamente con la esencia del conocimiento. Un conocimiento es verdadero cuando su contenido concuerda con el objeto mentado, implicando el concepto de verdad la relación existente entre el sujeto y el objeto. VARELA, CASIMIRO A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. Pág. 68.

48 PARRA QUIJANO, Jairo. La concepción ideológica de las pruebas en el proceso civil en Revista Jurídica Advocatus 11-2004-II.

49 CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Editorial Trivium SA. Madrid 1992. Pág. 21.

y científico de la verdad, existen razones válidas para sostener que la verdad es también un *valor procesal*, en el sentido que el proceso debe estar dirigido a la consecución de decisiones justas y correctas" (TARUFFO). Sobre la verdad del proceso PARRA QUIJANO expresa: i) Limitamos esa averiguación a los hechos y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad; ii) Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, si no se ha logrado averiguar la verdad de los mismos; iii) Es posible prácticamente averiguar la verdad, con más dificultad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades no se puede negar que no sea posible averiguar la verdad.

La aspiración de encontrar la verdad en el proceso – sostiene MONTERO AROCA – es un mito en el proceso con el cual se debe acabar, por lo cual expresa que sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa.⁵⁰ Aunque la tesis persuasiva del juez no escapa a las objeciones de la doctrina ya que se sostiene que estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento⁵¹ del juez es correcto o equivoco; simplemente está persuadido.⁵²

Trionfetti estima que el proceso civil no busca la "verdad" sino la seguridad jurídica, y que la eventual coincidencia de determinados eventos históricos con lo expresado en la sentencia es una probabilidad, no una necesidad, para que el proceso sea dirimido.⁵³

50 Así sostiene el mismo autor que de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, por lo cual la búsqueda de la verdad no puede ser función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, sin los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de la verdad ésta fuera del alcance de la prueba procesal. MONTERO AROCA, Juan en *La Prueba*. Op. citada. Pág. 24-25.

51 Ya Platón, en su diálogo con Teetetos, había dicho que son tres los requisitos para que pueda hablarse de conocimiento: creencia, verdad y prueba. En primer lugar, quien formula la afirmación debe creer en ella; en segundo lugar, el conocimiento expresado debe ser verdadero, y, en tercer término, debe haber pruebas de aquel. VARELA, CASIMIRO A. Op. citada. Pág. 69.

52 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. *Concepciones de la prueba*. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de MICHELE TARUFFO. En www.cervantesvirtual.com

53 TRIONFETTI, VÍCTOR. "La construcción de los hechos en el proceso". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 105 a 112.

La doctrina ha cuestionado la tesis persuasiva por estar basada en el subjetivismo del juez, en el estado psicológico al momento de resolver. En este caso – sostiene Ferrer – tampoco se deja ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado. En caso contrario, no lo está. Y ello depende únicamente del aspecto subjetivo psicológico del juez, que nadie más que él puede determinar, conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba. La concepción analizada conlleva un problema añadido. Así, se confunde la noción de prueba con la actitud proposicional del juez acerca de los enunciados que se declaran fundados. Y se vincula, además, la prueba con la creencia (la convicción), de modo que no se puede dar cuenta de un importante número de casos, en los que por razones muy diversas el juez se ve obligado a declarar hechos probados con independencia (y hasta en contra) de sus creencias acerca de los hechos del caso.⁵⁴

Consideremos que ambas posiciones (tesis cognosvistiva y concepción persuasiva) no son excluyentes ni contradictorias, pues *lograr la verdad* de los hechos (las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad": BONNIER⁵⁵) y *crear convicción en el juez*⁵⁶ ("la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones": Palacio), son dos elementos sustanciales y que coexisten en el proceso. La posición de Marina Gascón se torna relevante en este aspecto, pues, considera que por lo general estas concepciones de la prueba (se refiere a la tesis persuasiva y cognosvistiva) no suelen presentarse en estado puro sino que en todo proceso se entremezclan y conviven puntos de vista e intereses adscribibles a ambas, creo que no sólo es posible sino también útil confrontarlas desde una perspectiva (más amplia) que teorice la prueba desde la concepción dominante del proceso, y no desde el punto de vista de cada uno de los sujetos que participan en él.⁵⁷ Descartando de alguna manera que la tesis persuasiva tiene que ver con el punto de vista del abogado y la cognosvistiva con

54 FERRER BELTRÁN, JORDI. Op. Citada. Pág. 67.

55 Citado por MONTERO AROCA, Juan en *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000. Pág. 23.

56 ARAZI expresa como postura tradicional de la prueba que cuando nos referimos a la convicción del juez, no identificamos esta noción con la verdad, no podemos decir que el juez tiene que llegar a la verdad, ya que ésta puede ser inaccesible; pero sí tiene que procurar convencerse de que ha alcanzado la verdad; ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto; en tanto que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad, y veremos seguidamente que, para lograr tal certeza, tiene que utilizar todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales. Sólo en caso de imposibilidad absoluta de lograr certeza, recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó incumplida tal carga. Sosteniendo que actualmente el juez tienen la posibilidad de investigar en el proceso la existencia de fuentes de prueba aun cuando ellas no hayan sido mencionadas por las partes. ARAZI, Rolando. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 32.

57 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. Op. Citada.

el punto de vista del juez. Esta posición bivalente la encontramos en la definición de prueba que nos proporciona QUEVEDO MENDOZA prueba al definirla como la actividad, regulada por la ley procesal, que realiza el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero los instrumentos de cuya valoración aquél extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.⁵⁸

La posición de CARNELUTTI respecto a que la finalidad de la prueba es determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos, tiene varios seguidores y de ella podemos rescatar que niega enfáticamente que el vocablo prueba en sentido jurídico sirva para la búsqueda de la verdad a través del control de los hechos controvertidos. Lo cual lleva a CARNELUTTI a sostener que la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos.⁵⁹ Con esta tendencia –alega GOZAINI– se concreta la idea de una sola versión para la verdad. CARNELUTTI elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la *litis* con justicia y razón.⁶⁰

Sea cual fuere la posición de mayor aceptación en la doctrina⁶¹ o la que maneje el lector (no pretendemos ahondar ni agotar esta discusión), lo cierto es que el juez se encuentra en medio de ambas posiciones, el juez es el destinatario de la prueba producida por las partes, es el juez quien valora la prueba, siendo él quien finalmente resuelve el conflicto con la sentencia, y cuando lo resuelve lo hace llegando a la verdad de los hechos conforme a lo suministrado por las partes y emite sentencia a favor de la parte que mejor lo convenció respecto de la veracidad de

58 QUEVEDO MENDOZA, EFRÁIN. "Prueba: ensayo de un concepto general". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 23 a 51.

59 CARNELUTTI, FRACESCO. Op. Citada. Pág. 33-34. El maestro italiano precisó que el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello.

60 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

61 Nuestro Tribunal Constitucional se ha plegado al parecer a la tesis de la convicción conforme se aprecia de la STC No. 4226-2004-AA al precisar que "el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agosta en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos al proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido al juzgador" (resaltado nuestro).

estos hechos. Ello sin perder de vista que en el proceso civil cada parte cree tener la verdad de los hechos y busca afirmarlos como mejor conviene a su defensa, si ambas partes sostienen afirmaciones falsas, no verdaderas, entonces el juez resolverá como medias verdades.

Lo expuesto sirve para rescatar lo trascendente de la labor del juez en el proceso, aun ante la interrogante si lo que ¿debe primar es la verdad de los hechos de la causa o la tesis de lograr la convicción en el juez, o ambas?, ahí es donde justamente radica la importancia que el juez tenga un manejo adecuado de la prueba, más concretamente en la etapa de valoración del material probatorio, de lo contrario el resultado de su labor será incorrecta e insatisfactiva, no solo para las partes sino para la sociedad en general.

5. VERDAD MATERIAL Y VERDAD FORMAL

Si la tesis de la verdad a la que hemos hecho referencia tiene suma complejidad y expresa posición contrapuesta a la tesis de la convicción al juzgador, tenemos en la doctrina otro tópico igual de polémico, el mismo que está referido a dar respuesta a si en el proceso se busca la "verdad formal" (llamada también como verdad judicial o forense o se busca la "verdad material" (conocida como verdad objetiva o real). La verdad formal en expresión de GOZAINI sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la verdad material es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.⁶²

Tradicionalmente se pensó que la verdad material de los hechos se podía lograr en el proceso penal y la verdad formal es producto del debate probatorio en el proceso civil debido a la vigencia del principio dispositivo, aunque esta posición a la fecha fue superada.⁶³

La diferencia entre verdad material y formal es expresada por Ferrer, la primera es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que 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

62 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

63 A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al proceso; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de aquellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba de solucionar con verosimilitudes. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

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 civil. 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 judicial con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la decisión de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia.⁶⁴

Definitivamente en este aspecto la doctrina no se puso de acuerdo, pues algunos alegan que no es posible ya lograr la verdad material en el proceso, pues "no se trata de trasladar los hechos tal como ocurrieron o de demostrar las afirmaciones tal como se produjeron, la actividad probatoria no busca, pues, con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados".⁶⁵

La distinción entre verdad formal y verdad material –sostiene TARUFFO– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medios de las pruebas.

La verdad en el proceso es un punto muchas veces dramático. La historia ha recogido la famosa pregunta de Pilatos: "¿Y qué es la verdad?". Todo juez tiene que preguntárselo algún día, porque los contrastes entre la verdad real y la verdad formal constituyen una de las tantas artificiosidades del derecho de las que nos servimos para nuestras construcciones técnicas, a falta de otra cosa mejor.⁶⁶

En el proceso no se debe buscar la verdad material ni la verdad formal, se debe apuntar a la verdad jurídica objetiva. Sobre ésta última se ha sostenido que ninguna decisión es justa si está fundada 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. La doctrina de la verdad jurídica objetiva constituye pues un importante aporte para superar ambas verdades (se refiere a la material y formal) al marcar la

64 FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Citada. Pág. 61-62.

65 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200. Este mismo autor precisa que con la prueba no se pretende conseguir la verdad absoluta es algo obvio y lógico: primero, porque la verdad absoluta es inalcanzable; segundo, porque al sistema procesal para ser eficaz le basta con que el juez adquiera o se convenza de la certeza o de la verosimilitud de los hechos.

66 RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. Pág. 33.

necesidad de obtener una verdad única, cimentada en la realidad objetiva, sea cual fuere el tipo de proceso o procedimiento en que ella se obtenga.⁶⁷

Conviene decir que esta vieja clasificación de verdad fue abandonada por la doctrina, en esta posición encontramos a MONTERO AROCA, GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, entre otros.⁶⁸

6. PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Conforme a lo expresado hasta aquí podríamos decir siguiendo lo establecido por la doctrina que prueba es el género del cual se desprende la especie que es el medio de prueba. La prueba está conformada por un conjunto de actos procesales, desde la afirmación de hechos que forman parte de la proposición de las partes hasta la valoración del juez sobre el material probatorio aportados por las partes. En cambio el medio de prueba desde esta óptica es una parte de este conjunto de actividades de orden procesal, con el cual las partes buscan los mecanismos más idóneos, eficaces, pertinentes, lícitos para llevar al proceso la información contenida en las fuentes de prueba.

Prueba y medio de prueba, son dos elementos de un mismo universo, sin embargo, uno es más amplio que el otro, la prueba comprende al medio de prueba,

67 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores. Lima 2001. Pág. 282.

Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre la verdad jurídica objetiva: "(...) así expuestos los hechos, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, sustentada en hechos objetivos y constatables, pues contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso, sino en apreciaciones subjetivas, carentes de fundamentación fáctica y jurídica, que impiden que se establezca la verdad jurídica objetiva en el caso concreto; por tanto, se trata de una resolución que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo 122 del antes acotado Código Procesal, así como el inciso quinto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado". Casación No. 1382-2007-Lima.

68 La pregunta que viene ahora es crucial a la vista del corsé que impone el derecho probatorio. ¿Cómo puede el juez, a pesar de tantas cortapisas, averiguar la verdad de lo sucedido? Mi respuesta es que no puede, pero necesitamos creer que sí puede. Y de ahí el invento de la teoría de las *dos verdades* merced a la cual el derecho probatorio lava su cara. La teoría de las dos verdades viene a significar que en el proceso, aunque indudablemente debe aspirarse a conseguir la verdad material o histórica, cabe contentarse con la verdad formal, es decir, la que resulta de las admisiones de hechos y de la valoración, libre o tasada, de las solas pruebas practicadas en el proceso: *quod non est in actis, non est in mundo*. La célebre frase de Carnelutti "la verdad es como el agua: o es pura o no es agua", no ha logrado por tanto relegar el mero recuerdo la teoría de las dos verdades, que sigue imponiéndose por la sencilla razón de que el papel del juez en la búsqueda de los hechos y el marco de actuación del mismo no son los mismos que los del historiador. Curiosamente a este respecto la realidad se desenvuelve en una inevitable paradoja: cada vez más se insiste en la búsqueda de la verdad histórica, pero al mismo tiempo una hipergarantismo judicial secundariza a veces el valor de la misma. Al paso que vamos ya no resulta escandaloso poder afirmar pues, que el mayor enemigo de la prueba es el derecho probatorio. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil, LEC 1/2000. Editorial Bosch. Barcelona 2001. Pág.39.

este último facilita que la información relevante respecto de la *litis*, sean llevada de fuera del proceso a su interior.

Ambas no son incompatibles entre sí, por el contrario forman parte de una actividad procesal en el que se complementan, ambas ayudan a las partes a probar sus afirmaciones y al juez a tomar en cuenta toda la información introducida al proceso, buscando la generación de convicción en el juez, con el ánimo de que resuelva con absoluta certeza.

Toma partida en esta distinción Devis ECHANDÍA quien señala que en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende *las razones o motivos que sirven para llevarle al juez a la certeza sobre los hechos*; y por medios de prueba, *los elementos o instrumentos* (testimonios, documentos, etc.) *utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos* (es decir, para obtener la prueba).⁶⁹

7. FUENTE DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Evidentemente las partes en el proceso parten de la afirmación de hechos vinculados a su pretensión o su defensa, estos hechos deben estar estrechamente relacionados a lo que se discute en el proceso; sin embargo, toda la información para la verificación, contrastación, comprobación de la existencia o inexistencia de estos hechos, se ubica fuera del proceso, existe antes que él, es por ello que se requiere de mecanismos idóneos, útiles, lícitos, pertinentes para llevar la información fuera del proceso a su interior.

La información relevante para el proceso se encuentra en las *"fuentes de prueba"* y los mecanismos de los que se valen las partes y el juez - en su momento - para incorporar dicha información al proceso se denominan *"medios de prueba"*.

La *fuerza de prueba* contiene información sobre hechos vinculados al proceso y que resultan relevantes para el propósito de las partes, en la tarea de convencer al juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones, no obstante esta información se encuentra fuera del proceso, por lo que, se dice que la fuente es pre procesal, porque existe antes del proceso y además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso. Aunque la doctrina ha puesto objeción a la afirmación de que la fuente es anterior al proceso y que se ubica fuera de él, poniendo como ejemplo a la pericia, la cual no es posible ubicarla antes del proceso. Aunque para que cuadre en el criterio esbozado se señala que se debe ubicar un hecho que realmente sea exterior al proceso, que deba ser examinado por el perito e informar sobre el particular al juez.

69 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Op. citada. Pág. 20.

Es Sentis Melendo quien expresa magistralmente la idea de fuente de prueba y medio de prueba:⁷⁰ "Todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba, la fuente es el documento, el medio es su aportación a los autos, las fuentes es el conocimiento que tiene el testigo, el medio es la declaración que preste, la fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio de este examen juntamente con el dictamen pericial."⁷¹

EFRAIN QUEVEDO⁷² precisa que el debate acerca de las fuentes y los medios de prueba se ha visto perturbado más de una vez por diferencias terminológicas, dificultándose, por esa vía, el intercambio de ideas; es por ello necesario hacer un esfuerzo para describir, primero, la realidad del proceso, someterla a una cuidadosa interpretación científica y por último, proponer rótulos para su designación. Esta última tarea conviene ajustarse, en todo lo posible, a los usos tribunales y la tradición legislativa, para que la construcción final resulte inteligible para los prácticos y no ofrezca resistencias su utilización; en este punto, quizás, haya que repensar la ideas Canneluttianas para adaptarlas a nuestro tiempo y realidad. Cuando los prácticos y las legislaciones emplean el término "medio" de prueba (no es usual el vocablo "fuente") no entienden referirse a la actividad perceptiva y deductiva del juez (elemento subjetivo) sino a la realidad externa que con aquella se aprehende para llegar al conocimiento de los hechos o en todo caso, al procedimiento regulado por la ley para que esa realidad quede a disposición del juzgador.

Es posible que la información que contienen las fuentes de prueba nunca llegue al proceso o es posible que sí. Estas fuentes contienen datos fácticos de lo que en alguna oportunidad y lugar ocurrió en la realidad, hechos reales, acontecimientos. Ahora bien, si las partes requieren llevar al conocimiento del juez la existencia de estos hechos de la realidad porque son relevantes para sustentar su pretensión o su defensa, entonces, deben hacer uso de aquellos instrumentos procesales que posibiliten el ingreso de toda aquella información de la fuente de prueba al proceso, para lo cual harán uso de los *medios de prueba*.

Entonces, podemos decir que la *fuerza y medio de prueba* son dos conceptos vinculados estrechamente, el primero es necesariamente preprocesal en tanto

70 " (...) Ello debido a que a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), es posible determinar que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mismo, mas no así de las fuentes de prueba (Cfr. STC Exp. N° 00003-2005-AI/TC, fundamentos 128, 129; Exp. N° 00010-2002-AI/TC, fundamento 160)". STC No. 05822-2007-PHC/TC.

71 Citado por FALCÓN, Enrique M., en "La recolección probatoria en el proceso civil". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 113 a 130.

72 QUEVEDO MENDOZA, EFRAIN I. *Medios y fuentes de prueba*. En La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Librería Editora Platense SRL. La Plata 1996. Pág. 127.

que el segundo sólo se presenta en el proceso. Los medios de prueba sirven para que el juez pueda tomar conocimiento de los hechos extraprocesales vinculados al proceso. La *fuerza* tiene existencia aun sin que se genere el proceso, pre existe al proceso⁷³, el conocimiento que tiene de determinados hechos, se introducirán al proceso a través de los *medios de prueba*. Por ello, los medios de prueba sólo tienen utilidad y se desarrollan dentro del proceso, es su hábitat natural, fuera de él no tienen ningún tipo de relevancia.⁷⁴ Medios de prueba son los instrumentos que permiten al juez la apreciación sensible del objeto de la prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que se valen las partes para hacer posibles la apreciación judicial de dicho objeto.⁷⁵

Así, el sujeto que presencié un accidente de tránsito, en el que una persona con su vehículo atropella a otra y la deja gravemente herida y apoya al herido para su conducción a centro médico, constituye evidentemente *fuerza de prueba*, pues a partir de este acontecimiento, tiene en su poder información relevante sobre lo ocurrido, de primera mano, por lo que se podría decirse que es fuerza primaria. Es posible que si el sujeto que sufrió el accidente nunca se enteré que hay alguien que observó el evento, por tanto esa fuerza de prueba nunca brindará información al proceso, pero si lo sabe por alguna circunstancia hará uso de la prueba testimonial (medio de prueba), para que toda la información que tiene esta fuerza con su declaración testimonial llegue al proceso y sea de conocimiento del juez. En este caso como vemos la calidad de *fuerza* recae sobre un sujeto, quien tiene conocimiento sobre determinados hechos del pasado⁷⁶. Lo mismo ocurriría si la fuerza de prueba fuera una o ambas partes del proceso y se les solicita la *declaración de parte*.

73 La noción de fuerza de prueba se haya constituida por el dato obtenido merced a los medios previstos o autorizados por la ley adjetiva (el testimonio, el documentos, la confesión, etc.) y existe, a diferencia de lo que ocurre con éstos, con prescindencia del proceso. DE SANTO, Víctor. La prueba judicial, teoría y práctica. Editorial Universidad. Buenos Aires 1992. Pág. 31.

74 Sobre la discusión *numerus clausus* o *apertus* de los medios de prueba el procesalista español MONTERO AROCA ha señalado que si la fuerza es algo extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que la leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas, porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventado o descubriendo nuevas fuentes. Estas, por tanto, deben quedar indeterminadas. Lo que las leyes deben regular son los *medios de prueba*, entendidos como actividad que es preciso realizar para incorporar la fuerza al proceso, y estos medios, después de la regulación legal, serán siempre *numerus clausus* porque las únicas actividades procesales posibles son las legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad. MONTERO AROCA, JUAN, Gómez Colomer, Alberto Montón y Silvia Barona. El nuevo proceso civil. Editorial Tirant lo Blach. Valencia 2000.

75 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200.

76 CABAÑAS GARCÍA sobre el particular tiene un punto de vista interesante, señala que si la fuerza es el hecho mismo sometido a captación, que sólo tiene una coordenada espacio-temporal, su realidad es finita, pretérita e instantánea, porque se trata del suceso histórico en sí. La fuerza entonces, siendo en sí la circunstancia histórica, nace y muere como tal en el mismo momento de consumarse, y no es posible preservarla, hecha la salvedad de aquellas de tipo permanente. Esto convertiría en la mayor parte de las ocasiones a la fuerza de prueba en un objeto ideal e incognoscible. De hecho la fuerza no sería tal por falta de control sobre su materialidad. CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium SA. Madrid 1992. Pág. 24.

Las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción son documentos públicos que contienen información sobre un evento ocurrido en lugar y fecha determinada, dan cuenta de hechos sucedidos en el pasado con respecto a personas, nacimiento, nupcias y fallecimiento, respectivamente. Sin embargo, esta información es extra procesal, sólo formará parte del proceso, si las partes o el juez las incorporan a través de los medios de prueba, en este caso concreto a través de la prueba documental (medio de prueba), sólo así el juez podrá en su momento tomar conocimiento de estos hechos ocurridos antes del proceso. En este caso la fuerza de prueba no corresponderá a una persona, sino a un documento que contiene información sobre hechos del pasado, relevantes para el proceso. Igualmente tendrán la condición de fuerza de prueba los contratos privados, las minutas, las escrituras públicas, los títulos valores y cualquier otro documento privado en el cual se hayan insertado hechos o acontecimientos, que sean producto de una declaración de voluntad válida o inválida.

Determinado lugar en el que se llevó a cabo un hecho (que no es documento ni persona) puede ser fuerza de prueba en un proceso judicial, por ejemplo el lugar donde se produjo el accidente de tránsito que hemos hechos referencia anteriormente, si las partes pretenden que el juez tome conocimiento de la señalización, de que se trata de una vía rápida, que hay un puente peatonal, que es una zona de alto tráfico, de las condiciones climatológicas del lugar, la visibilidad, etc. por ejemplo para afirmar que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima, entonces utilizarán la prueba de *inspección judicial*.⁷⁷ Aquí la fuerza de prueba no es un sujeto ni un documento, la información o el conocimiento de determinados hechos no está contenida en esta fuerza, ésta más bien es distinta, se trata de que el juez a través del medio probatorio (de parte o *ex officio*) tome conocimiento de hechos que son gravitantes para el proceso y que fueron propuestos por las partes al sustentar su pretensión o en su defensa. Durante la labor de observación (*inspección*) realizada por el juez, éste podrá constatar hechos vinculados a lo afirmado por las partes en el proceso, luego procesará esta información (utilizado el método inductivo y deductivo) para llegar a la conclusión de si el hecho afirmado por los sujetos del proceso corresponden a la realidad o no. Esta misma operación la realiza el juez cuando actúa una inspección judicial en los procesos judiciales en los que se pretende determinar el área ocupada, cuando hay discrepancia sobre la misma, en tema de linderos y áreas, en los interdictos, pretensiones de reivindicación para definir el área del predio a restituir, medianería, etc.

Ahora bien, conviene precisar que no siempre la fuerza de prueba aporta información al juez para generarle convicción, pues es importante precisar que de toda

77 La prueba directa por *percepción*. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrían que demostrarse en juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Pág. 216.

la información recibida a través de estos mecanismos, el juez deberá previamente procesar todos los datos recibidos respecto de los hechos ocurridos en la realidad y aceptar como verdaderas sólo las premisas que según su entender se encuentran corroboradas con los hechos que aportan las fuentes de prueba. Es el típico ejemplo de los testigos (prueba muy venida a menos y con poca ascendencia sobre el juez) no todo lo que diga el testigo respecto de lo que le consta de los hechos del proceso le generará convicción al juez, pues estas testimoniales deben siempre aparecer corroboradas con otro medio de prueba o con un indicio, por si solas muchas veces no sirven para generar convicción en el juez respecto de que un hecho se produjo de tal o cual forma en la realidad. Corresponderá exclusivamente al juez efectuar una valoración adecuada de la información proporcionada por esta fuente.

Es importante la distinción efectuada por ARAZI quien busca la utilidad de la diferencia, reserva al término medio de prueba a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso o independientes de él, que tiene conocimiento o representan el hecho a probar. Cuando el conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho a probar sino a otros de la que puede deducirse la existencia de aquél, las personas o las cosas son fuentes de presunciones o indicios.⁷⁸

Fuentes de prueba –sostiene ORTELLS son los elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuente de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal, ni prácticamente. Medio de prueba es, en cambio, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados.⁷⁹

Los medios de prueba –afirma Trionfetti– son los que nos permiten extraer el conocimiento de las fuentes para el proceso. Los medios de prueba son, entonces, una serie de instrumentos y actividades destinadas a hurgar en las fuentes probatorias a través de diversos métodos, para extraer de ellas el conocimiento de los hechos que hacen al proceso. Esta extracción podrá ser mayor o menor, mejor o peor, según el medio utilizado, el avance científico, las posibilidades económicas, la completitud de la fuente, etc.⁸⁰

Finalmente, conviene citar a Sentis Melendo quien aclara el panorama sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba, así *fuentes* es, como hemos señalado, un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que *medio* es un concepto

78 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 124.

79 ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho procesal civil*. Op. Citada. Navarra 2002. Pág. 377 a 378.

80 FALCÓN, Enrique M., en "La recolección probatoria en el proceso civil". Op. Citada.

jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas. El medio nacerá y se formará en el proceso.⁸¹

8. ¿QUÉ SE DEBE PROBAR EN EL PROCESO?: OBJETO DE LA PRUEBA

En esta parte del trabajo la tarea central está dirigida a responder a la interrogante ¿qué se prueba en el proceso? La doctrina conoce a esta parte de la prueba judicial como el *objeto de la prueba*. "El objeto típico de la prueba es el hecho o la alegación fáctica".⁸²

La respuesta inicial a esta interrogante es que en el proceso sólo se prueban hechos⁸³, lo que significa que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, pero no un hecho cualquiera, los hechos que son materia de prueba son los hechos *controvertidos*, es decir aquellos hechos que propone una de las partes y no es aceptado por la otra. Objeto de prueba –señala ARAZI– puede ser cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso; pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados: no lo son los admitidos, los notorios, los evidentes los normales, etcétera.⁸⁴

Conforme lo señala COUTURE sólo los hechos *controvertidos* son objeto de prueba. Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisibles.

81 SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1979. Pág. 151.

82 Objeto de la prueba es el tema o materia a la que se refiere la actividad probatoria y sobre el cual se persigue generar la convicción del juez o la fijación en la sentencia por aplicación de una norma de valoración legal. En principio puede decirse que objeto de la prueba son los datos alegados por las partes. Pero, a continuación debe advertirse que: 1) fundamentalmente se trata de los datos de hecho; 2) pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas y las reglas y juicio técnicos o de valor de naturaleza no jurídica; 3) no todos los datos de hecho necesitan ser objeto de la prueba. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Op. Citada. Pág. 371.

83 Aunque la doctrina no es pacífica en este caso, ya que existen posiciones que sostienen que el objeto del proceso no son precisamente "los hechos" sino más bien la "afirmación". Aquí encontramos la posición de Muñoz Sabaté: "mi posición ha estado siempre a favor de la segunda tesis, es decir, aquella que reconoce a la afirmación como único objeto de la prueba. Los hechos que se investigan, a partir de una hipótesis o de una mera sospecha, pero una vez hallados no se exponen en el proceso como un capitel etrusco se exhibe en un museo, sino que procesalmente se trasmutan en afirmaciones. Esas afirmaciones son necesarias porque, sin ellas no habría fase de alegaciones, y por ende no habría proceso, y una vez formuladas exigen su debida verificación a través de la prueba. El objeto de investigación es el hecho; el objeto de la prueba, la afirmación". Agrega este autor que también es evidente que esta polémica carece de suma utilidad práctica y puede zanjarse con una proposición tan ecléctica y transaccional como la que propone Garcimartín Montero, cuando considera que tal vez lo más lógico sea afirmar que constituyen el objeto de la prueba los hechos en cuanto afirmados, o las afirmaciones en la medida en que contienen unos hechos. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*. Op. Citada. Pág. 102.

84 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 61.

mente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.⁸⁵

Corresponde al juez como director del proceso determinar cuáles son los hechos admitidos por las partes de manera expresa o tácitamente, cuáles fueron admitidos parcial o totalmente y cuáles son los hechos en que las partes mantienen posiciones discrepantes, fueron negados o rechazados por una de las partes. En fin, se trata de todos aquellos hechos vinculados a la pretensión y a la defensa, sobre los cuales las partes no se han puesto de acuerdo.

La doctrina se refiere en cuanto a este punto a la tesis de la *admisión*, señalando que todos los hechos que fueron admitidos (expresa o tácitamente) por las partes y sobre los cuales no hay ninguna confrontación, no configuran los hechos controvertidos, *contrariu sensu* los serán todos aquellos hechos que no fueron de ninguna forma admitido por las partes.

Entonces, tendremos que la regla general en materia de prueba judicial, es que en el proceso se prueban hechos⁸⁶, sustancialmente hechos controvertidos.^{87 88}

85 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos... Op. Citada. Pág. 183.

86 La posición de Trionfetti estiliza un poco esta tesis, señalando que "los hechos" del proceso no se descubren ni se encuentran. Se construyen. Sostengo que en el proceso no hay "hechos", sino versiones o relatos. En el proceso no hay hechos, al menos no están los hechos que se deben probar. Aunque agitemos el expediente una y otra vez, aunque estemos presentes en todas las audiencias, observemos todos los documentos, etcétera, jamás veremos "los hechos" porque ellos sencillamente ya ocurrieron y son irreproducibles. Agrega este autor que si en el proceso "estuviesen los hechos" no sería necesaria la prueba. Pero porque los hechos no están, sino sólo versiones de ellos, resulta necesario para dirimir la contienda, o que la versión del actor no sea refutada (incontestación de demanda, rebeldía, confesión expresa, etc.) o que siendo poco verosímil o refutada en sus aspectos fácticos, se pueda desplegar un sistema de representaciones (pruebas en sentido estricto) o de inferencias de clausura (carga de la prueba y presunciones) o ambas conjuntamente que defina cuál de las versiones encontradas es la correcta y en qué extensión, o si la versión del actor, no refutada por incumplimiento de las cargas de refutación del demandado, resulta verosímil. Confundir "hecho" con la "el relato de los hechos" es confundir el territorio con el mapa que lo representa. TRIONFETTI, Víctor. "La construcción de los hechos en el proceso". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 105 a 112.

87 Sostiene FRANCESCO CARNELUTTI que entre los hechos no afirmados por ningún de las partes, hechos que no existen para el juez, y los hechos afirmados por todas las partes, que para él existen sin más, se encuentra la zona neutra de los hechos *afirmados tan sólo por una o alguna de las partes*, es decir, hechos *afirmados pero no admitidos*, que pueden existir o no. Son los llamados hechos *controvertidos*, que constituyen la regla en materia de prueba. El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la *discusión* de un hecho: es necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión, o sea para *fixar* en la sentencia el hecho *no fijado por las partes*. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acayú. Buenos Aires. Pág. 15 a 17.

88 Aun sustentando la tesis de la afirmación Muñoz Sabaté se acerca a la propuesta del *hecho controvertido*, al sostener que la afirmación hace que el hecho ocupe su lugar de combate. Esta metáfora nos permite percibir todo el conjunto de afirmaciones como una línea de ataque o de resistencia

Aunque conviene señalar que en doctrina también se expresa la idea que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes.⁸⁹

Se sostiene que el hecho es un segmento de la historia y, por eso, una abstracción; lo concreto no es el hecho en sí, sino el hecho en la historia. En último análisis, es *tiempo*, o sea, un pasar, algo que aparece y desaparece; en síntesis, el hecho no está firme, por eso es una materia rebelde a la obra que el juez debe cumplir sobre ella y, al mismo tiempo, un instrumento que -mientras lo trabaja- corre el riesgo de que se le escape de las manos. El juez, como Fausto, debe detener el tiempo. El hecho no es otra cosa que tiempo, precisamente porque éste, a su vez, no es sino cambio. Por lo tanto, que el juez opere sobre el hecho quiere decir que opera sobre el tiempo.⁹⁰

No obstante, existe una variedad de hechos que es posible se presenten en el proceso, pero que muchas veces no es necesario ejercitar sobre ellos actividad probatoria alguna, es decir, no requieren de prueba, así tenemos:

a) Hechos admitidos por las partes:

Si la premisa general es que en el proceso sólo se prueban hechos y fundamentalmente los hechos controvertidos, es decir aquellos propuestos por una parte y negado por la otra, entonces, tendremos que si un hecho del proceso fue admitido por la parte contraria a la que lo propuso, como un hecho que existió y se produjo

dispuesta a penetrar en las afirmaciones adversas destruyendo su antagónica y paralela pretensión de certeza o a resistir el embate de los mismos manteniendo la declaración de certeza de las suyas propias. Puesto que el hecho, ontológicamente sólo puede ser uno, pero existen dos afirmaciones antagónicas acerca del mismo, el hecho se convierte procesalmente en *hecho controvertido* planteando la subsiguiente necesidad de su prueba. Ya tenemos, pues, -agrega- una primera consecuencia. La afirmación controvertida es la determinante de la necesidad de prueba del hecho en el proceso. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Op. Citada. Pág. 126.

89 Esta posición es asumida por Xavier Lluch al expresar que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos, efectúan las partes, tal como apunta Serra Domínguez o los enunciados sobre los hechos como indica Taruffo. Los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones. Incluso autores que han defendido que en el proceso se prueban los hechos han matizado su postura. Así Stein, tras afirmar que son objeto de prueba los hechos, añade que "el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmación de las partes". Y en nuestra doctrina García Martín Montero precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba "los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos". Concluye el magistrado español que el objeto de la prueba las afirmaciones de los hechos que las partes tiene la carga de alegar e introducir al proceso. LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". En Objeto y cargo de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 22.

90 RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar. Op. Citada. Pág. 01.

en la fealdad y en determinado tiempo, entonces ya no habrá discusión sobre ese particular, se debe sostener por tanto que sobre este hecho las partes no ha manifestado objeción alguna.

Cabe hacer una precisión sobre el particular, señalando que hay hechos en el proceso, que no obstante de ser controvertidos (es decir sobre los cuales no hay consenso de las partes) no requieren de prueba, tal es el caso de los hechos presu- midos por ley y los hechos notorios

Entonces, tenemos que *hecho admitido es aquel sobre el cual las partes no tienen ninguna discrepancia y en consecuencia no será objeto de prueba*⁹¹, pues, es innecesaria esta actividad, se encuentra desterrada toda posibilidad de actividad probatoria sobre un hecho no controvertido.

En cuanto a las partes disponen del material de hechos de la sentencia sólo necesitarán probarse los hechos alegados por aquellas que estén en contradicción. Los hechos en los que las partes estén de acuerdo no sólo necesitan probarse sino que la ley prohíbe su prueba. Por tanto, los hechos admitidos no pueden ser objeto de prueba.⁹²

Ello no significa que estos hechos (no controvertidos)⁹³ no sean mencionados por el juez en la sentencia, de seguro lo hará, no obstante, sobre ellos no habrá actividad probatoria. La sentencia no es nula si el juez invoca *hechos admitidos* para sustentar su decisión. En cambio, la sentencia si será nula si el juez emite pronun- ciamiento basado en hechos no afirmados por las partes.

Nuestra legislación ha precisado la improcedencia de actividad probatoria (ofre- cimiento de medios de prueba) cuando se trate de hechos que fueron afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de demanda, de la recon- vención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos (Art. 190 inciso 2), sin embargo, da la oportunidad al juez de realizar actividad probatoria en este supuesto, cuando existen indicios de fraude procesal o se trate de derechos indisponibles.

91 Así, si en el proceso de desalojo por vencimiento de contrato la parte demandante sostuvo que celebró con el demandado un contrato de arrendamiento sobre el inmueble "X", con fecha "Z" y por una renta "R" y el demandado al ejercitar el contradictorio admite estos argumentos fácticos, entonces diremos que el hecho fue aceptado por el demandado, siendo así será un hecho admitido, sin oportunidad de convertirse en controvertido, en consecuencia sin necesidad de actividad probatoria.

92 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200.

93 En el proceso regido por el principio de oportunidad y sus consecuencias quedan fuera de la necesidad de prueba los hechos no controvertidos. Esto es manifiesto cuando se trata de hechos que han sido afirmados por las dos partes, pero no es menos cierto respecto de los hechos afirmados por una y admitidos por la contraria. Los hechos afirmados por las dos partes y los hechos afirma- dos por una y admitidos por la otra, no es ya únicamente que no están necesitados de prueba, es que la ley prohíbe que sea intentada su prueba. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 75.

Ahora bien, los hechos admitidos por las partes pueden ser de dos clases: hechos admitidos *de forma expresa* y los admitidos *de manera tácita*.⁹⁴

En cuanto a la *admisión expresa*, ella implica la declaración de voluntad de una de las partes para aceptar de forma explícita uno o varios hechos propuestos por su parte contraria, en este caso no debe haber lugar a duda, respecto a su admisión, es por ello que se requiere que sea expresa y no implícita. Por lo cual, tendremos que si la parte demandante propone como cierto y real el hecho N y la parte deman- dada admite que en la realidad este hecho N se produjo, entonces estaremos frente a una admisión expresa, no cabe duda de su aceptación o admisión. Hay también admisión expresa en caso de *reconocimiento de la demanda*, conforme lo expresa el numeral 330 del nuestro CPC, pues en este supuesto habrá no sólo aceptación de la pretensión, sino la admisión de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y la fundamentos jurídicos de ésta.

En cambio, podemos mencionar como posibilidad de una *admisión tácita* de un hecho del proceso, cuando la parte demandada al contestar la demanda omite pronunciamiento expreso sobre el mismo, es decir, no hace ningún tipo de referen- cia a este hecho en el contradictorio, dejando abierta la posibilidad de su admisión implícita, se puede deducir que la omisión de pronunciamiento expreso de un he- cho determinado muestra una conducta de admisión del mismo. Sobre el particular nuestro legislador es enfático al precisar los alcances del hecho admitido tácitamen- te, señalando en el numeral 442 inciso 2 como un deber de las partes al contestar la demanda de emitir pronunciamiento de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. Precizando como efecto jurídico de su silencio, respuesta evasiva o la negativa genérica, que estos pueden ser apreciados por el juez como reconocimien- to de verdad de los hechos alegados.

Queda claro que los hechos que no merecen prueba son los hechos admitidos de manera expresa por la partes, en tanto que la admisión tácita, debe ser evaluada por el juez, en el contexto del caso concreto, para definir su sometimiento o no a la prueba.

En los supuestos de rebeldía también se pueden mencionar a los hechos ad- mitidos, pues el rebelde en un proceso es aquel que no ejercita por su propia y libre decisión su derecho de defensa, pudiendo y teniendo la oportunidad de hacerlo, esta conducta puede ser equiparada como una aceptación de la pretensión y los hechos que la sustentan. Es por ello, que acorde a nuestra legislación (artículo 461) el estado de rebeldía genera una presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. Aunque esta regla tiene excepciones como la existencia

94 La admisión puede ser expresa o tácita: la primera torna innecesaria la prueba, excepto en ciertos procesos donde, por estar interesado el orden público, el hecho tiene que probarse a pesar de la admisión de la contraria: tal es lo que sucede en los divorcios contenciosos, por ejemplo, donde la admisión pasar a ser un medio de prueba que el considerará en la sentencia junto con las demás pruebas producidas. ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 63

de varios demandados y uno de ellos contesta la demanda, en caso de derechos indisponibles, falta de documento que acredita documentalmente la pretensión o cuando al juez no le produce convicción la sola declaración de rebeldía.

b) Hechos notorios:

La doctrina y derecho comparado coinciden en la posición de que no es necesario realizar actividad judicial para probar hechos que resultan notorios. *Notorio* viene del latín *notorius*, que significa público y sabido por todos.

Hay hechos que no es necesario probar por su notoriedad pública. La máxima del derecho canónico –*notoria non agent probatione*– es aplicable en nuestro medio, aun cuando no haya disposición legal que la consagre expresamente. No obstante, se ha decidido que hay hechos notorios que puede ser tenidos en cuenta sin prueba cuando de ellos se extrae una consideración de carácter general; pero, en cambio, requieren prueba cuando debe determinarse en qué cantidad concreta inciden en la sentencia de condena.⁹⁵

Es notorio un hecho, cuando no hay duda que este hecho es conocido por todos, sin que exista ninguna duda de su conocimiento por alguna persona. Su conocimiento por todos lo convierte en un hecho evidentemente público y que se trata de un hecho aceptado así por todos. Es un hecho no oculto sino más bien público. "El hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso, pero se trata de afirmaciones consideradas como verdad indiscutible por una colectividad": CALAMANDREI.

Sin embargo, esta definición será parcial e impráctica, sino hacemos la objeción de que el hecho es considerado notorio, así sea ignorado por un gran grupo de persona. Por ejemplo hay grupos de personas alejadas de la civilización que ignoran el uso de La Internet y de la posibilidad de comunicarse fácilmente a través de ella, la ignorancia de este grupo de persona no hace que este hecho sea notorio. Este conocimiento igualmente tiene carácter relativo y no absoluto, pues se llega a su conocimiento a través de fáciles mecanismos de información. Así, es notoria la existencia del País de Serbia y Montenegro de lo que algún día fue la República Federativa de Yugoslavia y notoria es la reciente separación de Montenegro y la declaración de independencia y soberanía de cada uno de ellos, a este conocimiento podemos llegar por un simple mecanismo de consulta de fuentes de información. Tampoco se requiere que todos los integrantes de un grupo social determinado tengan conocimiento efectivo del hecho (conocimiento directo), para considerarlo como notorio.

Es por ello que compartimos lo expresado por COUTURE cuando señala que el concepto de notorio no puede tomarse como concepto de *generalidad*, tampoco equivale a *conocimiento absoluto*, tampoco a *conocimiento efectivo o real*, tampoco debe interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el *conocimiento por todos los hombres*

95 ARAZI, Ronald Op. Citada. Pág. 67.

de un mismo país o de un mismo lugar. Por ello es que citando a CALAMANDREI señala como hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión.⁹⁶

PALACIO se mueve en la misma línea de pensamiento al señalar que en el estudio del hecho notorio se deben excluir las siguientes características: *generalidad*, no es necesario que el hecho sea conocido por todo el mundo, pues la notoriedad se halla referida necesariamente a un determinado círculo social; *conocimiento absoluto*, basta pues, el conocimiento relativo, o sea la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que se trate mediante el auxilio de una simple información; *conocimiento efectivo*, no se requiere la percepción directa del hecho, pues basa su difusión en el medio respectivo.⁹⁷

GÓMEZ DE LIAÑO citando a PRIETO CASTRO llama a los hechos notorios como de "fama pública", por pertenecer a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y en general a la nociones que se manejan en el trato social de la gente, distinguiéndose entre la notoriedad en general, notoriedad local y notoriedad del tribunal, que son aquellos que conoce el juez por su función.⁹⁸

El hecho notorio es un evento concreto, o un estado de una cosa concreta, cuyo conocimiento general convierte en irrelevante la prueba sobre el mismo (*notoria non egent probatione*). La cualidad de hecho concreto contribuye aun que no siempre con éxito, a diferenciarlo de la máxima de experiencia, y la de conocimiento general lo aparta de lo que pudiera ser considerado como mero conocimiento privado del juez, que como sabemos no puede ser utilizado como prueba.⁹⁹

Montero Aroca sostiene que tienen la condición de notorios aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en el que produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez. Sobre estos hechos el brocardo medieval ya sostenía que *notoria non agent probatione*, es decir, que sobre los mismos no es necesario practicar prueba. Su noción guarda íntima relación con la cultura normal dentro de un determinado ámbito social, con lo que se está diciendo: a) para que un hecho notorio no es preciso que sea conocido por todo el mundo, es decir, por todos los habitantes del Planeta; b) tampoco es necesario que el hecho sea conocido por todas las personas que residen en el ámbito geográfico del que se predica la notoriedad, pues ésta atiende a las personas con grado de cultura medio, entre las que naturalmente ha de contarse el juez; c) de la misma manera tampoco es necesario que la notoriedad del hecho

96 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Págs. 192 y 193.

97 PALACIO, LINO Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Op. citada. Pág. 394.

98 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLES, Fernando. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Forum. Oviedo 2001. Tomo I. Pág. 392.

99 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*. Op. Citada. Pág. 149.

sea permanente, pues el paso del tiempo puede alterar la notoriedad misma, de modo que la notoriedad pueda ser transitoria.¹⁰⁰

Debemos diferenciar el *hecho* como acontecimiento ocurrido en la realidad de su *notoriedad*, ésta última exonera al hecho de la prueba. *Bastará que el juez conozca de la notoriedad* del hecho para eximir a la parte que lo propuso la prueba de la existencia del hecho, pues en este caso no habrá duda alguna de que el hecho se produjo en determinado momento. Esto quiere decir que basta que la notoriedad le conste al juez, aun que la parte en contra de quien se hace valer el hecho notorio se encuentra habilitada para negar la naturaleza del hecho, ello en virtud al irrestricto derecho de contradicción. Sin embargo, esta discusión resulta improductiva, pues la finalidad de la prueba es crear convicción, certeza en el juez respecto de la existencia de un hecho vinculado al proceso, sin embargo, en el hecho notorio el juez ya tiene conocimiento de su existencia, por lo cual recalcamos resultaría estéril cualquier debate sobre el mismo.

La propia naturaleza de los hechos notorios, hace que no se encuentren sujetos a prueba, pues ésta no nos llevaría a ningún lugar, resultaría ocioso probar algo que es conocido por todos. Así lo expresa nuestra norma procesal que señala en su artículo 190 inciso 1 del CPC que no es procedente actividad probatoria cuando se trata de hechos que sean notorios.

El hecho notorio¹⁰¹ debe ser incorporado en juicio por el juez, cuando es afirmado por una de las partes, sin exigir su demostración. No es admisible admitir actividad probatoria para desvirtuar un hecho notorio, porque esa actividad resultará inútil. Es admisible que en la sentencia el juez invoque un hecho notorio vinculado a la *litis* para sustentar su decisión, sin exigir que el mismo se haya probado.

En doctrina se ponen como ejemplo de hechos notorios: el conocimiento que tenemos de que el año está formado por meses, los meses por semanas y las semanas por días. El conocimiento que tenemos que existe día y noche. Que el ser humano es producto de la concepción natural o de la intervención del hombre a través de medios científicos. De acontecimientos históricos como las Guerras Mundiales y acontecimientos transcendentales para la humanidad como la llegada a la luna y la clonación. La existencia de los accidentes geográficos. El uso de la computadora y de La Internet en el mundo. Fue un hecho notorio que todo el sistema de telefonía en el Perú se encontraba a cargo de la empresa Compañía Peruana de Teléfonos, cuando ejercía el monopolio en este rubro y que en su tiempo la empresa ENAFER Perú era propietaria de todo el sistema ferroviario de nuestro País.

100 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 83-84.

101 "Si dicha notoriedad es conocida por el Juez, no merece ser probado el hecho o dicha calidad, contrario sensu, en caso de ser desconocida por el juzgador será suficiente acreditar la notoriedad más no la producción del hecho. En ese orden de ideas el hecho notorio no necesita ser acreditado porque no hay duda acerca de su existencia; más aún en el caso de ser negado, deberá la parte que así lo sostiene suministrar la prueba pertinente". Casación No. 1567-2003-Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28.02.05.

Javier Arribas siguiendo a Fernández Urzainqui clasifica los hechos notorios en: a) *por razón del espacio*: diferenciando entre notoriedad general, que abarca la mayor parte de los ciudadanos de la nación, y notoriedad local, cuyo conocimiento se extiende al conocimiento de los habitantes de una determinada localidad; b) *por razón del tiempo*, entre notoriedad permanente, que se refiere a los hechos que forman parte de la cultura general del cuerpo social por su carácter fijo e inmutable; y la notoriedad ocasional, por haberse dado en un determinado lugar y tiempo cesando posteriormente en sus efectos; y c) *por razón de los sujetos*, entre notoriedad social o común y la estrictamente judicial, es decir el conocimiento de los hechos adquiridos por el mismo juez entre otros procedimientos.¹⁰²

c) Hechos evidentes:

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia lo evidente es lo cierto, claro, patente, indudable. Será un hecho evidente lo que se configura de esa forma a los sentidos y a la experiencia del juez, por lo cual la evidencia que rodea al hecho lo convierte en un hecho que no requiere de prueba, ya que el juez no necesita de ninguna actividad probatoria que le dé convicción de la existencia o inexistencia del hecho. Evidente —expresa ARAZI— es aquello claro, patente, que no ofrece la menor duda.

Para entender el hecho evidente proponemos los siguientes ejemplos: el impacto frontal entre un vehículo pesado y un automóvil ligero mostrará como resultado evidente un daño extremo en este último. El impacto de un vehículo a 120 Km/h en contra de una persona mostrará como resultado evidente la muerte de esta última. Es evidente la imposibilidad de detener a un vehículo que se desplaza a más de 120 km/h en un corto espacio. Resulta evidente que la población que vive en inmediaciones de la actividad minera se encuentre afectada por enfermedades neumológicas que a mediano plazo les producirán la muerte. Es igualmente evidente que el clima a nivel mundial está cambiando, que existe un calentamiento de la tierra. Como es evidente que en invierno en la Ciudad de Lima tenga un clima de muy bajas temperaturas y de mucha humedad. Cualquier vehículo motorizado es más rápido que el ser humano. O que la lluvia trae precipitaciones de agua, etc.

La luz del sol facilita la visibilidad de las cosas que nos rodean y la oscuridad hace mas difícil esta tarea, o que los efectos de la luz llegan primero a los sentidos del ser humano que los del sonido (COUTURE).

Por la propia naturaleza de los hechos evidentes, hace que no se encuentren sujetos a prueba, pues ésta no nos llevaría a ningún lugar, resultaría ocioso probar algo que es evidente al conocimiento y experiencia del juez, es por ello que nuestra

102 ARRIBAS ALTARRIBA, Javier. "La prueba del hecho notorio". En Objeto y cargo de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 343.

norma procesal señala en su artículo 190 inciso 1 del CPC que no es procedente actividad probatoria cuando se trata de hechos que sean públicamente evidentes. Cuando en el proceso se invocan hechos evidentes es necesario recurrir al conocimiento que tiene el juez del mismo y de la experiencia que cuenta sobre el particular, pues del análisis y decisión que tome definirá si se requiere de actividad probatoria, si de la experiencia que tiene el juez puede definir que es un hecho evidente, entonces, no requerirá de prueba. Se rescata en consecuencia el uso de las máximas de experiencia - las que trataremos más adelante- en el tópico de los hechos evidentes.

d) Hechos imposibles:

Un hecho imposible es un hecho que no se pudo producir en la realidad bajo ninguna circunstancia, es por su propia naturaleza, imposible de existir.

Los hechos que son materia de prueba en el proceso no sólo deben estar referidos a la controversia, que no hayan sido admitidos por la contraria, sino que deben tener necesariamente la posibilidad de existir. Si su imposibilidad es manifiesta entonces, no tiene razón de ser que se someta a prueba.

En la calificación del hecho imposible toma partida el conocimiento y experiencia del juez, será este sujeto del proceso quien califique la existencia de un hecho imposible y en consecuencia de la innecesaria actividad para probar lo que nunca pudo existir. En caso de duda deberá propiciar la admisión de medios de prueba ofrecidos por las partes y no hacer un rechazo *in limine* de la prueba, que puede afectar el derecho a probar de las partes.

Los hechos imposibles están referidos concretamente a los hechos que tuvieron imposibilidad material de existir, esta precisión la hacemos pues existen situaciones conocidas como imposibles jurídicos, es decir, aquellas que existen en la realidad pero que por contravenir el ordenamiento jurídico no producen ningún efecto jurídico. Lo que quiere decir que dentro de hecho imposible no resulta admisible el criterio de imposibilidad jurídica, sí la de imposibilidad material o fáctica.

Es necesario tomar en cuenta para la calificación de estos hechos el contexto y momento histórico en el que se producen, ya que la calificación de "imposible" está vinculado en muchos casos a situaciones que por avances de la ciencia, pueden pasar de hechos imposibles a materialmente posibles, por ejemplo en el siglo pasado no era ni siquiera pensada la clonación de seres humanos, en cambio hoy en día es un hecho más que cotidiano en la ciencia.

A continuación precisamos algunos supuestos de hechos imposibles, tomando en cuenta para ello que por la naturaleza de las cosas nunca pudieron existir, tomando en cuenta igualmente el momento histórico en el que vivimos: No se requerirá de actividad probatoria cuando el comprador ha negado haber firmado un contrato de compraventa, si demuestra que desde su nacimiento carece de

miembros superiores. Será un hecho imposible que este comprador haya firmado directamente el contrato, en la realidad materialmente es imposible que ello hubiera ocurrido. Será un hecho imposible que se le impute la paternidad de un hijo a una persona que durante la época de la concepción estuvo inconsciente en cuidados intensivos de un centro médico por haber sufrido un accidente de tránsito, porque no tuvo la posibilidad de sostener relaciones sexuales (salvo que le hayan sustraído material genético para esa finalidad, lo cual si es posible). Será imposible que una mujer conciba un hijo si después de una operación quirúrgica le fue extirpado el útero por una enfermedad oncológica. Será imposible que una persona fallecida haya producido un accidente de tránsito o que haya celebrado un acto jurídico.

e) Hechos presumidos por ley:

Cuando se mencionan a los hechos presumidos por ley que no requieren de prueba, es evidente que nos referimos a aquellos hechos que por disposición expresa de la ley se encuentran presumidos sin admitir prueba en contrario, es decir, que la ley contiene una *presunción iure et de iure*, llamada también presunción absoluta, por no admitir prueba en contrario.

Cuando la ley prohíbe la actividad probatoria en situaciones determinadas, lo que hace es dar por ciertos e incontrovertibles los hechos que presume, aun en los casos que exista imposibilidad material sobre el particular. Aquí no se discute la imposibilidad material del hecho, si es posible que se haya producido o no, la ley presume que el hecho ocurrió como lo describe y no hay forma de probar lo contrario.

Si la propia ley prohíbe la prueba en casos de hechos pre establecidos en la misma como presunciones *iure et de iure*, entonces éstos no se encuentren sujetos a prueba, si se actúa en forma contrario se estaría vulnerando la misma ley. La prohibición de actividad probatoria en este tipo de presunciones se encuentra reconocida por nuestra legislación, concretamente en el contenido del artículo 190 inciso 3 del CPC que señala la improcedencia de actividad probatoria cuando se trata de hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario.

En estos casos la prueba referida al hecho presumido por la ley o lo que busque demostrar lo contrario será una prueba inútil, impráctica, pues la propia ley ha señalado determinados hechos como si en la realidad se produjeran, sobre el cual no es admisible discusión alguna.

En lo que se refiere a la presunción de derechos, la parte que se vea favorecida por ella, no tiene que alegar ni probar el hecho constitutivo de la relación jurídica o de la situación jurídica presumida.¹⁰³

103 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 210.

La típica presunción que no admite prueba en contrario en nuestro sistema jurídico, es aquella por la cual la ley presume que todos sin excepción conocemos la exactitud de todo lo que existe inscrito en los Registros Públicos.¹⁰⁴ Aquí aunque resulta materialmente imposible que una persona conozca todos los registros existentes en esta institución pública, la ley lo da por cierto, es más sin admitir afirmación y en consecuencia, prueba alguna tendiente a demostrar lo contrario.

El sistema jurídico admite igualmente el conocimiento de la ley, no se puede alegar ignorancia de la misma, pues se entiende que todos la conocen. Al igual que un padre no puede alegar la falta de conocimiento de sus obligaciones y deberes de padre frente a su hijo. Como el cónyuge no puede alegar desconocimiento de tener el deber de fidelidad con relación al otro cónyuge.

En líneas posteriores trataremos las presunciones relativas y absolutas, llamadas también sucedáneos conforme a nuestra norma procesal.

f) Prueba del derecho nacional:

El derecho interno, la normas que integran nuestro sistema jurídico, no son pasibles de prueba en un proceso judicial, pues el juez tiene el deber de resolver el conflicto de intereses inclusive en ausencia de norma legal, el juez es el llamado a aplicar la norma que corresponde al caso concreto. Si las partes en un proceso judicial invocan determinada norma cuya aplicación solicitan se aplique al caso concreto, no están obligados a probar su existencia, porque el juez está obligado a aplicar la pertinente, aunque las partes hayan errado en su propuesta en la demanda o en la contradicción.

La premisa es: el derecho nacional no requiere de prueba, lo que es absolutamente obvio si tomamos en cuenta que el juez es el sujeto del proceso que debe no solo conocer el derecho (no puede alegar ignorancia) sino también aplicar la norma que corresponda al caso concreto, aunque la invocación de la partes resulte errado. Artículo VII y VIII del TP del CC y artículo VII del TP del CPC.

La prohibición de actividad probatoria en cuanto al derecho nacional se encuentra reconocida por nuestra legislación, concretamente en el contenido del artículo 190 inciso 4 del CPC que señala la improcedencia de actividad probatoria cuando se trata de derecho nacional, debido a que los jueces están obligados a aplicarlo de oficio.

En cambio, el *derecho extranjero* si requiere de actividad probatoria, pues es lógico que escapa del conocimiento del juez la legislación que no corresponde a

¹⁰⁴ Artículo 2012 del CC: "Se presume, sin admitirse, prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

nuestro sistema jurídico. Es por ello que en el caso que las partes invoquen derecho extranjero, *estarán obligadas a probar su existencia y el sentido de estas, en todo caso su vigencia*. Para la aplicación del derecho extranjero en determinada relación jurídica, dependerá directamente del contenido de los tratados internacionales ratificados por el Perú y a las reglas establecidas en el Libro referido al Derecho Internacional Privado de nuestro Código Civil. Aunque esta posición no es pacífica, pero si generalizada.¹⁰⁵

g) La costumbre:

Conforme a nuestra legislación la costumbre¹⁰⁶ no entra dentro de aquellas que se encuentran eximidas de prueba, ello se desprende del contenido del artículo 190 del CPC cuando señala *"los medios de prueba deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión"*.

La carga de la prueba de la costumbre corresponde en el proceso a quien la invoca como sustento fundamental de los derechos o intereses que defiende en el proceso.

Existen procesos en el cual las partes fundamentan su pretensión en la costumbre, la cual como sabes también es fuente de derecho (aunque no se ha reconocido en el título preliminar del CC ni del PCC). Si el actor alega en la demanda que le corresponde ser beneficiado por determinada situación o relación jurídica, entonces debe acreditar la existencia de la costumbre, entendiéndola por cierto ésta en sentido jurídico.

Por ejemplo en materia de colación en derecho sucesorio, podemos citar el artículo 837 del CC que señala no son colacionables (restituibles) lo que se hubiese

¹⁰⁵ Hoy día cabe sostener que no es preciso alegar la norma de conflicto, ni la ley material extranjera a que remite. Lo único que es preciso introducir en el proceso en el momento procesal oportuno son los puntos de conexión que justifican la aplicación de la norma de conflicto. Estos puntos de conexión, tales como la nacionalidad, el domicilio, el lugar de situación de la cosa litigiosa, el lugar de cumplimiento, etc., son hechos que deben probarse o que deben darse por probados por admisión de la contraparte. Por lo que respecta estrictamente a la prueba de la norma extranjera, desaparece la exasperante atribución a la parte y se instaura un régimen de "colaboración". MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Op. Citada. Pág. 114.

¹⁰⁶ Conforme a la opinión de Muñoz Sabaté la costumbre puede ser entendida desde dos perspectivas, como fuente de derecho o como experiencia incardinable en el silogismo fáctico. Para la prueba -agrega- se debe se debe considerar la costumbre como peculiar norma jurídica. Dicha prueba ha sido considerada siempre como difícil: *consuetudo est difficillimae probationis, quia modo est alba, modo migra*. Mucho más en una sociedad compleja y cambian como la actual, cuyas pautas de comportamiento esta repletas de matices. Exigir que la prueba de la costumbre se sujetase a la misma disciplina que la fijación del derecho, obligaría al juez a un trabajo diabólico, pues obviamente no se hallaría en condiciones de "dar el derecho" (*dabo tibi ius*) con la misma agilidad que si se tratara de una ley o de un reglamento. Por tanto, es a las partes a quien corresponde su prueba. Entiendo -afirma- que en puridad el concepto aplicable no es tanto el de prueba sino el de acreditamiento. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Pág. 119.

gastado en alimentos del heredero, o en darle alguna profesión, arte u oficio, los demás gastos mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y *con la costumbre*. La encontramos también en materia de contratos, concretamente en la aceptación tácita, cuando no se acostumbra que ésta sea expresa, en tal caso *la prueba de la costumbre corresponde al oferente* (artículo 1381 del CC). Asimismo en las obligaciones de saneamiento en materia contractual en la cual encontramos la presunción del destino normal del bien, por la cual se presume que la voluntad de las partes es darle al bien el destino normal de acuerdo a sus características, la oportunidad de la adquisición y *la costumbre del lugar*.

La costumbre también es tomada en cuenta por el juez para la valoración del material probatorio, por ejemplo determinadas causales de divorcio deben ser apreciadas por el juez teniendo en cuenta entre otros aspectos *la costumbre* (Art. 337 del CC).

Entonces, la costumbre si es alegada en el proceso debe ser probada por el sujeto que la invocó, para ser favorecida con ella.

9. CARGA DE LA PRUEBA

En este punto del trabajo corresponde hacer el análisis respecto de qué parte en el proceso está a cargo de la prueba. Para esta parte del trabajo debemos preguntarnos quién prueba en el proceso.

Antes de iniciar el análisis respecto de la *carga de la prueba*, debemos enfrentar el tema de *la carga procesal*, género de la cual se deriva la especie que está referida concretamente a la prueba, llamada también carga de la prueba.

9.1. LA CARGA PROCESAL:

La carga procesal es una institución de muy larga data, estudiada en la Teoría General del Derecho, vinculada inicialmente a la actividad probatoria, sin embargo, su contenido hoy se extiende a otros aspectos del proceso como son la interposición de la demanda, la contestación de la demanda, el impulso del proceso, la impugnación, la ejecución de sentencias.

La *carga procesal* está basada fundamentalmente en lo que se conoce como *autonomía privada*, el sujeto en el proceso no tiene la obligación de realizar determinados actos procesales, sino que más bien la realización de los mismos dependen de la decisión personal que tome de ejecutarlos, es decir, que el sujeto ostenta la *facultad* de realizarlo, queda dentro de su *dominio*, de su *atribución*, de su *libre albedrío* la posibilidad de llevar a cabo el acto procesal. Ello nos lleva al correlato de los *intereses* que tiene cada sujeto en el proceso y que motivan la realización de actos procesales; así, si no se realiza por propia voluntad (auto-

nomía privada) un acto procesal, los intereses que el sujeto tiene cifrados en el proceso se podrían ver afectados, en cambio si éste realiza el acto procesal estos intereses pueden verse reforzados o robustecidos. La inactividad procesal en suma puede generar *resultados adversos* en el proceso para aquel que no produjo determinado acto procesal, inclusive este resultado puede abarcar el resultado final del proceso.

En lenguaje forense –expresa Arazi- la palabra “carga” indica la conveniencia de la persona a la que se le atribuye, de cumplir una actividad a fin de conservar determinado derecho o facultad. Existen cargas en el Derecho sustancial y en el Derecho Procesal. Dentro del primero podemos mencionar, en el contrato de seguro, la denuncia del siniestro en el plazo estipulado, la de no obrar con reiterancia, etcétera; en el Derecho Comercial, la del comerciante de llevar sus libros en forma a fin de poder hacer valer sus asientos como prueba, la de protestar la letra de cambio para conservar las acciones contra los endosantes, etcétera. Pero es dentro del Derecho Procesal, y en especial en el proceso civil, donde el tema de las “cargas” adquiere mayor relevancia. Ello así porque las partes obran dentro del proceso estimuladas por cargas y son pocas las obligaciones.¹⁰⁷

La *carga* en el proceso es una noción contrapuesta a la noción de *obligación* o *deber de contenido jurídico*, punto de partida que sirvió de base para el estudio realizado por el alemán James GOLDSCHMIDT¹⁰⁸ creador de la tesis de la *situación jurídica* como forma de explicar el proceso, quien hace una distinción entre carga y obligación.

Existen marcadas *diferencias entre carga procesal y obligación*, Devis ECHANDIA lo resume en los siguientes puntos: a) la obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación jurídica activa; b) en la obligación y el deber existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga; c) en la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa la libertad de ordenar su conducta; d) en la obligación o deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga; e) el incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y por lo tanto, no es sancionable; f) el cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observación de la carga sólo beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse

107 ARAZI, Roland. “La carga de la prueba”. Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 187 a 199.

108 Señala GOLDSCHMIDT que la antítesis del Derecho Procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad. GOLDSCHMIDT JAMES. Teoría General del Proceso. Editorial Labor S.A. Barcelona 1936. Pág. 82.

que aquellos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir libertad). El mismo DEVIS ECHANDÍA conceptúa la carga procesal como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.¹⁰⁹

Se entiende entonces que, determinados actos procesales del proceso se encuentran enmarcados dentro del concepto de *carga procesal*, es decir, que corresponden estrictamente a la voluntad del sujeto que va a realizar el acto, decidir de manera autónoma y libre, si lo realiza o no. Siempre mirando el beneficio o perjuicio que se puede generar en los intereses sino realiza el acto procesal. Pues para su actividad en el proceso no existe medio coercitivo de su contraparte o del juez, que lo obligue a realizarlo, siendo necesario solamente que tenga la oportunidad para ejercer dicha facultad (debe ser notificado de la posibilidad de realizar el acto y de un plazo razonable). El análisis de lo desfavorable que pueda ser la inobservancia en el cumplimiento del acto procesal correrá cargo del sujeto llamado a realizarlo, pues le puede traer graves y negativas consecuencias respecto al resultado del proceso mismo.

Según MICHELI¹¹⁰ existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma.

Por su parte el reconocido procesalista uruguayo Eduardo COUTURE conceptúa la carga como una situación jurídica en que se hallan los litigantes en el proceso, cuando la ley o el juez requieren de ellos una determinada conducta de realización facultativa, dándoles por consiguiente la opción de omitirla o realizarla, trayendo la omisión aparejado un gravamen y constituyendo la realización un imperativo de su propio interés.¹¹¹

Los caracteres de la carga procesal —sostiene ARAZI— son: i) no existe sanción alguna por no adecuarse la conducta a la prevista en la norma que consagra la carga; ii) en la carga no hay coacción, tratándose de cargas procesales, los litigantes adecuan sus conductas a la prevista en la norma que crea la carga, estimuladas por el deseo de triunfar; iii) la adecuación de la conducta a la norma se hace, en la carga, en interés propio; iv) las consecuencias derivadas de la inobservancia de la carga, son generalmente de carecer mediato y eventual.¹¹²

109 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Themis S.A. Bogotá 2002. Tomo I. Pág. 401.

110 MICHELI, GIAN ANTONIO. *La carga de la prueba*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1961. Pág. 60. Traducción Sentis Melendo.

111 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma. Bs.As. 1976. Pág. 132.

112 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada.

De lo expresado hasta aquí, debemos indicar que la carga procesal, si bien es un instituto procesal de larga data y que fue apuntalado por la tesis de GOLDSCHMIDT referida a la situación jurídica, convive con nosotros hasta la actualidad, pues tiene utilidad y está relacionada en su contenido a la realización de diversos actos procesales que por su propia naturaleza se enmarcan dentro del concepto de carga procesal, pues dichos actos procesales y su realización dependen exclusivamente de la voluntad del sujeto llamado para el efecto, pero que su inobservancia le puede generar diversos grados de afectación a los intereses cifrados en el proceso.

9.2. MANIFESTACIONES DE CARGA PROCESAL:

La carga procesal se manifiesta en la realización de diversos actos procesales. Cabe precisar que no en todos los actos del proceso funciona la carga procesal, ésta sólo está restringida para actos procesales cuya realización dependa exclusivamente de la voluntad del llamado a realizarla, sin que exista un mecanismo coercitivo para obligarlo a realizar determinada actividad procesal.

Así tendremos que no estamos frente a una carga procesal cuando el juez ordena al depositario entregar los bienes que mantiene en custodia debido a una medida cautelar dictada en autos. Igualmente cuando ordena a los peritos realizar una actividad vinculada a su ciencia u oficio. Cuando requiere a pedido de parte el cumplimiento de una sentencia a la parte vencida. Cuando se ordena el pago de costos y costas. Pues, en todos estos casos existe la *obligación* de realizar los actos procesales, también mecanismos coercitivos para obligar a determinada conducta en el proceso. Cuando se cita a un testigo para que comparezca a declarar sobre hechos del proceso, etc.

Veamos ahora los actos procesales en los cuales es posible hablar de carga procesal.

9.2.1. Carga de la interposición de la demanda:

El proceso civil sólo se debe iniciar a pedido de parte, el juez en esta materia no puede nunca promover un proceso *ex officio*, ello tiene su sustento en el principio dispositivo. Ello se desprende también del contenido del artículo IV del TP del CPC.

Nadie puede obligar a otro a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional para discutir una determinada pretensión vinculada a un derecho o interés determinado. La interposición de una demanda y por ende de la pretensión está sustentada en la autonomía privado del demandante, sólo él decide si presenta la demanda o no lo hace. No hay disposición legal alguna que lo obligue, lo comine a interponer la demanda, sólo dependerá de su voluntad.

En tal sentido la interposición de demanda es una carga procesal para el demandante, no es una obligación en tanto no existe mecanismo de coerción alguno que lo coacte a la realizar dicho acto, no hay sujeto que de forma jurídica lo inquiera para hacerlo. La interposición o presentación de la misma ante el órgano jurisdiccional depende de su voluntad, sin embargo, su inactividad puede producir efectos nocivos a los intereses que pudiera tener de tras de esta demanda. Pues su inactividad prolongada en el tiempo (no presentar la demanda) puede afectar la pretensión por la prescripción extintiva o caducidad. Aun así la interposición de demanda se configura como una conducta de realización facultativa y por ende es una carga procesal, sin embargo, por esta inactividad del sujeto que no se libera de la carga debe ser consciente que ello trae consigo un gravamen que puede perjudicar su propio interés.

El perfil de esta carga procesal resulta aplicable a los sujetos que por encontrarse dentro de su esfera de decisión y autonomía el decidir si presentan la demanda o no. Por tanto, ello no resulta aplicable a los sujetos que reciben de manera extraordinaria legitimidad para participar en un proceso como demandante, es el caso del Ministerio Público cuando toma conocimiento de actos jurídicos que son nulos, aquí no podemos hablar de una carga procesal sino de un deber jurídico, pues corresponderá en el ejercicio de sus funciones al Ministerio Público presentar la demanda de nulidad de acto jurídico.

9.2.2. Carga del ejercicio del contradictorio

Habíamos señalado que el llamado a realizar los actos procesales sujetos a carga, debe estar en la posibilidad de tomar conocimiento que tiene la oportunidad de hacerlo. En el caso de los actos procesales una vez iniciada la relación jurídica es necesario que el sujeto de quien se espera la realización de un acto o conducta deba estar validamente notificado y debe tener además un plazo razonable para el efecto.

Así ocurre en el caso del ejercicio del contradictorio el cual es reconocido como un acto procesal sujeto a carga, pues si bien sabemos el derecho de contradicción es un derecho fundamental y prioritario para la estructura de un debido proceso y una tutela jurisdiccional efectiva. Es igualmente cierto que el ejercicio de este derecho constitucional también está basado en los fundamentos teóricos que esbozan a la carga procesal; es decir, basta que el demandado en un proceso se encuentre debidamente emplazado (válidamente notificado para realizar el acto procesal de contestación de demanda) para que decida si contesta la demanda o no lo hace.

En el caso de la contestación de demanda (como manifestación tangible del derecho de contradicción) estamos frente a una carga procesal, pues ni la parte demandante ni el juez poseen mecanismos procesales para obligar a la parte demandada a realizar dicha actividad. Sólo que si el demandado permanece inactivo pese haberle hecho saber (con un emplazamiento válido) de la existencia de una

demanda con cuyo contenido (pretensión) le exige o reclama algo, puede verse afectado directamente en el resultado del proceso, sus intereses directos en el proceso pueden sucumbir, ya que en estos casos asumirá en el proceso la situación jurídica de *rebelde*¹¹³, con lo cual inclusive pueden resultarle de aplicación determinadas presunciones, aunque estas son *iuris tantum*, lo ponen en desventaja desde el punto de vista procesal frente a su demandante.¹¹⁴

Si bien, la falta de contestación de demanda por el demandado no garantiza necesariamente el éxito de la pretensión del actor ya que corresponderá realizar el análisis del caso concreto al juez para definir si declara la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. No obstante debemos indicar que cuando el demandado se encuentra en situación de rebelde en el proceso de alguna manera le facilita las cosas al actor ya que el juez sólo cuenta con los hechos y medios de prueba del demandante, sin haber escuchado al demandado.¹¹⁵

9.2.3. Carga del impulso de parte del proceso:

El sujeto que inicia el proceso busca que éste termine con una sentencia con pronunciamiento sobre el fondo, pretende que el juez se pronuncie sobre su pretensión. Su objetivo en el proceso es el éxito de su pretensión. Para llegar al estado procesal de dictar sentencia se debe pasar por varias etapas del proceso, las cuales se van cerrando para dar paso a una nueva, es decir son preclusivas.

Desde la admisión de la demanda hasta la sentencia las partes están vinculadas al impulso del proceso, este comportamiento que asumen las partes del proceso es una carga procesal porque es posible que decidan no hacerlo, sin embargo, esta inactividad puede perjudicar los intereses cifrados en el proceso, ya que por la falta de actividad procesal se puede llegar a la declaración de *abandono* o perención de la instancia, dándose por concluida la relación procesal.

113 Artículo 458 del CPC "Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde".

114 Artículo 461 del CPC "La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda".

115 "(...) el artículo 458 del CPC dispone que, si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no lo hace, se le declarará rebelde; como puede advertirse, dicha norma no establece expresamente que el Juez deba declarar la rebeldía de oficio, sino que se limita a señalar un presupuesto para la declaración de rebeldía, como es la falta de contestación de la demanda. La verificación del estado del proceso para la declaración de rebeldía no puede ser imputada únicamente al Juez, sino que corresponde ser incoado también a la parte interesada, a cuyo mérito e interés se ha iniciado y viene tramitando la causa para dar solución a sus pretensiones; en consecuencia, junto al deber de impulso oficial corre el deber de impulso a instancia de las partes y – particularmente en este último-la *carga procesal del demandante* de impulsar la evolución del proceso a través de sus diversas y sucesivas etapas; y siendo esto así, no corresponde aplicar lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 350 del CPC, desde que el A quo no le puede ser imputada la falta de expedición de la resolución que declare la rebeldía, pues correspondía a la parte interesada coadyuvar en la preclusión de las etapas procesales". Casación N° 1066-2007-Arequipa.

El abandono, perención o caducidad de la instancia es una institución del proceso civil que determina la conclusión de la relación jurídica procesal por falta de impulso del procedimiento por las partes, el tiempo transcurrido y la inactividad de las partes genera la finalización de la instancia y por ende de la *litis pendencia*, esta conclusión del proceso se hace sin emitir declaración sobre el fondo; con la perención de la instancia pierden eficacia todos los actos procesales realizados, pero permite que el actor pueda iniciar un nuevo proceso con la misma pretensión. El abandono de la instancia se produce cuando el trámite se encuentra sin impulso durante 4 meses, conforme lo señala el artículo 346 del CPC modificado por la Ley No. 26691.

Así, si las partes deciden no impulsar el proceso, sobre todo en aquellos en los que sólo es admisible el impulso de parte y el juez no tiene facultades *ex officio* para ponerlo en movimiento, este impulso procesal se convierte en una verdadera carga procesal, pues depende exclusivamente de ellas ponerlo en movimiento hasta llegar a la sentencia.

En los procesos donde el juez tiene el deber jurídico de impulsar el proceso de oficio y evitar que se paralice igualmente se puede producir el abandono, por falta de impulso durante 4 meses, no obstante que el juez asume el compromiso de impulsarlo hasta su conclusión¹¹⁶. Ahora bien, si por la abrumadora carga de expedientes en giro el juez no lo hace debe ser auxiliado en esta tarea por las partes a quienes finalmente les interesa directamente resolver el conflicto, si ellas renuncian a esta actividad en el proceso se producirá de forma inexorable la perención de la instancia.

9.2.4. Carga de la impugnación:

Las decisiones judiciales dentro del proceso pueden ser objeto de impugnación¹¹⁷ por la parte que demuestre tener interés para hacer cesar sus efectos invocando la existencia de un agravio. Si la parte legitimada para impugnar no lo hace la decisión judicial (auto o sentencia) quedará consentida. En los casos en que la decisión judicial sea una sentencia y ella no fuera recurrida no cabe duda que se producirán todos los efectos de la cosa juzgada.

El no ejercitar impugnación contra la decisión judicial que nos afecta produce que lo resuelto tome firmeza. Es por ello que la impugnación en el proceso se convierte en una verdadera carga procesal para las partes, pues dependerá de la exclusiva decisión del afectado con lo decidido para decidir si propone los medios

116 Artículo II del TP del CPC "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".

117 Nuestro CP se encuentra enmarcado dentro de la posición que expresa la existencia de actos procesales impugnables. Señalando de forma expresa en los casos donde no procede recurrir contra la resuelto por el juez.

impugnatorios que le faculta la disposición procesal. Si no se libera la parte de dicho gravamen (es decir no apela) la cosa juzgada producirá sus efectos, generándose la conclusión del proceso para pasar inmediatamente a la ejecución de lo decidido si fuera sentencia de condena.

Si por el contrario la parte agraviada formula la impugnación liberándose del gravamen entonces impedirá que la decisión judicial quede firme, produciendo en caso de sentencias el efecto suspensivo de la impugnación, es decir, que quedará en suspenso lo decidido hasta que la autoridad judicial inmediata superior resuelva la impugnación.

Ahí es justamente donde radica la importancia de esta carga procesal, pues tenemos que si el afectado con la decisión judicial requiere cautelar los intereses que tiene en el proceso, entonces será necesario que se libere de dicho gravamen (impugnando), de lo contrario al no liberarse de dicha carga, se producirán los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, conviene precisar que el afectado tiene un plazo para impugnar, correspondiendo a su decisión libre y espontánea decidir si ejercerá su derecho de impugnación. En esta actividad no es posible inferir la impugnación o considerarla como tácita o implícita, por el contrario el derecho de impugnación se ejercita de forma expresa e inequívoca.

Es preciso señalar que el afectado con la decisión judicial se libera del gravamen formulando la impugnación con el mecanismo que sea más idóneo, correspondiendo elegir entre los medios de impugnación que le ofrece el ordenamiento procesal el más adecuado, los cuales pueden ser: *reposición, apelación, casación o queja de derecho*. La consulta no es medio impugnatorio y en el proceso civil no es admisible la impugnación de oficio. Es por ello que si las partes no ejercitan la impugnación, el proceso por expresa disposición de orden procesal puede ser elevado en consulta al órgano jurisdiccional correspondiente para la revisión de lo resuelto, el cual puede aprobar o desaprobado la sentencia, pero ello no es impugnación es un mecanismo procesal que en casos concretos permite abrir la puerta para que el órgano superior revise lo resuelto (divorcio, procesos con curador procesal, etc.).

No es posible que el proceso sea elevado (nunca) por impugnación otorgada *ex officio* por el juez, esta facultad que fue concedida en época pasada a los jueces en los procesos en los que el Estado era parte fue abolida, justamente porque la impugnación es una carga procesal, la cual sólo procede cuando se ejercita de manera expresa.

9.2.5. Carga de la ejecución:

En los procesos donde se ha obtenido sentencia de condena favorable a una de las partes es posible abrir la etapa de ejecución. Es decir, en aquellos procesos donde se ha ordenado en la sentencia el cumplimiento de alguna prestación a cargo

del vencido, que puede ser de dar, de hacer o de no hacer. La etapa de ejecución sirve para que el vencido cumpla con lo ordenado y se logre la satisfacción al actor, el juez a pedido de parte puede hacer uso de los medios de coerción que brinda el ordenamiento procesal para hacer cumplir lo decidido.

Así como el juez civil no puede abrir un proceso *ex officio*, tampoco puede promover la ejecución del mismo, esta actividad le corresponde estrictamente al beneficiado con lo resuelto en la sentencia, ya que la ejecución se regula por el principio *nulla executio sine actore*, es decir, que la ejecución debe ser promovida por el sujeto favorecido con la sentencia nunca por el juez a cargo del proceso.

Promover la ejecución de una sentencia de condena es también una carga procesal, ya que corresponde al sujeto vencedor darse satisfacción de lo ordenado en la decisión final. Si el vencido (ejecutado) no cumple pese al requerimiento de cumplimiento que hace el ejecutante a través del juez, entonces se podrá hacer uso de los mecanismos con los cuales normalmente se logra la eficacia de las decisiones judiciales: medidas de ejecución, medios compulsorios, astreintes, etc. Pero esta actividad a realizarse en el proceso corresponderá estrictamente a la voluntad del ejecutante, si decide mantenerse inactivo con relación a la ejecución y decide no requerir su cumplimiento entonces se podría ver afectada su satisfacción por el transcurso del tiempo, pues, lo decidido en juicio debe ser ejecutado necesariamente en el plazo no mayor a 10 años, conforme lo dispone en nuestro ordenamiento jurídico el numeral 2001 inciso 1 del CC.

9.3. CARGA DE LA PRUEBA

El término *carga* tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de que la expresión *carga* fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el *onore* italiano eran traducidos como *peso*; por ello en algunas traducciones de libros italianos leemos *peso* de la prueba. Actualmente, y más allá de lo que indique los diccionarios de la lengua, *carga* es un vocablo que tiene su propio significado dentro de la teoría general del derecho. La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podría ocasionarle su omisión.¹¹⁸

La carga procesal es uno de los temas más polémicos y discutidos en la doctrina dentro de la Teoría de la Prueba a la cual nos vamos a referir en esta parte del trabajo con el propósito de aclarar el panorama con relación a ella. Sin embargo, dejamos constancia que las aguas en este aspecto no están del todo calmas, por el contrario hay diversas posiciones teóricas, las cuales consideramos necesario compartir con nuestros lectores.

El Maestro Devis ECHANDÍA precisa que para saber con claridad que debe entenderse por *carga de la prueba*¹¹⁹, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica como debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*¹²⁰, esto es una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles

119 "(...) uno de esos principios es el relativo a la *carga de la prueba* consagrado en el artículo 196 del Código Procesal Civil, el mismo que preconiza que "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". Al respecto, cabe señalar que si bien la carga de probar corresponde a quien alega los hechos o a quien los contradice alegando nuevos hechos, la valoración de éstos lo hace el Juez en forma razonada, expresando en la resolución las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión. Las pruebas en realidad están mezcladas formando una *secuencia integral*, un todo, un conjunto armonioso; debiendo ser la preocupación del Juez reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que dan origen al conflicto; ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; dado que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones *en busca de la verdad*, que es el fin del proceso" Casación N° 3511-2007-PIURA.

120 El Tribunal Constitucional Español en el Exp. No. 446-2004 del 29.11.04 ha resuelto un proceso de amparo donde se invocó el *non liquet*: "Las entidades demandantes de amparo alegan vulneración del art. 24.1 por violación de la prohibición de *non liquet* por no dictarse un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Las alegaciones vertidas en el trámite al que se dio lugar en aplicación del art. 50.3 LOTC, sin embargo, conducen a confirmar la falta de contenido constitucional de la presente demanda de amparo que justifique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por parte de este Tribunal. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre). Todo ello pone de manifiesto que existe un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada sustentado en una de las pruebas aportadas, el propio contrato, y de la interpretación y determinación judicial de su alcance y de su proyección al presente litigio. Sin que el hecho de que las partes no estén conformes con dicho alcance o pronunciamiento pueda ser reconducido a una ausencia de pronunciamiento y a la prohibición de *non liquet* que se alega infringida, pues, además, el pronunciamiento descrito se fundamenta en una aplicación de la legalidad y en una apreciación de la prueba y de los hechos enjuiciados que, como hemos reiterado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 117.3 CE), por lo que no puede ser revisada por este Tribunal, máxime cuando - como ahora ocurre- se trata de una resolución no ilógica ni arbitraria y que aparece suficientemente motivada, satisfaciendo plenamente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/1994, por todas)".

son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. Es por ello que este procesalista define a la carga de la prueba como *una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medios de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentre en el proceso pruebas que le den la 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 evitarse las consecuencias desfavorables*¹²¹.

Podemos indicar entonces, que la noción carga de la prueba va mucho más allá de la simple premisa de que *quien alega un hecho en el proceso debe probarlo* (ello forma parte de la carga de la afirmación, que veremos en el siguiente punto), es por el contrario una noción compleja, porque ésta se configura en dos aspectos fundamentales que lo vinculan a la carga procesal en general, en primer lugar es una *regla de juicio para el juzgador* reservada para el momento de emitir sentencia, momento especial donde la prueba se desarrolla con plenitud, la cual le permite orientarse en el caso concreto cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión; y en segundo lugar referida a *la actividad procesal de las partes*, determinando a cuál de ellas le interesa la prueba de los hechos del proceso, con el propósito de evitar resultados desfavorables por su inactividad.

En esta misma línea de pensamiento expresa sus ideas CARNELUTTI al manifestar que las dos funciones de la carga de la prueba son: la de otorgarle al juez la regla de juicio para evitar el *non liquet*¹²² y fijar los hechos desconocidos, y la de estimular a las partes en su actividad probatoria. (Studi di diritto processuale civile. Pág- 210).

Al ser la carga procesal una noción compleja la doctrina se encargó de un estudio minucioso de la misma llegando a establecer (aun que no pacíficamente) que esta actividad por un lado es *subjetiva y concreta*, y también *objetiva y abstracta*. Sólo haremos una breve referencia a que se refiere cada una de ellas.

121 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 405 – 406.

122 Otro camino para evitar el *non liquet*, además de las reglas de la carga de la prueba y del análisis de la conducta de las partes, es el de buscar si el hecho propuesto del derecho invocado, pueda ser probado por indicios. COLERIO, Juan Pedro. El deber de dictar sentencia ante la falta de convicción por ausencia de pruebas En Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Op. citada. Pág. 231. El mismo SENTIS MELENDO nos muestra una reflexión sobre el vocablo *non liquet*, diciendo he aquí unas palabras que el juez de hoy no puede pronunciar como lo hacía oficialmente el juez romano; era una solución cómoda cuando no veía claro el caso planteado ante él, y que el juez de nuestros días no puede adoptar. SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba Los grandes temas de derecho probatorio. Op. citada. Pág. 301. En el derecho romano, en el antiguo proceso formulario, el juez, cuando no llegaba a obtener el íntimo convencimiento de la verdad podía eludir el pronunciamiento mediante el *non liquet*, vale decir: *no lo veo claro*, en cuyo caso se abstenia de pronunciarse sentencia de mérito y absolvía la instancia. En la actualidad el juez no puede dejar de juzgar en ningún caso: si la omisión fuese de derecho, por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, deberá recurrir a los principios de leyes análogas o a los generales del derecho; si se trata de una cuestión de hecho aplicará los principios que ordenan la distribución de la carga de la prueba. ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 94.

En *subjetiva* porque se refiere a la conducta de las partes, ellas determinan qué hechos del proceso les conviene probar para lograr una decisión favorable, aunque siendo una carga procesal tienen la libertad de decidir si lo hacen o no. Prima aquí el interés de las partes para que se produzca determinada prueba, sabiendo que se pueden afectar en la sentencia por una falta de prueba, es por ello que se habla de distribución de esta carga entre las partes. En resumen *la carga de la prueba subjetiva* implica que corresponde como actividad de las partes el suministrar la prueba necesaria para evitar una decisión contraria a sus intereses. No interesa en la carga de la prueba quién debe llevar la prueba, sino quién debe asumir el riesgo de que no se produzca, ello como corolario del principio de comunidad o adquisición de la prueba. Es *concreta* a su vez porque corresponde al interés de cada parte demostrar en el proceso los hechos particulares de cada proceso, tomando en cuenta lo que se debate en su interior, porque la cuestión sustancial debatida depende de los hechos concretos que las partes afirman.

De otro lado, es *objetiva* ya que se constituye una *regla de juicio* para el juzgador reservada para el momento de emitir sentencia, en la cual debe emitir una decisión de fondo desfavorable para la parte que tenía a cargo suministrar la prueba y no lo hizo, prohibiéndose el *non liquet*. Se debe decidir sobre el fondo aunque cuando no haya certeza o convencimiento de los hechos del proceso. Esta tarea es muy delicada en los magistrados tan es así que dicha situación puede traer responsabilidad a los magistrados que no la ejercen correctamente.¹²³ Pero debe dejarse constancia que esta *regla de juicio* no está vinculada a la valoración de la prueba ni a los medios de prueba, sino a cómo solucionar el conflicto cuando no hay certeza en el juez. El juez tiene el deber de fallar sobre el fondo de la controversia absolviendo al demandado (infundabilidad) o dándole la razón al actor (fundabilidad), pero no le está permitido negarse a resolver por la falta de certeza de los hechos del proceso (*non liquet*).¹²⁴

123 Sobre el particular de manera periférica encontramos un artículo escrito por Marcos Fernando Pablo intitulado "Tribunales sin Ley o cómo la pasión no juzga" en la que expresa "La anécdota que pretendo comentar no merecería la atención de la doctrina ni la consideración de la academia, si no fuera porque el momento especial en que atraviesan las Leyes Constitucionales españolas, forzadas por todas partes, a adaptarse a caprichosas ocurrencias políticas... o jurisprudenciales. Como se sabe, quizá para sonrojo de los publicistas españoles, el Tribunal Supremo español, en una Sentencia sin precedentes, ha condenado, en concepto de responsables civiles a los Magistrados del Tribunal Constitucional que, en ejercicio de sus funciones, inadmitieron a trámite un recurso de amparo presentado frente a una Sentencia del propio Tribunal Supremo. Se supone (y la lectura de la Sentencia no ayuda mucho a pasar del nivel de la suposición) que el reproche se realiza a título de negligencia profesional en el ejercicio del cargo, dado que el recurso fue inadmitido sin un atento examen y sin dar una respuesta suficientemente fundada en derecho". En www.usuarios.lycos.es

124 Sostiene MONTERO AROCA al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el tribunal puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades: a) el hecho alegado por alguna de las partes existió: debe extraerse la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar); b) el hecho alegado no existió: no habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictarse sentencia absolutoria); y c) el hecho no ha llegado a

La carga de la prueba es *abstracta*, ya que la *regla de juicio* se encuentra establecida de manera general, no está referida a casos particulares o concretos, es igual en todos los procesos. Utiliza el juez la regla de juicio para resolver en la sentencia sin tener convencimiento de los hechos en razón de una situación jurídica abstracta, sin interesar el proceso o litigio en particular.¹²⁵

ROSENBERG¹²⁶ postula el vocablo *carga de la prueba* en el sentido siguiente: como la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso (carga de la sumministrazione de la prueba; *onus probandi*). Este procesalista Alemán acuñó el vocablo *carga de la certeza* (muy cuestionado por la doctrina). Hizo una análisis en su obra cumbre respecto de la *carga subjetiva* y *carga objetiva*; precisa que se ha conservado hasta hoy la formulación subjetiva del concepto de la carga de la prueba (carga de la prueba = carga de suministrar la prueba). En cuanto a la carga objetiva (a la que propiamente la llama *carga de la certeza*) señala que la carga de la certeza prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para se consiga la finalidad anhelada del proceso; además aquélla determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe las circunstancias de que una u otra parte, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en sentido de hacerlo constar. Concluye en que la relación entre la *carga subjetiva* y la *carga objetiva de la prueba*, sólo puede aparecer allí donde ambas clases existen una junto a la otra, es decir, sólo en un procedimiento en que rija la máxima dispositiva. Debe solucionarse en el sentido de que la carga objetiva de la prueba está, absolutamente, en primer lugar y que ella contribuye a determinar el alcance de la carga de la certeza, lo que deba hacerse constar para que venza el demandante o el demandado.

De hecho, con lo expresado hasta aquí podemos precisar como conclusión preliminar que la carga de la prueba sólo se entiende en su magnitud en un proceso sujeto

ser probado, colocando al tribunal en la situación de duda: esta situación de incertidumbre no le permite dictar una *sentencia de non liquet*, es decir, no puede dejar de resolver. MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" en La Prueba. Consejo General del Poder Judicial... Madrid 2000. Pág. 36-37.

125 Para aterrizar en el plano práctico respecto a la *carga concreta* y *abstracta* conviene citar a Devis ECHANDÍA quien presenta los ejemplos proporcionados por ROSENBERG: en el juicio de divorcio, la *carga abstracta de la certeza* comprende las características señaladas en la ley como causales de divorcio, como la conducta deshonesto o inmoral, mientras que la *carga concreta de la certeza* tiene objeto "las afirmaciones de hecho con las cuales el demandante trata de mostrar esas características legales como realizadas en el matrimonio de las partes"; en la demanda por devolución de un préstamo, la carga abstracta se refiere a las circunstancias que, conforme a la ley, constituyen ese contrato (entrega de dinero o cosas fungibles en calidad de préstamo) y la carga concreta "depende de la afirmación del demandante de que el demandado recibió de él 100 D.M. y se obligó a devolverlos". Devis ECHANDÍA, Hernando. Op. Citada. Tomo I. Pág. 417 - 418.

126 ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Editorial IB de F. 2da. Edición. Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002. Págs. 32, 35, 40.

al principio dispositivo, donde las partes deben asumir la conducta de suministrar la prueba y el juez facultado a decidir sobre el fondo desfavorablemente para la parte que tenía a cargo suministrar la prueba y no lo hizo, prohibiéndole el *non liquet*. En los procesos inquisitorios, donde el juez puede aportar pruebas *ex officio*, no es admisible hablar de carga de la prueba sólo a favor de las partes, porque el juez con su actividad complementa lo que debieron hacer oportunamente las partes.

COVIELLO aporta al tema señalando que probar los hechos jurídicos no constituye propiamente un deber, porque falta el derecho correlativo, y que el que no prueba, no puede ser constreñido a ello por ninguno, perjudicándose sólo a sí mismo, en cuanto su pretensión no será acogida por el magistrado. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice una carga.¹²⁷

La carga de la prueba importa la conveniencia para las partes de producir determinada prueba, y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba haya sido producida por inactividad de la otra parte o del juez.¹²⁸

En definitiva, las partes tienen la carga procesal de promover la actividad probatoria, esto es, un imperativo fundado en su propio interés. Y es una auténtica carga y no una obligación jurídica por cuanto que su incumplimiento no determina la imposición de una sanción sin que la desatención de su carga les genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencia no encuentren amparo en la resolución judicial que ponga fin al conflicto judicializado. Las partes son libres para la proposición de los medios probatorios en orden a la consecución de la convicción psicológica del juzgado sobre los hechos por ellas afirmados.¹²⁹

9.3.1. Carga de la afirmación:

Llamada también *carga de alegación*, se entiende por carga de la afirmación a la carga que tienen las partes de introducir en el proceso, hechos relevantes que requieren probar para ser favorecidos con la sentencia mediante la afirmación.

Sostiene ROSENBERG que en un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia.¹³⁰

127 COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil*. Editorial Hispano - Americana. Traducción Felipe de J. Tena. México 1938. Pág. 563.

128 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 92.

129 GARCÍA-CUERVA GARCÍA, Silvia. "Las reglas generales del *onus probandi*". En Objeto y carga de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 57.

130 ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Op. Citada. Pág. 61.

Entendida así la carga de la afirmación se convierte en una limitación del juez en el sistema dispositivo, pues el juzgador no podrá considerar en la sentencia “hechos no invocados por las partes”, pues conforme comprendemos en el proceso civil los únicos que proporcionan los hechos son las partes y necesariamente deben hacerlo a través de la afirmación. Si el juez basa su decisión en hechos que no fueron invocados por las partes mediante la afirmación, la sentencia es nula, pues el origen de los hechos ya no sería la afirmación de la partes, sino que el juez estaría aportando hechos al proceso, lo cual le resulta vedado y convierte en nula su decisión.

Afirmación deriva del verbo *afirmar* del latín *affirmāre*, en líneas general significa poner firme, dar firmeza y para el caso concreto tiene el sentido de asegurar o dar por cierto algo.

La carga de la afirmación tiene relación directa con el segundo significado de *afirmar*, pues las partes cuando proporcionan hechos al proceso lo hacen con las seguridad de que ellos, son ciertos, aseguran su veracidad. Ahora, cuando una de las partes niega que un hecho se produjo de determinada forma o circunstancia o simplemente que nunca ocurrió, no significa que no está afirmando, lo está haciendo para afirmar pero en sentido negativo. De lo que deducimos que en la carga de la afirmación las partes pueden afirmar la existencia o inexistencia de un hecho vinculado con el proceso.

Si el demandante afirmó la existencia de un hecho, lo propone en el proceso como hecho relevante que sustenta su pretensión, indica que celebró un contrato de arrendamiento con el demandado con plazo de vencimiento a determinada fecha y que el mismo se encuentra fenecido. El demandado afirma por el contrario que el contrato celebrado entre las partes no está vencido, que hubo una prórroga tácita del mismo que le permite seguir ocupando el predio. De lo que inferimos que el demandado en el proceso civil al asumir la carga de la afirmación puede negar, admitir (parcial o totalmente) los hechos que fueron afirmados a su vez por su demandante.

Al proceso se introducen mediante la afirmación *hechos jurídicamente relevantes* y que probados o no van a servir de sustento de la sentencia. La afirmación es una carga porque está sustentada en el propio interés que tenga cada parte de afirmar los hechos que más le convienen, pues de ellos se puede derivar la consecuencia jurídica de la norma cuya aplicación se ha invocado en el proceso.

LOLI RODRÍGUEZ sostiene que la carga de la afirmación radica, fundamentalmente, en un riesgo-interés, es decir, en el *interés* de las partes en afirmar aquellos hechos jurídicamente relevantes con miras a obtener el éxito de su pretensión –aplicación de la norma que reconoce y protege su derecho subjetivo – y, en el *riesgo* que asumen las partes por omitir las afirmaciones de esos hechos importantes que interesa a su posición en el proceso, dado que los hechos no alegados no pueden ser fijados por el juez en la sentencia.¹³¹

En la actividad jurisdiccional las sentencias normalmente empiezan invocando la carga de la afirmación o alegación, señalando como premisa inicial que *quien alega o afirma un hecho en el proceso debe probarlo*. Sin embargo, debemos dejar aclarado que bajo nuestro punto de vista la carga de afirmación ayuda a las partes a introducir un hecho jurídicamente relevante al proceso como: contraje matrimonio con la demandada, fui conviviente del actor, celebré un contrato de mutuo con el demandado, etc. Para que ellos puedan ser considerados en la sentencia como hechos invocados por las partes. Con esta carga se introducen los hechos relevantes sobre la base de los que el juez debe decidir. Sin embargo, con la carga de la prueba cada parte está a cargo de probar los hechos que afirmó, esta actividad la realiza con el ofrecimiento de los medios de prueba idóneos que sirvan para probar la afirmación de un hecho del proceso. Con la carga de la afirmación las partes introducen hechos relevantes al proceso, con la carga de la prueba se determina a cuál de ellas le interesa la prueba de los hechos del proceso, con el propósito de evitar resultados desfavorables en caso de inactividad.

9.3.2. Distribución de la Carga:

En la Doctrina el debate fue arduo para determinar una regla general para la tarea de definir la distribución de la carga de la prueba en el proceso, se aportó mucho y más adelante veremos las tesis que la sostienen, sin embargo, es preciso dejar establecido que no sólo se trata en este punto del trabajo de determinar de cuál de las partes el juez debe esperar una actividad probatoria, sino que fundamentalmente se busca una regla de derecho con la cual podamos definir cuál de las partes debe soportar las consecuencia de la falta de prueba de un hecho que fue afirmado en el proceso.

De hecho que la actividad probatoria en el proceso recae fundamentalmente en las partes: demandante y demandado. Sin embargo, es necesario que esta actividad *sea distribuida*, es decir se debe definir de cual de las partes se debe esperar actividad probatoria para probar los hechos afirmados y que son fundamentales en el proceso. Por ello resulta indudable: la carga de la prueba se haya distribuida entre las partes.

Por ello no es exacta (en todo caso incompleta) la tesis que el demandante corre siempre con la carga de la prueba, *onus probandi incumbit actore*. No es posible en el proceso dejar todo el peso de la actividad probatoria en el actor, de allí la necesidad de distribuir la carga de la prueba entre las partes. Porque el demandado cuando formula excepción, entendida ésta como el ejercicio del contradictorio, concretamente contestar la demanda afirma también hechos, sobre los cuales también debe producir prueba, *reus in excipiendo actor est*. Es por ello que la Doctrina se ha puesto de acuerdo al señalar que quien afirma o alega hechos para obtener una decisión favorable, se convierte en actor, sin interesar que se encuentre en la posición de actor o demandado, es así como se debe entender la máxima romana *onus probandi incumbit actore*, y no de otra forma, porque constituiría un absurdo.

131 LOLI RODRÍGUEZ, GODOFREDO. *La carga probatoria, en materia civil y procesal civil*. Editorial Fecat. Lima 2000. Pág. 52.

Reducir a una fórmula universal la distribución de la carga de la prueba entre el demandante y el demandado, sólo puedo repetir mi convicción —sostiene ROSENBERG— no hay ni puede haber otra solución del problema de la carga de la prueba ni mejor guía a través de la plétora desconcertante de fenómenos y opiniones, que nuestro principio, según el cual cada parte soporte esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso.¹³²

El maestro Devis ECHANDÍA nos presenta diversos criterios generados por la doctrina respecto de la distribución de la carga de la prueba, los cuales rebate¹³³, para finalmente resumir su posición indicando determinados criterios aplicables a la distribución de la carga de la prueba: a) No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. b) Los criterios de normalidad y la innovación sólo sirven como guías de una política legislativa. c) Las máximas romanas "*onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor*" y "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" y sus equivalentes pueden adaptarse a los conceptos modernos. d) El criterio de lo constitutivo o impeditivo o extintivo, no sirve para elaborar la regla general.

Preguntándose cuál es el criterio que mejor informa a la distribución de la carga de la prueba, Devis ECHANDÍA señala que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera,

132 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Op. citada pág. 142.

133 a) *Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepcióna*. Este criterio se conoce por las máximas latinas heredadas del derecho romano: "*onus probandi incumbit actore o necesitas probandi incumbit ei qui agit, o actore non probante, reus est absolvendus, y reus in excipiendo fit actor, o reus in excipiendo actor est*". b) *Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exige de ella a quien niega*. Este criterio suele expresarse de tres maneras *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmanti non neganti incumbit probatio y negativa non sunt probanda*. c) *Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones*, se sustenta en la siguiente posición "quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demanda o excepciones infundadas". d) *Teoría de lo normal y lo anormal* (regla y excepción), se impone la carga de la prueba a quien alega un hecho anormal, porque el normal se presume. e) *Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar*, entiende por innovación lo que modifica la normalidad, principalmente cuando se trata de hechos extintivos, impeditivos o modificativos, o demandar para que se altere una situación de hecho existente; f) *Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario, extintiva o invalidativa o impeditiva de los hechos*, explica cuáles hechos, los presentados en la demanda o en la excepción, debe probar cada parte, sea que los haya afirmado o negado. g) *Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que les es favorable*. Los hechos a probar precisamente son los presupuestos de las normas legales que regulan tales pretensiones o excepciones. h) *Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido*. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 433-462.

a cada parte le corresponde la carga de prueba de los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.¹³⁴

Con un criterio similar ROSENBERG precisa que sólo es posible sentar una sola regla de distribución de la carga de la prueba si se toma en cuenta que la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos. Propone una fórmula muy breve "cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (de la norma cuyo efecto jurídico redunde en su provecho). Aunque precisa que las dificultades y controversias empiezan en el momento en que se plantea la cuestión de saber cuáles son las normas que deben considerarse favorable para el demandante, y cuáles las que son provechosas para el demandado".¹³⁵

Se debe entender por normas en "el sentido de normas constitutivas, impeditivas, destructivas, etc., no debe entenderse, necesariamente, los preceptos, por ejemplo, del Código Civil, por separado, aisladamente, sino que, por regla general, es todo conjunto de preceptos jurídicos concordantes que tiene por consecuencia la fundación del derecho, su impedimento, su destrucción, etc."

9.3.3. Carga probatoria dinámica:

Conforme sostenemos en este trabajo el principio general es que corresponde la carga probatoria a las partes de manera natural y de forma extraordinaria al juez. Así, con relación a las partes corresponde decir que quien afirma un hecho se encuentra obligada a probarlo, lo mismo ocurre con la parte que niega un hecho. Esto quiere decir que la carga sólo giraba alrededor del demandante y demandado.

Desde un enfoque de "riesgo procesal" Peyrano enseña que la regla de la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba; es decir, establece cuál de las partes corre el riesgo de que no sea satisfecho el *onus probandi* respecto de determinado hecho controvertido. En verdad, las plurales reglas de distribución del esfuerzo probatorio existentes se sintetizan de algún modo en la llamada regla áurea de todo el aparato distributivo del *onus probandi*: "quien afirma, debe probar". Ahora bien: ¿cuál es el riesgo procesal corrido? Pues que el juez deba fallar en contra de quien debía correr el riesgo procesal del caso en el supuesto de que no hubiera levantado la carga probatoria correspondiente. Si bien se mira, las disposiciones distributivas del *onus probandi* son más normas de decisión que de derecho probatorio.¹³⁶

134 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 462 – 468.

135 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Op. citada pág. 123.

136 PEYRANO, Jorge W. "Las reglas de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del siste-

Sin embargo, en la doctrina contemporánea esta situación que aparecía como regla estática, pétrea e inflexible, fue cambiando y hoy se sostiene no sólo la tesis de la prueba *ex officio* y también la teoría que apunta a la evolución de esta carga estática para convertirla en una carga más bien dinámica.¹³⁷

Así, la carga probatoria debe mirar el proceso y sus *circunstancias particulares*, pues por ellas este elemento importante de la prueba debe cambiar, dejando su rigidez, ya que, si seguimos pegados a sus parámetros el juez no podrá resolver el caso concreto. Conviene dejar aclarado pese a lo expuesto que la carga probatoria dinámica no se puede utilizar en todos los procesos de manera general, sino que es útil en casos muy concretos, de ahí que *tenga la condición de excepcional*, pues funciona ante la *falta o escasez de prueba*. Por ello la carga probatoria dinámica en estos casos *determina que el juez falle en contra de quien debió probar y no lo hizo, sin importar si tuvo la condición de actor o demandado*, haciendo de esta forma justicia al caso concreto, en otras palabras apegando su decisión a un adecuado estándar de justicia.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas¹³⁸ tiene fundamento en el prin-

ma". Ponencia presentada en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizado en la Universidad de Lima, octubre de 2008. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Pág. 400-405.

137 Era común antaño escuchar que la carga de la prueba recae sobre quien afirma y no sobre quien niega, dada la dificultad e imposibilidad de acreditar la existencia de un hecho negativo, al punto que se afirmaba, corrientemente, que era un principio pacífico en materia procesal que, al que afirma un hecho no reconocido por el demandado, le corresponde la prueba respectiva. Este derecho dogmático, excesivamente influido por la consideración del proceso como un combate judicial, no podía tener como correlato sino una férrea imposición del onus probandi en cabeza de quién afirmaba un hecho. No había espacio allí para las nuevas ideas, para las corrientes progresistas que finalmente vendrían a derribar esquemas vetustos, de la mano de las doctrinas de la CSJN del exceso ritual manifiesto y de la verdad jurídica objetiva, amén de las enseñanzas de importantes autores. Al soplar de nuevos vientos, más modernamente se ha sostenido que la carga de la prueba no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer, pudiéndose hablar con asidero del riesgo de la prueba antes que de su carga, pues el precio de no probar es perder el litigio. Según ya se viera, antiguamente la atribución del onus probandi era rígida y se ponía en cabeza de quién afirmaba un hecho o de quién pretendía cambiar un status jurídico a través de su pretensión, pronto terminó por advertirse que necesariamente esta carga o este esfuerzo probatorio no podía sino contemplarse con un criterio flexible, puesto que no son las partes las únicas interesadas en arribar, por el camino del proceso, a la verdad real, a la verdad verdadera, por así decirlo. Algunos autores, a manera de teorías superadoras de los principios tradicionales, comenzaron a exponer doctrinas como las del activismo de los jueces o de los deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional, que en lo esencial significaban anteponer la búsqueda de la verdad real a la vigencia absoluta e incondicionada del principio dispositivo. En ese marco progresista surge la elaboración doctrinal de las cargas probatorias dinámicas, que si bien no significa un aporte original, viene a difundir entre nosotros ideas que datan de bastante tiempo atrás, constituyendo un mérito indudable de los Profs. Peyrano y Chiappini la divulgación de la idea y su recepción por parte de la jurisprudencia. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española". En www.eft.com.ar/DOCTRINA/articulos/libros-carga-de-la-prueba.htm.

138 Nuestro Tribunal Constitucional en la STC No. 1776-2004-AA/TC ha señalado que "(...) 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 plan-

de colaboración (o efectiva de colaboración) que a su vez radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe –en el decir de MORELLO–, se proyecta con particular relevancia en la redistribución del *onus probandi*, situación ésta que ha sido captada por la denominada Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas. Esta doctrina constituye un dispositivo de excepción del que podrán echar mano los jueces en determinadas y espacialísimas circunstancias. Es por ello que su incursión en el panorama procesal no ha tenido la virtualidad de "desplazar" a las clásicas reglas de distribución del *onus probandi*, sino la de "complementarlas" en aras de la obtención de una tutela judicial más efectiva. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigeran la tónica exitista que atiende sólo al logro y no al cómo se logra.¹³⁹

En definitiva señala Marcos PEYRANO citando a su hermano Jorge la teoría esbozada propugna una nueva concepción de las cargas probatorias, a la que se ha denominado "dinámica" para poner de resalto que, en supuestos excepcionales el *onus probandi* debía adquirir un tinte trashumante y así pesar sobre una parte distinta de la que – en principio y conforme a las reglas generales- debía soportar la carga probatoria en cuestión, procurando quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de reparto del esfuerzo probatorio en homenaje a la justicia al caso concreto.¹⁴⁰

teado. 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.º 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 materia".

139 EGUREN, María Carolina. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Págs. 201 a 213.

140 PEYRANO, Marcos L. La teoría de las "cargas probatorias dinámicas" en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). En www.urjc.es.

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.¹⁴¹ Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alegó 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. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quién los alegó.¹⁴²

La idea en el tópico de la carga probatoria dinámica es que las partes participen de forma activa y no pasiva en la aportación del material probatorio, ésta debe ser una tarea compartida, parte de la idea de *colaboración*. Como hemos dicho ya, esta tesis se aparta de las reglas rígidas de la carga probatoria convencional para hacer recaer esta *carga* en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar al proceso material probatorio vinculado a la materia controvertida, sobre todo a la prueba de hechos que están a su alcance, con total desinterés de si su posición en el proceso es la de demandante o demandado.

Aunque ya lo hemos precisado, la carga probatoria tiene utilidad no en todos los procesos sino en aquellos donde a una parte le resulte absolutamente difícil y en otros casos imposible proporcionar el material probatorio para acreditar los hechos afirmados, por ello se le llama a estos casos de "prueba difícil" o con carencia de material probatorio, por ejemplo en los casos de responsabilidad médica por mala praxis (en caso de paciente que no pudo poner en evidencia los secretos del quirófano)¹⁴³, responsabilidad profesional, en fin en temas de responsabilidad civil,

derechos del consumidor, etc. En estos casos le es exigible la producción de material probatorio a quien tenga por su situación en el caso concreto todas las facilidades para acreditar un hecho.

La moderna doctrina procesal conforme lo expresa FALCÓN¹⁴⁴ coloca a la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos aptos para hacerlo. Señala que esta teoría es una variante específica del principio *favor probationis* aunque precisa que esta figura presenta el inconveniente de que el litigante puede ser sorprendido por no rendir una prueba que no estaba dentro de su carga cumplir, por lo menos de manera explícita.

En la doctrina conocemos el tópico llamado *difficilioris probationes* (cuando probar resulta dificultoso por el tiempo transcurrido o por no tener disponible un instrumento probatorio, antiguamente no se contaba con medios científicos para determinar con mucha certeza la filiación paterna), para el cual se ha perfilado como posible solución a este problema de difícil prueba a las instituciones del *favor probationes*¹⁴⁵ (tesis que apoya a la parte del proceso a la que le resulta objetivamente muy difícil producción de la prueba) y las *pruebas leviores* (potestad de los tribunales de dar por acreditado un hecho sin que exista prueba absoluta sobre el mismo).

La carga probatoria ha sido desarrollada en el derecho argentino¹⁴⁶ a través

quien está en mejor condición de probar, así nos presenta la siguiente cita "tan sólo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia". LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los médicos. Editorial Grijley. Lima 2005. Pág. 417.

144 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba...* Op. Citada Pág. 269, 278 y ss.

145 KIELMANOVICH precisa que el principio *favor probatione*, se constituye en una excelente herramienta para la solución de difíciles problemas vinculados con la materia de la prueba judicial, derivados de una incesante evolución de las ciencias y técnicas y de una cada vez más intrincada trama de las relaciones sociales. Agrega que este estudio supone así que en casos de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias, debe estarse por un criterio favorable en torno a la producción, admisión y eficacia de las pruebas en tales casos, y particularmente la indiciaria. KIELMANOVICH, Jorge L. El "favor probatione" y demás principios sobre la prueba. En Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Librería Editora Platense SRL. La Plata 1996. Pág. 155.

146 Existe una posición discrepante en cuanto a la modernidad de esta institución y de que su origen se haya gestado en Argentina. Aquí encontramos a García Grande quien afirma que ni las cargas probatorias dinámicas son una teoría moderna ni tuvieron su origen en Argentina. La manifestación de la teoría data de 1823 y fue expuesta por el inglés Jeremías Bentham. Dicho autor denunció el abuso y las dilaciones causadas por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y propuso que la carga pese sobre quien esté en mejores condiciones de probar: "entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso en concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con

141 "(...) esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado resulta una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituyen un típico caso de "prueba diabólica", dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención". Esta consecuencia tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal". STC No. 06135-2006-PA/TC.

142 GARCÍA GRANDE, Maximiliano. "Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas ni argentinas, ni aplicables". En www.e-derecho.org.ar.

143 Sostiene LORENZETTI que en la responsabilidad médica, hay una mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que él posee la prueba, tiene una explicación posible de lo sucedido y la información. Aunque precisa que existe posición contraria en doctrina como la expresada por MAZEAUD y TUC por la cual es el paciente

de la Jurisprudencia¹⁴⁷ y hoy en día fue recogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)¹⁴⁸, siendo admitida jurisprudencialmente en España como la "regla o principio de la facilidad probatoria" por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Aparece desarrollada en el artículo 366 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires. Tenemos también precedentes en los Tribunales de Colombia¹⁴⁹ 150.

Hoy en día la teoría de la carga probatoria dinámica tiene mucha aceptación en la doctrina contemporánea, sin embargo, existen también voces discordantes que niegan su validez, en esta línea encontramos al argentino Omar BENABENTOS

menos dilaciones, vejámenes y gastos(...) Se dirá, es la partes que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuando más se le ha dejado seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido de dificultades para resolverlas". Por lo tanto, la teoría tiene poco más de 180 años y su origen es europeo. El instituto, lejos de quedarse en suelo británico, cruzo las aguas septentrionales y llegó al viejo continente, principalmente Alemania. GARCÍA GRANDE, Maximiliano. Op. Citada.

147 El favor probationis o la "teoría de las cargas probatorias dinámicas" se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime si la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico. (CN Civ. Sala D. 24.05.90. DJ. 1991-2-994).

148 Artículo 217 inciso 6 "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio".

149 "Lo que si es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma descrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido del interés) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y la específica que le señalen los reglamentos". Resolución emitida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá D.E. del 24.10.90. Expediente No. 5902. María Helena Ayala de Pulido con el Instituto de Seguros Sociales.

150 "...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 a 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 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". Sentencia del 04.09.97. Expediente No. 10251. Carlos Julio Ovalle y otros contra el Hospital Militar.

quien presentó la ponencia "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas"¹⁵¹ en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal realizado en nuestro país (concretamente en Arequipa) el mes de octubre de 2005. BENABENTOS sostiene en primer lugar que la tesis de la carga probatoria dinámica sólo es aplicable al derecho procesal civil no al proceso penal, pues afectaría el principio de presunción de inocencia. En su ponencia presenta una crítica cerrada a la tesis de la carga probatoria dinámica con la que pretende demostrar su invalidez.¹⁵²

En el V Congreso de Derecho de Daños organizado por el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 24 y 25 abril de 1997 la comisión de responsabilidad médica señaló: "con referencia a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una posición sostuvo la conveniencia de su aplicación, precisando conceptualmente las hipótesis de debilidad fáctica y jurídica en que resultan aplicables. Otra postura sostuvo la inconveniencia fundando en que afecta la seguridad jurídica al no conocerse de antemano cuáles son las reglas a que deberán atenerse las partes al respecto y además por no constar dicha teoría en el derecho vigente".

De lo expuesto en este punto podemos decir que la tesis de las cargas probatorias dinámicas quiebra la premisa original de que *la parte que afirma un hecho o lo niega debe probarlo*, con las excepciones que se encuentran cuando se trata de hechos notorios, imposibles, presunciones legales absolutas, etc. Propone más bien como premisa en casos de prueba difícil o imposible que *la carga (onus probandi) recae en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar al proceso material probatorio vinculado a la materia controvertida*. Aunque conviene dejar resaltado que el uso de las cargas probatorias no tiene utilidad en todos los procesos, más bien en casos donde nos encontramos ante situaciones de prueba difícil.

De alguna forma la tesis de la carga probatoria dinámica hace más ligera la tarea probatoria de la víctima en los procesos de responsabilidad civil constituyéndo-

151 Podemos encontrar la versión digital en www.apdp.com.ar. Información general sobre el evento en www.uap.edu.pe/congresopanamericano/congreso.htm.

152 "El supuesto típico de aplicación de esta tesis se inserta en los pleitos de mala praxis médica. Se alega que cuando se demanda por una víctima la reparación del daño patrimonial o moral, producto de lesiones incapacitantes provocadas por una mala práctica médica, o bien cuando la víctima directa de la mala praxis médica ha fallecido y son los reclamantes legitimados para perseguir los daños materiales o extramatrimoniales que la muerte de la causante ha desencadenado, el demandante (en ambos casos) no sabe que ha ocurrido "en la soledad del quirófano" y, por tanto, se encuentra en una notoria orfandad para poder demostrar la culpabilidad del médico. Por el contrario, el médico, o su equipo "si sabe lo que aconteció". Él es el técnico, el experto, y sobre él recaer acreditar su "estado de inocencia". Conclusión: es el médico el que debe probar, aunque fue la víctima la que afirmó, como presupuesto de los hechos sobre los que asentaba su pretensión recaricatoria, el factor atributivo de responsabilidad, imputándole al galeno la imprudencia, impericia o negligencia". Sostiene este autor que las cargas probatorias dinámicas deben dejarse de lado y volver a la clásica idea que el que afirma un hecho ordinario está exento de probarlo y que el que se apoya en un hecho extraordinario debe acreditarlo.

se así en un mecanismo de protección a la víctima en el proceso referido al aspecto probatorio (lo cual es llamado en doctrina como principio protectorio *pro dammato*), precisamente porque se encuentra en situación especial en el proceso con relación a la prueba de determinados hechos que no se encuentran a su alcance.¹⁵³

Afirma Arazi que es necesario tener en cuenta que el tema de la carga de la prueba es relevante cuando la prueba esencial para la solución del litigio no se ha producido, pues ella puede producirse por iniciativa de cualquiera de las partes o del juez, con prescindencia de quien tenía esa carga. La distribución dinámica de la carga acentúa el principio solidarista pues los litigantes deben advertir la conveniencia de probar los hechos sin una regla que, desde el principio, le indique a quién le perjudica la omisión; durante el proceso tienen que probar todo aquello que interese a su derecho, tanto en lo que hace a su pretensión como a su defensa.¹⁵⁴

La tesis de la carga probatoria dinámica es una estructura teórica que aparece como una posición contraria, opuesta a las reglas inflexibles de aportación de prueba en el proceso. Teniendo como propósito hacer recaer el *onus probandi* en cabeza de quien tiene las mayores posibilidades de hacerlo.

Nuestro sistema procesal no tiene una disposición que facilite la aplicación de las cargas probatorias dinámicas; sin embargo, nada impide su aplicación en determinados procesos en los cuales se presenten las condiciones necesarias para el efecto. Nuestros tribunales se han pronunciado al respecto, concretamente en casos de nulidad de acto jurídico por simulación.¹⁵⁵

153 En los juicios de responsabilidad profesional –sostiene LORENZETTI– se parte de la base que quien tiene la información, la documentación, y quien puede explicar mejor las cosas es justamente el profesional. Evidentemente es más económico para el médico aprobar la prueba. El paciente en cambio tiene que asistir con un abogado a la primera consulta para poder preconstituir prueba y poder dar una idea razonable de lo que ha sucedido. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los médicos*. Op. Citada. Pág. 418.

154 ARAZI, Roland. "La carga de la prueba". Op. Citada.

155 "El colegiado ha desestimado pues las máximas de experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que 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 de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98 (...)". Casación 1385-2004-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2005. "La controversia no debe resolverse bajo el esquema que el actor 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 de producirla". Expediente No. 4116-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Lima 20 de mayo de 1999. Citadas por NÚÑEZ MOLINA, WALDO. *La simulación del acto jurídico*. Teoría y prueba judicial. Editorial Grijley. Lima 2008. Págs. 187-188.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas –afirma Eguren– viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigerar la tónica exitista que atiende sólo al logro y no al cómo se logra.¹⁵⁶

10. SISTEMA DISPOSITIVO

Más que un sistema, podríamos sostener que se trata de un principio procesal que rige dentro del proceso, brindándole determinadas características, así se dice que en el proceso regido por el principio dispositivo son las partes son las que le dan inicio, son las partes las que proponen las pretensiones y los hechos que la sustentan, incluyendo el ofrecimiento de los medios de prueba que correspondan a sus intereses. Son las partes las que deciden cuando impulsar el proceso y en que momento lo pueden concluir. Estos parámetros rigen a un proceso dentro de la corriente que la doctrina denomina *régimen privatístico del proceso* para contraponerlo al *régimen publicístico del proceso* que sustenta al sistema inquisitivo.

Por ello con el principio dispositivo se rescata la figura del actor como necesario para el inicio del proceso, la limitación del juez para resolver sólo el pedido de las partes (congruencia procesal), la facultad de las partes de disponer del proceso (transacción, desistimiento), la actividad de las partes para la incorporación del material probatorio, teniendo el juez en esta tarea una actividad nula, todo ello basado en un interés privado de las partes en el proceso.

El proceso sujeto a este principio (llamado también sistema dispositivo) le interesa sólo a las partes, bajo este sistema no se permite a juez abrir un proceso *ex officio*, pues para ello es necesario que el sujeto interesado en acudir al órgano jurisdiccional para la solución de un conflicto ejercite un derecho constitucional denominado *derecho de acción procesal*, haciéndolo viable con el vehículo natural que es la *demanda*, con la cual se introducen al proceso una o más *pretensiones procesales* en contra de su destinatario (demandado). Se aplica aquí el aforismo *nemo iudex sine actore*, es decir que no hay juez sin actor.

Los elementos objetivos de la pretensión procesal son el *petitum*, la *causa petendi* y la *fundamentación jurídica*. Tenemos aquí lo que concretamente se pide en contra del demandado, los hechos que la sustentan los mismos que deben coincidir con el supuesto de la norma legal cuya aplicación se pide y finalmente la invocación de las normas legales de nuestro ordenamiento jurídico que sustentan el conflicto con las cuales debe decidir el juez, salvo aplicación del *iura novit curia*.

156 EGUREN, María Carolina. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". Op. Citada.

El juez en el proceso regido por este principio (sostiene la doctrina) no tiene mayor participación, solo le corresponde administrar el proceso y resolver correctamente las pretensiones propuestas en el proceso, teniendo como limitante al momento de resolver de no ir más allá de lo que le pidieron las partes, es decir su actividad al momento de sentenciar debe estar regida escrupulosamente por el *principio de congruencia procesal*. Es por ello que no puede resolver más de lo que las partes propusieron como pretensión, ni invocar hechos no propuestos por las partes, ni que la resolución afecte a sujetos no emplazados (*incongruencia extra petita*), no puede omitir pronunciamiento respecto de pretensiones postuladas por las partes, ni basar su decisión omitiendo hechos fundamentales del proceso y que formaron parte del tema en controversia, igualmente no puede dejar de vincular con la sentencia a los sujetos emplazados (*incongruencia infra petita*), tampoco cuantitativamente dar más de la suma pedida por el actor (*incongruencia ultra petita*). Se sanciona con nulidad la incongruencia de las decisiones judiciales.

Así, el sistema dispositivo –sostiene ARAZI– confiere mayores facultades a las partes, siendo sus reglas fundamentales las siguientes: a) el juez no puede iniciar de oficio el juicio; b) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportado por las partes; c) debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuviesen de acuerdo; d) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado, y el juez no puede condenar a más, ni otra cosa que la pedida en la demanda.¹⁵⁷

Para qué desarrollamos el principio dispositivo en un tema referido a la prueba, qué vinculación tiene con la prueba en general. Resulta más que evidente que los procesos sujetos al principio dispositivo, son las partes las que gobiernan el proceso, al punto de tener facultad para iniciar el proceso y para concluirlo en el momento que se considere oportuno (conciliación, transacción, desistimiento, abandono, etc.) y el juez es el sujeto que resuelve lo pedido por ellas con la sentencia.

La actividad de las partes implica la afirmación de hechos vinculados con su pretensión y la carga de probarlos para obtener decisión favorable proceso. Sólo las partes son las llamadas a realizar la actividad vinculada a la carga de la afirmación y a la distribución de la carga de la prueba, en este sistema cerrado y vetusto como es lógico y coherente se impide que el juez incorpore medios de prueba *ex officio*, pues la aportación de prueba sólo esta reservado para las partes.

Este sistema o principio hace que el juez resuelva el conflicto con la actividad probatoria realizada por las partes, pues se dice que si el juez actúa oficiosamente en esta actividad –restringida a las partes– estaría supliéndolas, perdiendo su imparcialidad, ejercitando actividad que solo le corresponde a las partes, lo cual desnaturaliza el proceso mismo.

11. SISTEMA INQUISITIVO

En el procesal civil se habla de la *publicización del proceso*, con esta tesis el juez que en los procesos puros regidos por el principio dispositivo es un convidado de piedra, se convierte ahora en actor principal *del proceso*, pero sin prescindir de la actividad de las partes. Se convierte en el llamado *director del proceso*, con facultades *ex officio*: impulso del proceso, aportación de medios de prueba por deficiencias de la actividad de las partes, conclusión anticipada del proceso, pronunciamiento de nulidades procesales sin pedido de parte cuando hay vicios insubsanables, etc.

La doctrina a los procesos donde el juez tiene actividad oficiosa, les denomina inquisitivos, el juez inquisitivo (dentro de un proceso civil), es un juez investigador que busca la verdad por sí solo sin depender necesariamente de las partes, es un juez inquieto, no es un juez que le deja toda la labor de llevar a buen puerto el proceso solo a las partes, él colabora decididamente en el resultado del mismo.

Lo fundamental para el tema de la prueba es que bajo el manto de este principio, *el juez tiene la facultad de incorporar oficiosamente medios de prueba cuando el material probatorio aportado por las partes le resulta insuficiente para resolver el conflicto*. Ello por supuesto no implica que el juez suple la actividad de las partes, simplemente coadyuva a que con esta actividad se puede resolver el conflicto correctamente, pues hay hechos afirmados por las partes, fundamentales para las resultados de proceso, pero de los cuales no existe material probatorio alguno, en este caso le corresponde al juez la aportación de oficio del material probatorio que supla tal omisión, se dice que su misión en este sistema es el de llegar a establecer *la verdad material*, aunque esta nunca sea alcanzada en un proceso judicial, porque lo normal es que se llegue sólo a una *verdad formal*.

En realidad el sistema inquisitivo lo que busca, dándole esta facultad al juez, es otorgarle la mayor certeza posible respecto de los hechos fundamentales del proceso, de tal manera que resuelva con mucha mayor convicción.

Claro que este Sistema tiene sus detractores que señalan que el proceso civil contiene una discusión de intereses netamente privados, donde el juez no debe intervenir sino para administrar el proceso y resolver correctamente sus pretensiones. Con relación a las pruebas de oficio se considera que el juez debe resolver sólo con las pruebas que aportan las partes, no debe participar en esta actividad, involucrándose oficiosamente, pues las pruebas que aporta de oficio al proceso normalmente tienden a ayudar de manera parcializada a una de las partes, quebrantando el principio de imparcialidad. No obstante lo expuesto el juez no es más en el proceso civil actual un invitado especial al debate entre las partes, no es el mero tercero imparcial, es un sujeto más bien activo, la tesis publicística del proceso ha superado estas objeciones. En la parte de la prueba de oficio profundizaremos este tema.

157 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 35.

El magistrado LAMA MORE señala sobre la actividad probatoria oficiosa del juez que es un asunto de relevante importancia donde se debe conocer los límites que nuestro sistema procesal impone al Juez cuando éste realiza actividad oficiosa en materia probatoria. Dicha actividad constituye un aporte del sistema publicístico al proceso civil, expresado en el principio de que la dirección del proceso recae en el Juez; en virtud de este principio el Juez deja de ser un elemento pasivo y distante, respecto de las partes y la materia controvertida, y asume durante la secuela del proceso un activo rol, no solo en el impulso de la actividad procesal, sin incluso en la probanza de los hechos que las partes han alegado en defensa de sus respectivos intereses. Recientes posiciones doctrinales, que añoran la ya superada vigencia plena del sistema privatístico o dispositivo, han señalado que con dicha actividad el Juez pierde su imparcialidad y se involucra indebidamente en la actividad que le es exclusiva a las partes; sin embargo es válido reconocer que conviene a la comunidad y a la sociedad en general que los procesos civiles concluyan con decisiones que expresen la verdadera convicción del Juez sobre los hechos que son objeto de controversia, y pueda así declarar los derechos de las partes, restaurando la paz social con justicia; ello no sería posible con una actitud pasiva del Juzgador, quien en tal situación tendría que resignarse a esperar que las partes ofrezcan sus medios probatorios, sin que importe si los mismos resultan ser o no suficientes para acreditar los hechos que éstas han expuestos; tal cómoda posición agravia el interés de la sociedad de resolver la *litis* con equidad. Sin embargo, siempre está presente la posibilidad que se presenten excesos en la actividad del Juez en esta materia y se produzca un desequilibrio en el proceso favoreciendo de modo indebido a una de las partes, pretendiendo averiguar hechos que no han sido invocados por ésta durante el proceso. Por ello subsisten en nuestro sistema procesal importantes principios que, aun cuando responden al sistema dispositivo, resultan relevantes pues fijan determinados parámetros a la actividad oficiosa del Juez en materia probatoria e impiden el mencionado desequilibrio procesal.¹⁵⁸

En fin, hoy en día en nuestro proceso peruano tenemos que ambos sistemas coexisten y además se complementan. *En el proceso civil no se puede prescindir de la actividad de las partes ni se puede impedir la actividad oficiosa del juez en el proceso*, por ello podemos deducir las siguientes conclusiones que nos ayudan a graficar el complemento de ambos sistemas:

- a) El proceso sólo se inicia por actividad del actor, nunca de oficio, pero el juez tiene el deber jurídico de calificar la demanda y declararla improcedente liminarmente si se encuentra incurso en alguna causal de improcedencia.

- b) Las partes son los sujetos del proceso naturales para aportar hechos y los medios de prueba que los respalde, pero el juez puede (sin afectar el derecho a la prueba) calificar los medios de prueba aportados y rechazarlos cuando son impertinentes, extemporáneos o inconducentes, además el juez tiene *la facultad* de realizar actividad probatoria oficiosa ante la deficiencia de esta actividad de las partes.
- c) El juez sólo debe resolver en base a los hechos aportados por las partes, nunca invocar hechos distintos, si lo hace su decisión se encuentra afectada de nulidad.
- d) No puede desconocer aquellos hechos afirmados por una parte y reconocidos o aceptados por la otra (no controvertidos) de los cuales no es necesaria actividad probatoria. Tampoco puede realizar actividad probatoria ante hechos notorios, imposibles, evidentes, presumidos por ley, etc.
- e) El juez debe resolver las pretensiones respetando siempre el principio de congruencia procesal, su inobservancia produce la nulidad de su decisión.
- f) Las partes y el juez tienen interés superior en el impulso del proceso para evitar su decaimiento, el proceso y su resultado no solo es de interés particular de las partes, sino de la sociedad en su conjunto, los decidido cuando alcanza la cosa juzgada, coadyuva a generar seguridad jurídica.
- g) Las partes y el juez tienen interés en evitar que el tejido procesal sea perjudicado por alguna mácula que impida llegar al dictado válido de la sentencia, por ello las partes tiene facultad para pedir la nulidad de los actos procesales y el juez el deber jurídico de expurgar todos los actos procesales que le impidan llevar a un buen puerto al proceso.

Finalmente para darle mayor solidez a la posición asumida conviene citar a Devis ECHANDÍA quien defendiendo el sistema inquisitivo en el tema de la prueba ha señalado que la democracia política, y, más, concretamente, el principio de igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad y el poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.

158 LAMA MORE, Héctor. "El juez y las pruebas de oficio". En hechos de la justicia en www.hechosde-lajusticia.org.

12. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA

Una serie de principios rigen el tema de la prueba¹⁵⁹ en nuestro sistema, así tendremos:

12.1. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD:

Denominado también de *preclusión* en materia probatoria, por este principio se impone a las partes la obligación de aportar al proceso medios probatorios sólo en la etapa postulatoria, en tal caso corresponderá ofrecer medios probatorios al actor conjuntamente con la demanda y el demandado lo debe hacer cuando conteste la demanda o con la reconvencción si la hubiera.¹⁶⁰

159 Sobre los principios de la prueba nuestra Corte Suprema ha señalado: "(...) entre los principios reguladores de la actividad probatoria encontramos, entre otros, el principio de necesidad de probar los hechos alegados por las partes; el principio que prohíbe al juez fundar su decisión en conocimientos propios adquiridos sin intervención de las partes; el principio de adquisición; el principio que preconiza que las partes no sólo deben tener la misma facultad para usar de los medios probatorios, sino también de la misma oportunidad para ofrecerlos y actuarlos (principio de eventualidad y preclusión); el principio de contradicción; el principio de lealtad, probidad y veracidad en materia probatoria; el principio de formalidad y el principio de intermediación en materia probatoria". Casación No. 4068-2006-Lima, publicada el 30.05.08. Con mayor precisión ha desarrollado el tema nuestro Tribunal Constitucional: "(...) así, entre otros, el medio probatorio debe contar con: *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho. *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes. *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida. *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria". STC No. 6712-2005-HC.

160 "De acuerdo al principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como se advierte de los artículos 425 inciso 5 y 442 inciso 5 del CPC, salvo las excepciones contenidas en los artículos 374 y 429 del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos; con este principio se busca impedir que una de las partes, provisto de medio probatorio de último momento, procure una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quien no habría podido

De esta manera los medios probatorios que se ofrezcan en un proceso para que merezcan la admisión deben ser ofrecidos en la oportunidad que señala la norma procesal, ello impide la práctica nociva que nos dejó el Código derogado, el cual permitía el ofrecimiento y actuación de medios probatorios documentales en cualquier estado del proceso.

El principio de eventualidad sostiene Gozaini consiste en pedir a las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso, de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad eventum* que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa.¹⁶¹

La norma procesal vigente señala que "los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código" (artículo 189), permitiendo la ofrecimiento de medios probatorios de manera extemporánea cuando se trate de hechos nuevos: "Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a *hechos nuevos* y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir" (artículo 429), asimismo el ofrecimiento de medios probatorios al momento de interponer el recurso de apelación: "solo en los procesos de conocimiento y abreviado las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de apelación o en el absolución de agravios..." (artículo 374). La prueba extemporánea es una respuesta a la necesidad de permitir el ofrecimiento de medios probatorio fuera del plazo de quien no lo pudo hacer valer oportunamente por alguna circunstancia, corriendo a su cargo explicar y probar que se trata de un hecho nuevo o que se generado después de concluida la etapa de postulación.

Todo medio probatorio que vulnere este principio debe ser rechazada por el juez, pues el ofrecimiento no se formuló en la oportunidad dispuesta por la norma procesal.¹⁶²

controvertir su eficacia probatoria, afectando su derecho de defensa". Casación No. 88-02-Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01.10.02.

Con posterioridad la misma Corte Suprema ha establecido la diferencia entre *preclusión* y *eventualidad*. "(...) por el principio de preclusión, entendemos que cuando se da por concluida una etapa, tal hecho impide el regreso a la anterior, salvo caso de nulidad; este principio es una garantía para las partes por cuanto cada una de ellas tuvo la certeza de que si expira una etapa o un término sin que la otra hubiera realizado determinado acto que debió llevar a cabo en esa ocasión, ya no podrá ejercerlo más adelante. Mientras el principio de eventualidad, si bien guarda relación con el de preclusión, pues toma como referencia las fases o términos del proceso, consiste en que si en determinada etapa o estado del proceso una parte puede realizar varios actos, debe llevarlos a cabo de manera simultánea y no sucesiva, esto es, todos en el mismo lapso". Casación No. 4068-2006-Lima, publicada el 30.05.08.

161 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2004. Pág. 506.

162 "(...) finalmente, en referencia a la supuesta valoración indebida de pruebas en razón de haberse

12.2. PRINCIPIO DE CONDUCTENCIA:

Nuestro Código Procesal admite la tendencia del Derecho Comparado al considerar que en situaciones determinadas las partes no pueden hacer uso de todos los medios probatorios regulados en la norma procesal, así tendremos que en el proceso ejecutivo sólo pueden ser utilizados como medios de prueba: la declaración de partes, los documentos y la pericia (artículo 700 CPC). En este caso no será conducente o idóneo el ofrecimiento de una inspección judicial o declaración testimonial, de ofrecerlo el juez no deberá admitirlos, pues las partes por disposición expresa de las norma tienen una limitación para el usos de estos medios probatorios.

Otro ejemplo donde prima la limitación para las partes del uso de los medios de prueba lo encontramos en el artículo 310 del CPC referido a la recusación, en el cual se señala que en el escrito donde se formula la recusación se deben ofrecer los medios probatorios, excepto la declaración del recusado.

12.3. PRINCIPIO DE PERTINENCIA:

Resultará impertinente todo medio probatorio que no tenga relación directa o indirecta con los hechos que configuran el material fáctico de la pretensión o los sustentados por la defensa y por lo tanto debe ser rechazado de plano. Esto quiere decir que es medio probatorio pertinente todo aquel que guarde esta relación y acercamiento con los hechos que sustenta la pretensión o la defensa. A este principio se le conoce también como de *congruencia en materia probatoria*, pues se busca

obtenido fuera de los plazos legales este tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC-TC (F.s. 26), concluyó que para que los medios probatorios sean admitidos, deben ser presentados en su oportunidad, esto es, deben guardar relación directa con el carácter de preclusión o eventualidad que debe tener la prueba y, en virtud del cual, toda prueba solicitada fuera de etapa deviene en inválida, puesto que existe una oportunidad procesal para solicitar la actuación de medios probatorios". STC No.05194-2007-HC/TC. Sobre la oportunidad del ofrecimiento de la prueba se ha pronunciado la Casación No. 3804-2006-Lima, publicada el 30.05.08: "(...) el colegiado, absolviendo el grado, por haber interpuesto recurso de apelación la entidad ejecutante, anuló el fallo del juez, y dispuso se expida nueva sentencia, para que se tomen en cuenta los medios probatorios acompañados por el apelante –ejecutante- en su escrito de apelación; sin advertir que de acuerdo con el principio de eventualidad y preclusión en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como se advierte de los artículos 425 inciso quinto 422 inciso quinto del CPC; con este principio, se busca impedir que una de las partes provista de algún medio probatorio de último momento procure una decisión en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quien no habría podido controvertir su eficacia probatoria, afectando el derecho al debido proceso. No obstante ello, el ordenamiento procesal establece una excepción a la regla y es la contenida en el artículo 374 del CPC, que establece que sólo en los procesos de conocimiento y abreviados, las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios, los que deberán presentarse en el escrito de apelación o de absolución de agravios, y únicamente cuando se dan las situaciones que prevén los incisos primero y segundo del referido numeral, lo que no se condice con el presente caso, por tratarse de un proceso ejecutivo.

que los medios de prueba estén vinculados de manera estrecha a los puntos controvertidos.

El sentido del término de pertinencia –sostiene Carolina SANCHIS- debe surgir de la necesaria relación entre el hecho que pretende probarse y el hecho o hechos conformadores del objeto del proceso y aportados por las partes. Deberán inadmitirse por impertinente los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes, notorios, también los excluidos por la ley.¹⁶³

El típico caso de impertinencia de medios probatorios que no deben ser admitidos por el juez lo constituyen aquellos que buscan probar hechos afirmados por una parte y no negados por la otra, lo que implica que no es necesario probar cuando se trata de hecho aceptado por la contraria. Este supuesto de impertinencia de un medio probatorio es regulado por el inciso 2 del artículo 190 del CPC.

12.4. PRINCIPIO DE NECESIDAD:

Cuando el mandato concreto derivado de la ley al verificarse en la realidad no encuentra realización (obediencia) entre los destinatarios del mismo, se hace necesaria la intervención judicial y ésta tiene lugar a través del proceso judicial, ámbito en el cual la prueba adquiere el significado particular. La necesidad de la prueba en el proceso judicial deriva del hecho de ser éste un instrumento de justicia que sustituyó la defensa privada de los derechos, extrayendo por ello todo su fundamento del carácter imparcial del órgano (estatal o eventualmente, privado, si las partes recurren a un árbitro que conduce el debate y decide la diferencia entre las partes, garantizando así la igualdad, necesariamente ausente en la lucha privada –lo que constituye la causa fundamental de su supresión-.¹⁶⁴

Por el contenido del principio de necesidad se puede afirmar que la prueba –ya en el proceso judicial- es absolutamente necesaria para resolver el conflicto de intereses, con la cual sólo se resolverá a favor de quien a través de la prueba probó la verdad de su afirmación y logró convencer al juez de ello. Aparece como necesario – base de este principio- que se use la prueba en el proceso judicial para resolver correctamente el conflicto, desterrando la arbitrariedad.

163 SANCHIS CRESPO, Carolina. "El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional". Op. Citada.

164 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 23 a 51.

12.5. NO RESOLVER EL PROCESO CON CONOCIMIENTO PRIVADO:

Este principio busca cimentar el principio del juez imparcial, de un juez no contaminado con los hechos del proceso, se trata de que el juez resuelva el proceso correctamente tomando en cuenta los hechos aportados por las partes a través de los medios de prueba idóneos o de lo que hayan sido aportados oficiosamente. Por ello, para Taruffo¹⁶⁵ resultan obvias las razones procesales de garantía del principio de contradicción y de controlabilidad de la decisión actual en la base de esta tradicional y conocidísima regla.

Si el juez tiene conocimiento privado de los hechos que sustentan el proceso, porque los presenció, porque le constan directamente debido a que estuvo presente cuando éstos se produjeron y pretende utilizar este conocimiento directo para resolver el conflicto, entonces, perderá su condición de tercero imparcial. Por lo cual, deber necesariamente separarse del proceso. Esto debido a que al conocimiento de los hechos debe llegar a través de la actividad de las partes del proceso nunca directamente.

Sobre este principio Quevedo Mendoza ha sostenido que en el proceso judicial, cualquiera sea su naturaleza, se le prohíbe al juez valerse del conocimiento privado, de los hechos que se someten a su decisión, que pueda haber adquirido fuera de los medios que la ley procesal dispone para la determinación en la sentencia de tales hechos. Agrega que entre el juez requerido para resolver un conflicto de derecho, y los hechos, cuyo conocimiento es indispensable para construir una decisión justa, alejados todo lo posible uno del otro –por imperativo de las normas básicas del orden natural y jurídico–, el único puente que la ley procesal tiende es la prueba, camino ineludible que debe recorrer aquél para arribar al conocimiento de tales hechos.¹⁶⁶

Se plantea en doctrina dos cuestiones muy importantes derivadas del conocimiento privado del juez a decir de Muñoz Sabaté, la primera es que, dando por sentado que no es conveniente que el juez pueda sentirse incómodo e inseguro desarrollando un pensamiento esquizoide, y que por tanto si conoce personalmente que algo, trascendental por supuesto, es distinto de lo alegado y probado, su deber es el de abstenerse de juzgar, la cuestión radica en saber si, liberado de este deber, puede en cambio ser llamado como testigo. La otra cuestión nos lleva a preguntarnos si suponiendo no se haya dado la abstención el juez hacer valer su conocimiento como simple argumentum.¹⁶⁷

“Uno de los principios reguladores de la prueba judicial es el llamado principio de la necesidad de probar los hechos alegados por las partes. Este principio se sustenta en la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe apoyarse la deci-

sión jurisdiccional tienen que estar demostrados con medios probatorios aportados al proceso por cualquier de las partes o por el propio juez en los casos y dentro de las condiciones que la ley señale; en consecuencia, para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva no es suficiente alegar hechos sin que dichos hechos alegados tiene que ser probados” Casación No. 3041-2002-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.04.

12.6. PRINCIPIO DE UTILIDAD:

Conforme a la doctrina aquí se debe ver la *cualidad* del medio de prueba, pues se debe cuidar *que éste sea el adecuado* para probar determinado hecho, *descartándolo si no es útil* para probar determinado hecho que interesa en el proceso.

En este caso quiebra este principio el ofrecimiento y admisión de los medios probatorios que tienen como propósito acreditar un hecho que no requiere probarse, es el claro ejemplo de un medio probatorio que busque destruir una presunción legal absoluta, verbigracia el principio de publicidad registral, por el que se presume que todas las personas de determinada comunidad conocen el contenido de un Registro Jurídico, sin admitir prueba en contrario. En este caso el medio probatorio sería totalmente irrelevante para el proceso pues no busca acreditar un hecho sino destruir una presunción infranqueable, en tal caso debe ser rechazado por el Juez. Supuestos de falta de utilidad de los medios probatorios los encontramos regulados en el inciso 1 y 3 del artículo 190 del CPC.

12.7. PRINCIPIO DE LICITUD:

Las partes no deben ofrecer ni el Juez puede admitir ni valorar aquellos medios probatorios que fueron obtenidos contraviniendo el ordenamiento jurídico, estos medios probatorios son ilícitos respecto a la forma como se obtuvieron. En realidad se trata de una forma irregular de la obtención de la fuente de prueba que más adelante se puede incorporar al proceso. Entonces, se estudia aquí la regularidad de la obtención de la fuente de prueba. Si esta es irregular de tal forma que atenta contra derechos fundamentales entonces hablaremos de la prueba ilícita, la cual no tiene cabida en el proceso civil, por quebrantar el principio de licitud de la prueba.

No cabe admitir por ello prueba prohibida expresa o implícitamente por la ley (v.gr. la declaración testimonial del hijo de una de las partes o la de su abogado en violación al secreto profesional) o válida de por sí pero adquirida en forma ilícita (v.gr. la confesión obtenida a través de la grabación clandestina o subrepticia o por el tormento).¹⁶⁸

165 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Op. Citada. Pág. 363.

166 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

167 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Pág. 153-154.

168 KIELMANOVICH, Jorge L. El "favor probatione" y demás principios sobre la prueba. Op. Citada. Pág. 169.

Este principio por cierto resulta de lo más polémico y que merece ser aplicado con mucha ponderación por los jueces, pues si bien la idea es desterrar del proceso cualquier medio probatorio que se haya obtenido o producido de manera ilícita (por violación de correspondencia, por interceptación telefónica, por violación de domicilio, debido a un secuestro y uso de violencia e intimidación para lograr la firma de un documento, el uso de la tortura, violación de la intimidad personal, etc.) se debe tomar en cuenta también si la norma jurídica violada (norma penal, delito en muchos casos) merece ser sacrificada por un valor de mayor relevancia e importancia. Esto hoy en día debe ser resuelto con bastante tino por los jueces, pues no es admisible resolver un conflicto con pruebas obtenidas contraviniendo este principio.

Una prueba que se haya obtenido grabando las conversaciones telefónicas de la cónyuge con un persona distinta a su marido (con quien sostiene una relación sentimental), sin autorización judicial, de hecho constituye un delito, pues de por medio se encuentra el derecho a no violentar las comunicaciones privadas y se puede decir el derecho a la intimidad, sin embargo, es el juez quien debe decidir si prefiere el respeto a la norma penal que prohíbe y sanciona la interceptación telefónica o deja de lado la posibilidad de conocer la conducta de uno de los cónyuges que violentó el deber de fidelidad en el matrimonio, difícil situación donde el juez al momento de decidir debe hilar fino, poniendo en la balanza ambas situaciones para determinar cuál de ellas debe primar y cuál se debe sacrificar. No es propósito de estas cortas líneas ahondar en este tema que además en doctrina es apasionante, simplemente dar alguna referencia sobre el particular. Sobre la prueba ilícita ampliaremos más adelante.

12.8. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN:

De hecho es un principio vinculado a todo proceso, en especial a todos aquellos procesos con vocación de oralidad, se trata de que el juez mantenga un contacto directo y permanente con las partes para conocer de cerca cuáles son las motivaciones generadoras del conflicto, cuáles son las expectativas de las partes respecto del proceso, determinar con la intermediación los motivos reales y concretos que los llevó a pedir tutela al Estado. Este principio también ayuda al juez a determinar si el material de prueba aportado por las partes tiene algún atisbo o sospecha de falsedad o falta de veracidad.

Una vez terminada la etapa postulatoria, cuando el juez tiene por escrito el dicho del actor (hechos de la demanda aparejados con medios probatorios para su debido sustento) y cuenta también con la posición del demandado (hechos contenidos en la contestación de demanda con sus respectivos medios probatorios) corresponde admitirlos y actuarlos, en esta segunda tarea el Juez tiene estrecha relación con las partes, por ejemplo cuando actúa la declaración de parte, cuando formula repreguntas, cuando actúa una inspección judicial, cuando busca la verdad de los

hechos, cuando intenta la posibilidad de una conciliación etc. lo que hace el juez es ejercitar intermediación, es durante la actuación de los medios probatorios donde realmente la intermediación toma la importancia que tiene en el proceso, pues es en este momento el juez de forma directa y sin admitir sustitución alguna actúa todos los medios probatorios admitidos.

La actuación de los medios probatorios directamente por el juez es importante en el proceso, pues permite tomar conocimiento de las actitudes, conductas y posiciones personales e íntimas de las partes, lo que le facilitará después la toma de decisión. Por ello es que nuestro ordenamiento establece que el juez participante en la audiencia de pruebas debe necesariamente emitir sentencia.¹⁶⁹

En suma, este principio permite que el juez, reciba de manera directa y sin intermediarios (salvo situaciones puntuales donde los medios probatorios se deben actuar por comisión —exhorto— por otro juez, básicamente por razones de competencia territorial) la actuación de los medios probatorios.

La doctrina conoce este principio como *motivo de prueba*, señalando que no es más que un factor estimulante de la percepción judicial que la concentra en un punto determinado y logrará con ello un juicio más exacto de valoración. La atención del juez, presupuestada por la percepción, puede llegar a insospechadas profundidades cognoscitivas, especialmente en aquellos medios de evidente calor humano, como la confesión y el testimonio. La presencia del juez asumiendo directamente las pruebas, es capaz de reducir los obstáculos aparentemente más irreductibles de ciertas materias *difficilioris probationes*.¹⁷⁰

169 El Tribunal Constitucional ha precisado sobre este principio: "(...) este principio procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta del mismo". STC No.2876-2005-PHC/TC. "(...) la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia". STC 6846-2006-PHC/TC. "(...) está relacionada directamente con el respeto al principio de intermediación, sobre el cual este tribunal ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1808-2003-HC/TC, que conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de intermediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria". STC No. 00173-2007-PHC/TC.

170 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso. Editorial Temis SA. Santa Fe de Bogotá 1997. Pág.127.

12.9. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:

Este principio tiene como objetivo principal que las partes del proceso tengan la oportunidad de conocer los medios probatorios que se ofrecen, que buscan ser admitidos y por tanto actuados. Esta oportunidad le permitirá a las partes ejercitar la posibilidad de hacer uso de las cuestiones probatorias, es posible por falsedad o nulidad (tacha) o proponer oposición a la actuación de los mismos.¹⁷¹ En todo caso permitir el uso de la vía recursiva cuando se admite un medio probatorio que atenta contra los principios ya citados, por ser extemporánea, por constituir prueba ilícita, entre otros supuestos.

Este principio alcanza también a la posibilidad de ofrecer medios probatorios que presente por ejemplo la parte demandada al momento de contestar la demanda, con ello se busca dar la oportunidad de ejercitar posibilidad de contradecir algún hecho afirmado en esta oportunidad.

Conforme a este principio las partes tienen el derecho a conocer de forma inequívoca las pruebas ofrecidas para cuestionarlas. La prueba en el proceso no debe ser oculta, más bien debe manifestar su existencia con los actos procesales pertinentes.

El procedimiento de la prueba precisa COUTURE no es sino una manifestación particular del contradictorio, como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un riguroso contralor del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas de otro litigante, por regla general es ineficaz (Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Pág. 129).

12.10. PRINCIPIO DE COMUNIDAD:

Este principio denominado también de *adquisición*, importa que el proceso adquiere para sí mismo, para formar parte integrante de él todos los medios probatorios que se incorporen (ofrezcan, admitan, actúen y valoren), de esta forma, ninguna de las partes puede ejercer "posesión o propiedad" respecto de algún medio probatorio incorporado al proceso, pues por este principio éstos *son adquiridos* por el proceso y forma parte de él indisolublemente, sin importar quien la aportó al proceso.¹⁷²

171 "El proceso se rige también por los principios de bilateralidad y contradicción, lo que significa que todos los actos procesales deben ser de conocimiento de las partes en el proceso, brindándoles la oportunidad de ejercer los recursos que les franquea la ley procesal. Estos principios aplicados a la actividad probatoria de las partes significan que las partes deben conocer oportunamente las pruebas ofrecidas por su contrario y admitidas por el juzgador de mérito, para así poder ejercer su derecho a objetarlas, tacharlas o producir nueva prueba". Casación No. 1304-97-Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.01.01.

172 "Basándonos en el principio de adquisición o comunidad probatoria, ninguno de los medios probatorios que obran en el proceso, y que fueran aportados por las partes, tienen, necesariamente,

Se deriva de este principio la posibilidad que el juez tome decisión contraria a los intereses del demandante utilizando un medio probatorio ofrecidos por el actor, esto implica que el juez toma la decisión judicial con determinados medios probatorios actuados sin considerar qué parte del proceso lo aportó, pues una vez incorporado validamente, deja de ser de las partes y se integra al proceso.

Así tenemos como corolario en este principio que la prueba no es de quien la aporta sino que una vez introducida válidamente al proceso pertenece a él y el juez puede utilizarla aun en contra de quien la incorporó al proceso.

LIEBMAN enseña que en virtud del principio de adquisición procesal un hecho puede ser declarado cierto aun a base de pruebas que no hayan sido proporcionados por la parte gravada con la carga, sino que se encuentren, como quiera que sea, existentes en los autos (porque hayan sido producidas, por ejemplo, por la parte, o por el ministerio público o procuradas de oficio por el juez).¹⁷³

Cuando hablamos de adquirir,¹⁷⁴ pensamos en todo lo que se incorpora al proceso, y siendo éste el producto de una actividad generada a partir de una relación tripartita, va de suyo que la utilidad de los actos que reporte cada uno será en beneficio de aquella unidad que, justamente, tiene el proceso. Llegado el litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quien la dice ni quien la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses discutidos en el pleito.¹⁷⁵

Sostiene García-Cuerva que tradicionalmente el principio de adquisición proceso despliega sus efectos en relación con la prueba propuesta y practicada, esto es, sobre el resultado de la prueba y no sobre las propuestas y admitidas. Más recientemente Picó distingue que existe un doble contenido de este principio. Por un lado, un contenido restringido, que es el tradicional antes explicitado. Y por otro lado, uno amplio, en cuya virtud la prueba simplemente admitida, la que se está practicando o la aportada inicialmente junto a los escritos iniciales de alegaciones puede generar eficacia procesal con independencia de la parte que la haya aportado o renuncie a ella. El fundamento de este segundo contenido radica en que la admisión de la prueba de una parte genera en la otra una legítima expectativa en cuanto a su realización que quedaría frustrada de raíz ante la renuncia sorpresiva de la prueba.¹⁷⁶

que beneficiar al oferente, dado que estos pertenecen al proceso y no a las partes". Casación No. 2004-01-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.11.01.

173 LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Ejea. Pág. 290.

174 "El principio de adquisición procesal que enarbola el proceso civil moderno, concede una "función expropiadora" por el que todos los actuados procesales que corren en el expediente pueden ser merituidos por el juzgador a efecto de satisfacer los fines a que se contrae el artículo 188 del CPC". Casación No. 3294-02-Camaná, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02.11.04.

175 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Op. citada. Pág. 506.

176 GARCÍA-CUERVA GARCÍA, SÍLVIA. "Las reglas generales del *onus probandi*". Op. Citada. Pág. 51.

13. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El juez durante la solución de controversias y concretamente para valorar el material probatorio, requiere de un sistema que lo ayude a definir cómo y de qué forma debe valorar¹⁷⁷, asignándole un peso determinado a las pruebas aportadas por las partes o dándole el valor que personalmente considere necesario a cada prueba.

En materia probatoria contamos con dos sistemas, puntualmente para el tema de la valoración de la prueba, así tenemos al sistema llamado de la *tarifa legal*, denominado también como el sistema de la prueba tasada, de valoración apriorística y el sistema de *libre valoración de la prueba*, conocido igualmente como sistema del íntimo convencimiento o de la apreciación razonada, apreciación posterior.

Ambos sistemas en la historia del derecho procesal fueron las guías del juez para que al momento de la tarea de valoración del material probatorio, pueda resolver respetando las reglas impuestas por el sistema que lo guía.

Ambos sistemas son incompatibles, su inclusión en la norma procesal depende de la posición que adopte el legislador a la hora de concebir bajo qué sistema el juez debe hacer la valoración de la prueba, o sujetándose a reglas pre establecidas que precisan previamente el valor que tiene cada una de las pruebas en el proceso o rigiéndose para la valoración personal e individual del material probatorio, sin tener parámetros pre establecidos del valor de cada medio de prueba.

Algunos autores han señalado como un tercer sistema de valoración al *de la sana crítica*,¹⁷⁸ sin embargo, otro sector de la doctrina menciona que ésta se

177 Precisa MONTERO AROCA que *apreciar y valorar, con relación a la prueba, no son sinónimas*, pues la primera tiene un significado más amplio que la segunda, de modo que en aquella se comprenden en realidad dos operaciones. En la apreciación de la prueba se encuentra implicadas dos actividades intelectuales claramente diferenciadas: *interpretación y valoración*. Por la primera entiende la actividad después de practicada la prueba lo que hace el juez primero, con relación a cada una de las fuentes-medios, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es con referencia una por una de las fuentes-medios. Se trata por tanto, sin atender el valor probatorio de establecer que es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, que es lo que realmente dice el documento. En cuanto a la segunda, establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuírsela mismo en la producción de certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc. MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" Op. Citada. Pág. 49.

178 Según COUTURE los criterios de valoración de la prueba son: a) pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia; b) sana crítica: remisión a criterios de lógica y experiencia, por acto valorativo del juez; c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos. COUTURE, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. Op.

encuentra comprendida dentro del sistema de libre valoración, entre ellos PALACIO LINO.

Veamos cada uno de ellos.

13.1. SISTEMA DE TARIFA LEGAL:

El antecedente histórico remoto de la tarifa legal lo encontramos en los sistemas que daban por demostrada la verdad siguiendo el resultado de una prueba de fuego, un duelo, juegos de fuerza o del azar, soportar la tortura, entre otras. Aquí no se había otra salida que admitir como válida una premisa cuando el sujeto sometido salía airoso de la prueba¹⁷⁹. Pero ello es sólo una reseña histórica que no se condice con la verdadera estructura del sistema de tarifa legal que fue mejorado ostensiblemente por el derecho romano y por el derecho canónico.

La aplicación bárbara de este sistema desapareció, BENTHAM¹⁸⁰ nos informa que a medida que esos conocimientos ideológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de juglería; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos; el hombre vigoroso que habría defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias de un juez.

La doctrina perfila al sistema de la *prueba tasada* como posición contrapuesta al sistema de *valoración libre*, considerándolas contrarias y excluyentes, opuestas.

Citada. Tomo II. Pág. 221. De la misma posición son MORILLO, SOSA Y BERIZONCE. En cambio DEVIS ECHANDÍA precisa que sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba* Op. citada. Tomo I. Pág. 91.

179 Según CABAÑAS este sistema tuvo su origen en el culto a las fuerzas sobrenaturales, propio de las más antiguas culturas. Así nació la "ordalia" (del latín *ordalium*, latinización del anglosajón "ordal", *juicio*, en relación a los dioses) en cuanto "juicio de Dios" en el que los seres todopoderosos se manifestaban acerca de la verdad de los hechos de los hombres. Agrega que en las civilizaciones antiguas convivieron la prueba testimonial, el juramento con conjuración y el juicio de Dios. La ordalia llegó a estar presente en civilización de diverso orden, como la semita, la griega (prueba de fuego, uso del duelo, etc.), pero sobre todo y especialmente, las más conocidas fueron las ordalías de la civilización germánica, tanto las del norte (escandinavos o góticos) como las del sur (tudescos). Cita como pruebas: el duelo, el fuego, el agua hirviendo, el agua fría, el *judicium feretri* o juicio de la barra, el *judicium offre*, *judicium crucis*, juramento con eucaristía. CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium. S.A. Madrid 1992. Pág. 74.

180 BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs. As. 1959. Pág. 10.

Sin embargo, MONTERO AROCA¹⁸¹ deja aclarado que hay que acercarse a los sistemas de valoración de la prueba sin el maniqueísmo habitual que parte de imputar a uno, el de la prueba legal todas las aberraciones imaginables y al otro, el de la prueba libre, todas las perfecciones de este mundo. En los últimos tiempos ha proliferado una literatura que difícilmente puede calificarse de científica, pues se ha partido en ella de un perjuicio deformador de la realidad.

COUTURE¹⁸² prefiere llamarle a este sistema el de *pruebas legales* (aunque esta categoría es rechazada por la doctrina) señalando que son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio. Del mismo parecer es GOZAINI¹⁸³ quien refiere que la prueba legal, tasada o tarifada, implica que el legislador determina apriorísticamente el valor que corresponde atribuir a la prueba, o impone o excluye a otros para la demostración de los hechos.

Nota principal de este sistema es que la norma legal establece *a priori* el valor que tiene cada prueba en el proceso, sometiendo al juez a la reglamentación establecida a la hora de valorar prueba. Este sistema le proporciona al juzgador parámetros normativos para el momento de valorar el material probatorio, los cuales pueden ser aplicables a todos los medios de prueba (tarifa legal absoluta) o dejarlo en libertad para la valoración de determinados medios de prueba y darle normas específicas de valoración rígida para otros (tarifa legal relativa).

Las partes que quieran probar determinado hecho cuando el proceso se encuentra sujeto al *sistema tarifario* deben necesariamente valerse de medios de prueba que la ley previamente ha calificado como idóneos y calificados para probar este hecho.

El sistema de prueba tasada tiene su justificación por la falta de certeza de las decisiones judiciales ("garantía de seguridad y certidumbre en el tráfico jurídico"), en este sistema por decirlo de alguna forma no se confía en la labor valorativa del juez, es por ello que le proporcionaba fórmulas pre establecidas de valoración a las cuales debe regirse escrupulosamente, las mismas se entienden con amplio contenido de experiencia del legislador respecto de lo regulado, permitiendo de esta forma una *valoración objetiva* (basada en la norma legal), desterrando cualquier valoración subjetiva ("estereotipación de la máxima de experiencia más idónea"). Con este sistema se piensa en desperdiciar las decisiones judiciales de arbitrariedad y ayudar en las decisiones a los jueces con falta de experiencia o que resuelven con ignorancia, sin la preparación adecuada (aunque estamos convencidos que un juez con estas características debe ser expurgado del sistema de justicia).

181 MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" Op. Citada. Pág. 53.

182 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Pág. 219.

183 GOZAINI, OSWALDO A. SANA crítica vs. prueba tasada. Conciliación de ideas en D.J. 1988-I-369.

CARNELLUTI rescata la eficacia de este sistema señalando que sirve para evitar las consecuencias nocivas de pruebas falsas admitidas por el juez, en la vía de la libre de apreciación, concluye que la prueba legal es la justicia misma. "ciertas reglas constituyen un poderoso medio de desinfección del proceso contra todos los bacilos de las pruebas falaces. Me refiero particularmente a los peligros de la prueba testifical y a la necesidad de estimular la formación del documento... cerrando las puertas del tribunal a los testigos siempre que sea verosímil que acerca del hecho a probar existe un documento, el sistema de prueba legal sirve, no sólo a la certeza, antes incluso que a ella, a la justicia..." (CABAÑAS. Op. citada Pág. 96).

Pero este sistema también tiene debilidades como por ejemplo que encorseta al juez, no lo deja razonar, no le permite generarse convicción propia, pues su decisión con relación a la valoración de la prueba se base en lo reglamentado previamente, llevando muchas veces a soluciones injustas e irracionales. La función del juez en este sistema pasa absolutamente inadvertida.

13.2. SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

Como ya dijimos al sistema de *libre valoración de la prueba* también se le conoce como sistema del *íntimo convencimiento*¹⁸⁴ o de la *apreciación razonada*¹⁸⁵, *apreciación posterior*.

El punto de partida para la diversificación de los sistemas de control es la "vinculación" que supone para el juez una determinada máxima de experiencia puesta en relación con algún medio de prueba. Cuando el juez goza de capacidad de maniobra para escoger aquella regla empírica que considera más adecuada a las particularidades del caso y, de acuerdo con ello, tiene por intrínsecamente buena (como fuente de prueba) la información contenida en el medio, estaremos antes el sistema de libre apreciación.¹⁸⁶

184 Aunque esta tesis es rechazada por un sector de la doctrina debido a que la *intima convicción* corresponde a los Jurados, los cuales resuelven sin estar obligados a motivar sus resoluciones, emiten sus veredictos sin razonar, sólo por una decisión tan íntima que sólo ellos la saben, los fundamentos de su decisión quedan ocultos, lo cual nos acerca a una valoración arbitraria e irresponsable, que en nada se parece a los parámetros que circundan al sistema de libre valoración.

185 ¿Existen diferencias entre libre apreciación y apreciación razonada? la posición de DEVIS ECHANDÍA sobre el particular resulta interesante, expresa que si quiere expresarse la libertad para la arbitrariedad, el razonamiento ilógico y la conclusión absurda, claro está que existiría una diferencia importante y se trataría de dos sistemas diametralmente opuestos; pero si la libre apreciación no significa desconocer la lógica, ni las reglas de la experiencia, y menos aun, las leyes naturales, sino la valoración crítica personal de acuerdo con estas normas obvias e implícitas en todo razonamiento humano, ninguna diferencia puede existir. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo I. Pág. 91.

186 CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil.* Op. Citada. Pág. 69.

Son notas características del sistema de libre valoración:¹⁸⁷

- a) El juez no tiene parámetros previos o apriorísticos establecidos en la norma procesal para valorar las pruebas.
- b) La tarea del juez al valorar es más bien libre: usa su capacidad crítica propia, personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre esta actividad el juez le concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto. No puede usar su apreciación personal aislada de las pruebas aportadas.
- c) Juzga los hechos litigiosos determinando cuál de ellos según su apreciación crítica, razonada y lógica, apoyada además en máxima de experiencia y psicología se encuentran probados, favoreciendo tal convencimiento al que llegó, a la posición de una de las partes.
- d) El juez tiene la libertad de formarse convicción con el análisis que realiza del material probatorio aportado por las partes u oficiosamente.
- e) La convicción (convencimiento de la verdad de los hechos) a la que llegó el juez con el análisis de material probatorio debe ser transmitido a las partes de forma adecuada: razonada y lógica, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad.¹⁸⁸

187 "(...) el principio procesal relativo a la libre valoración de la prueba está recogido en el artículo 197 del citado Código Procesal, el mismo preconiza que "todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada". Es que los medios probatorios actuados dentro de un proceso conforman una unidad y como tales deben ser revisados y meritados en forma conjunta, confrontándose los que apoyan la pretensión reclamada frente a los que la contradicen, para que a partir de dicha evaluación el Juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis. Por consiguiente, sólo será posible la infracción de tal precepto legal si la valoración probatoria resulta absurda, arbitraria, carente de racionalidad e ilógica, todo ello con el fin de evitar en su permisibilidad o en su regulación la distorsión de los objetivos del recurso y la desnaturalización de la finalidad uniformadora del recurso de casación". Casación N° 3899-2008-Cusco. "(...) el derecho a probar es considerado como una garantía implícita al debido proceso, que no sólo comprende el derecho a ofrecer los medios probatorios, sino también que estos sean admitidos y que finalmente sean valorados; la valoración del causal probatorio previamente aceptado al proceso, es una actividad mental atribuida única y exclusivamente al juez, quien con las reglas de la lógica, la ciencia, la técnica y de su experiencia compone los hechos, otorgándole jurídicamente el carácter de cierto. En tal sentido, en nuestro ordenamiento jurídico - artículo 197 del Código Procesal Civil-se ha incorporado la libre valoración de la prueba por parte del juez; actividad mental debe realizarse coherente y razonablemente, con el objetivo de emitirse una sentencia materialmente justa, ya que allí radica el límite a la libertad de valoración..." Casación N° 1207-2008-Lima.

188 Por ello Devis ECHANDÍA precisa con acierto que la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Por el contrario tiene bases reales y objetivas, como son los principios de la experiencia, la psicología, la lógica, que sin vincularlos previamente, lo cual excluiría toda apreciación personal. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 101. "(...) es así que la recurrente sustenta como agravio, entre otros, el que se haya contravenido el artículo 197 del CPC, norma que dispone que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo

- f) Debe ser operado este sistema por jueces debidamente preparados y honestos, que entiendan lo fundamental que es la actividad de valoración de la prueba en el proceso.

Se trata pues de un sistema donde la labor del juez resulta fundamental, de ella depende la correcta resolución del caso, en consecuencia de la eficacia de la decisión judicial. Pues el juez asume el deber jurídico de emitir su decisión de manera *razonada*, la cual necesariamente debe ser entendida en sus dos aristas, una interna y la otra externa. En cuanto a la primera debe entenderse como la operación interna que hace el juez para valorar, la cual debe realizarla respetando la lógica, psicología, las reglas de la experiencia, sana crítica, a ello suele llamarse *convicción razonada*. En la segunda el juez debe hacer públicas las razones que lo llevaron a la convicción, debe manifestar por escrito las motivos de su decisión, respetando lo antes mencionado, a ello le denominamos normalmente *motivación*.

Para los procesos civiles en nuestro sistema procesal se adoptó la *libre valoración*, es por ello que contamos con una norma emblemática sobre el particular "*todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión*" (artículo 196)

Sin embargo, algunos autores nacionales han entendido que convivimos con el sistema de tarifa legal, debido a que nuestro legislador ha establecido los llamados "apercibimientos" para los procedimientos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, concretamente en las pruebas anticipadas (artículo 296 del CPC). Sin embargo, discrepamos de esta posición, pues el ordenamiento procesal apuesta por el sistema de libre valoración, ya que la valoración de prueba sólo se presenta en los procesos contenciosos: de cognición y de ejecución. El juez en estricto no hace valoración de material probatorio en los mal llamados procesos no contenciosos de prueba anticipada, pues en realidad no hay litigio en ellos, se trata de mero procedimientos que sirven fundamentalmente para preparar un proceso en el futuro.

serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión; siendo esto así, el legislador le ha otorgado a los jueces la posibilidad legal y real de indicar en su sentencia, solo aquellos medios probatorios que son determinantes para adoptar la decisión conclusiva; siendo esto así, esta norma genérica, el artículo 197 del CPC, encierra todo el sistema valorativo probatorio de nuestro Ordenamiento Procesal Civil, de donde la doctrina ha señalado que nuestro Código Adjetivo se sujeta a un razonamiento judicial distinto a la legislación adjetiva derogada, es decir, que legalmente, se ha evolucionado del silogismo elemental, a través del método deductivo, a la escuela del derecho libre para arribar al razonamiento dialéctico, en donde "(...) las reglas serían; en primer lugar determinar, con precisión cual es el problema; lo que en nuestro ordenamiento llamamos fijación de puntos controvertidos, o sea conocer de qué estamos hablando, que tenemos que resolver. En segundo lugar, la argumentación, vale decir, la confrontación de posiciones, el debate que es esencial en la dialéctica para lograr la solución justa. En la etapa de la deliberación, lo que hace el Juez es verificar los hechos, interpretarlos y al mismo tiempo establecer el sentido de la norma aplicable. Finalmente (...) el Juez toma una decisión y le pone término a la deliberación con la sentencia (...) (la valoración razonada de las pruebas; Juan Luis Avendaño Valdez; Revista Peruana de derecho Procesal; Lima-Perú; marzo de 1998; página 336)".

Los apercebimientos señalados en nuestro ordenamiento procesal se han establecido como medios de apremio para los sujetos emplazados en el procedimiento vinculados a la prueba anticipada, tales como el reconocimiento ficto de documentos, certeza de la copia o afirmaciones del documento presentado en la exhibición y la declaración de parte ficta. Ello no implica la existencia de un sistema de tarifa legal, ya que esta prueba anticipada servirá como prueba fundamental para la iniciación de otro proceso, dentro del cual se hará la valoración de su contenido.

14. REGLAS DE LA EXPERIENCIA

El profesor Taruffo ha precisado que la conceptualización originaria de la idea de máxima de la experiencia (*Erfahrungssatz*) fue formulada por Friedrich Stein en 1893, en su conocidísima obra *El conocimiento privado del juez*. El concepto pasa luego a otras culturas jurídicas europeas, y en particular a la italiana por medio de la obra de varios procesalistas, entre los cuales sobre todo Francesco Carnelutti, hasta convertirse en una especie de lugar común y constituirse en objeto de una literatura más bien amplia. Según la definición de Stein, que es repetida por toda la doctrina subsiguiente, la máxima de experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, elle le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento.¹⁸⁹

Llamadas también "*máximas de experiencia*",¹⁹⁰ son el conjunto de conocimientos acumulados por el juez en el transcurso de su vida, como su denominación lo indica se trata de "experiencia de vida" (personal, profesional, conocimiento común y especializado) que tiene el juez que se han ido generando con el transcurso del tiempo. Este cúmulo de conocimientos le ayuda al juez en la tarea de valoración de la prueba, como en cualquier ámbito de nuestras vidas.

La experiencia es fundamental para regir nuestros destinos, la utilizamos cuando hacemos la función de padres con nuestros hijos, hacemos uso de ella para

189 TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Editorial Temis. Bogotá. 2006. Pág. 125.

190 DE LA RÚA las denomina "*normas de la experiencia*", son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles. La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación, que será controlable en casación. La motivación, pues, será falsa, cuando una de sus premisas esté constituida por un hecho no cierto, incompatible con la experiencia misma, como por ejemplo si se admite que se puede atravesar una pared de cemento con un cuchillo; o incompleta, si una de las premisas está dada por un hecho que se pretende la experiencia común, cuando en realidad exige una demostración particular sustentada en las pruebas, como si v.gr. se atribuyen a ciertas enfermedades determinados efectos prescindiendo del dictamen pericial. DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación*. Editorial Victor P. de Zavalla. Buenos Aires 1966. Pág. 186.

tomar una decisión profesional o personal, para desarrollar cualquier actividad por más cotidiana que ésta sea. La experiencia se encuentra presente en nuestras vidas como algo inherente al ser humano, el hombre captura experiencias en el día a día, sus conocimientos adquiridos se encuentran conformados por eventos sucedidos en el pasado que fácilmente reconoce, para ponerlos en práctica.

La experiencia del hombre le ayuda a desarrollar con mayor éxito determinadas tareas, sean estas físicas o intelectuales. Los eventos sucedidos en nuestra vida que nos sirven de experiencia en el futuro son determinados por nuestros sentidos (de forma sensorial, física, presencial, etc.) son ellos los que los identifican plenamente, los clasifican y nos permite poderlos usar en determinado momento. Así hemos aprendido que el fuego quema y es dañino, que hay bienes y sustancias que son peligros en su uso para el ser humano (armas de fuego por ejemplo, químicos, monóxido de carbono, exposición solar, etc.), que la corriente eléctrica puede causarnos la muerte, que es mejor casarse teniendo un empleo que desocupado, etc. Este conocimiento que es adquirido durante el transcurso de nuestras vidas y que además aceptado por los miembros de una comunidad forma parte del *conocimiento común o cotidiano*, sin embargo hay conocimientos que subyacen en el ejercicio de una profesión o actividad intelectual, que forman parte de un conocimiento de mayor importancia, llamado también *conocimiento especializado*.

Cada uno de nosotros tenemos un conjunto de conocimientos adquiridos sensorialmente o por otra forma (normalmente derivan de la observación y de la experiencia que se adquiere en sociedad) que integran nuestro conocimiento, el cual es distinto al de otro sujeto. Con lo que tenemos que las máximas de una persona son totalmente distintas a la que maneja otra.

Las máximas de experiencia son el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o solo con el vivir. Esos conocimientos son utilizados para apreciar la prueba.¹⁹¹

Sin embargo, hay que decir que las máximas de experiencia no resultan absolutas, son un fenómeno temporal y espacial, el transcurso del tiempo, el avance de la tecnología y las nuevas experiencias del hombre hace que se asuman nuevas máximas dejando otras de lado, porque se dan por superadas y poco útiles.¹⁹²

191 KISCH, citado por RONALD ARAZI en la prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 71.

192 "Conforme a la doctrina de la Sala, las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han incluido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos". Tribunal Supremo de Venezuela en el proceso seguido por Humberto Contreras Morales contra el ciudadano Jorge Joaquín Ribeiro Bertao.

CABAÑAS hace un desarrollo interesante respecto del proceso de formación de las máximas de experiencia, señalando que las reglas o máximas de experiencia presentan ante todo una condición ambivalente: de un lado integran una categoría *única*, al estar compuestas por un acervo de conocimientos recabados por la persona en sus distintos procesos de percepción sensorial y física (inclusive basada en la experimentación de sentimientos e intuiciones). Más, de otro, no deja de ser categoría variada; tan amplia de hecho, como lo pueden ser todas las fuentes del saber humano. Es así como se habla de reglas (de experiencia) psico y sociológicas, de las derivadas de los usos y costumbres, de las científicas (de la ciencia de la naturaleza), etc. Todas ellas podrían ser resumidas en un término más general: representan máximas culturales.¹⁹³

Pero estas máximas de experiencia sirven en el proceso, según la posición de STEIN¹⁹⁴ pueden estar presentes en cuatro aspectos:

- a) En la actividad de apreciación de los medios de prueba.
- b) En la construcción de las presunciones judiciales.
- c) En la formación de la sentencia: aplicación de las normas sustantivas a los hechos probados.
- d) En la exégesis e integración de aquellas definiciones legales o conceptos jurídicos abiertos que requieren ser completados en atención a la noción de lo consuetudinario, a la naturaleza de la relación jurídica o de las cosas, o a ciertas conductas humanas exigibles (buena fe, equidad, etc.).

En la actuación de medios de prueba el juez con el principio de intermediación utilizando máximas de experiencia puede irse formando convicción al detectar por ejemplo si la parte que presta su declaración tiene sudoración, tiene respuestas tibias, tartamudea, no son convincentes sus respuestas y está extremadamente nervioso, utilizando la experiencia ganada por el juez en su actividad cotidiana podría concluir que el declarante está mintiendo. Lo mismo ocurriría con un testigo.

En fin, las conductas de las partes pueden ser valoradas partiendo de máximas de experiencias, como es el caso de los sujetos que se niegan a proporcionar muestras de material genético para la realización de una prueba de ADN que facilite la resolución de un proceso de filiación extramatrimonial. La experiencia aconseja en este caso que si el demandado niega ser el padre biológico del menor por el cual se discute la filiación, y está seguro de su posición no dudará un instante en someterse a esta prueba científica. Por ello esta conducta del demandado debe ser valorada en sentido negativo.

193 CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Op. Citada. Pág.60.

194 STEIN, FRIEDERICH. *El conocimiento privado del Juez*. Universidad de Navarra. Traducción Oliva Santos. Pamplona 1973. Pág. 64-84.

La adquisición de un inmueble en la zona comercial conocida como "Gamarra" nos lleva a pensar que su adquisición se hace con el propósito de ser explotado en la comercialización de ropa, confecciones y afines, con el propósito de que esta actividad lucrativa le procure un ingreso a su adquirente. La experiencia nos lleva a deducir aquello, no se puede pensar que la adquisición (por lo menos no es la orientación de las máximas de experiencia) se realizó para tenerlo cerrado y venderlo con posterioridad.

En los contratos de adhesión podemos deducir como máxima de experiencia que existe una parte económica fuerte y un consumidor sumamente débil, la primera que aprovecha su posición para incluir en los contratos cláusulas que no pueden ser discutidas, imponiéndolas. Aunque con ellas la contratación sea más ágil.

En realidad las máximas de experiencias son de mucha utilidad para el juez en el trabajo deductivo que realiza al valorar el material probatorio, ya que las máximas de experiencias constituyen valoración sobre hechos, al interpretarlos, comprenderlos, estimarlos, pero no cualquier hecho sino los hechos vinculados al tema *probandum* del proceso. De la interpretación de los hechos que se van a probar en el proceso depende la elección de la norma jurídica que se debe aplicar al caso concreto.¹⁹⁵

195 Ante el Tribunal Supremo de Venezuela se propuso como agravio la violación de una máxima de experiencia: "El formalizante sostiene que *constituye una máxima de experiencia que la negociación que tiende a la ejecución de un mero proyecto urbanístico no se realiza mediante un contrato formal y definitivo de compra venta sino de una opción o pre-contrato que prepara la conclusión del contrato definitivo una vez presente y corporea la unidad que se desea*". El Tribunal sostuvo: "...Dada la función unificadora de la legislación y uniformadora de la jurisprudencia de la casación, la denuncia de una máxima de experiencia supone la demostración de que la misma fue empleada por el juzgador en la premisa mayor del silogismo, integrándola a la correspondiente norma jurídica fundamento de la decisión, que es, en definitiva, la norma que resulta infringida. Por tanto, el formalizante que denuncia la violación de una máxima de experiencia, debe alegar la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, con precisa indicación de la máxima de experiencia infringida, la infracción de la correspondiente norma jurídica y dar cumplimiento a los requisitos que al efecto establece el ordinal 3º del artículo 317 del mismo Código. En la denuncia que se examina, el formalizante sostiene que la recurrida sacó elementos de convicción fuera de los autos al afirmar que el contrato de servicios no incluía la discusión del contrato colectivo pues el mismo nunca se incorporó a las actas del proceso, ello no podría constituir la violación por parte de la recurrida de la violación de una máxima de experiencia, ni se da cumplimiento a los requisitos señalados para denunciar la violación de una máxima de experiencia. Por otra parte, se reitera, si el formalizante considera que la recurrida afirmó lo falso, ha debido denunciar el vicio de suposición falsa, lo que no hizo. Por otra parte, el formalizante sostiene que la recurrida fundamentó su decisión en que la discusión del contrato colectivo era un asunto ocasional y extraordinario y, por tanto, su pago no se encontraba comprendido dentro de la remuneración mensual del demandante, lo que a su decir, no le era dable, pues si bien se puede fundar en una máxima de experiencia, lo afirmado no es mas que una apreciación personal perfectamente discutible. En la denuncia que se examina, el formalizante omitió dar cumplimiento a los requisitos antes señalados para denunciar la violación de una máxima de experiencia, pues no demuestra que la recurrida haya empleado una máxima de experiencia en la premisa mayor del silogismo, ni que la haya integrado a una concreta norma jurídica, ni denuncia la violación de alguna disposición legal. Proceso seguidos por Arturo Pacheco Iglesias y otros contra la sociedad de comercio Inversiones Pancho Villas, c. a.

Como lo sostiene STEIN cuanto más moderno es el precepto jurídico más fácil es encontrar una técnica legislativa en donde las normas expresan su supuesto de hecho apelando al conocimiento que puede tener el juez de lo que es usual o es técnico. El juez necesita para interpretar y aplicar la norma jurídica lo que llamamos máximas de experiencia, es decir, definiciones o juicios hipotéticos de contenido general procedente de la experiencia.¹⁹⁶

El maestro Argentino PEYRANO sostiene la tesis de que las "reglas de la sana crítica" y las "máximas de experiencia" son lo mismo, son el mismo producto. La primera formulación proviene de la doctrina española y es frecuente su uso en los cuerpos legales. La segunda, en cambio, reconoce fuentes germanas y no cuenta con numerosas alusiones legislativas. Pero algo más diferencia (aunque sea lo mismo, en esencia) a los referidos institutos jurídicos: las máximas de experiencia han sido identificadas jurisprudencialmente en mayor número que las reglas de la sana crítica que permanecen en una mayor penumbra. De todos modos sea a título de "máximas de experiencia" o de "reglas de la sana crítica", lo cierto es que constituye una tarea pendiente y premiosa identificar dentro del océano de precedentes judiciales cuáles máximas de experiencia (o reglas de la sana crítica, da lo mismo) son las aceptadas.¹⁹⁷

Las máximas de experiencia se encuentran presentes en los dos sistemas de valoración:

- a) En el *sistema de la tarifa legal* la máxima de experiencia se la proporciona el legislador al juez, parte de la voluntad del legislador, en ella le indica cómo debe valorar los medios de prueba. Se trata de la experiencia colectiva cifrada en norma legal con contenido coercitivo. Es una experiencia legislada, llamada también máxima legal
- b) En cambio, en el *sistema de libre valoración* las máximas de experiencia corresponden al juez, quien las opera de manera libre, sin ningún tipo de disposición legal que lo obligue a utilizar una u otra en tal o determinado sentido. Se les denomina también máximas empíricas, éstas son útiles para el juez en la tarea deductiva al valorar el material probatorio, pues con ellas se efectúa la valoración sobre hechos.

Pero la doctrina en cuanto a la aceptación en el proceso de las máximas de experiencia no es pacífica, encontramos al profesor Taruffo en la posición antagónica a la aceptación de la tesis de la máxima de experiencia por considerarla una categoría poco rigurosa en el proceso. Por un lado sostiene el maestro italiano que el concepto de máxima de experiencia es, por lo menos en el uso que se ha hecho de él, intrín-

secamente ambiguo. Si se lo entiende de verdad en sentido riguroso, apoyándose en la naturaleza *general* de la máxima, entonces se debería concluir que tiene una extensión limitadísima: en efecto incluiría tan solo pocas vulgarizaciones de leyes científicas, puesto que la inducción fundamentada en la experiencia (al contrario de cuando consideraba Stein) no conduce por sí sola a formular ninguna regla general. En esta perspectiva la racionalización de la experiencia y del sentido común funcionarían tan solo para áreas muy limitadas, pero la mayor parte de las nociones que el juez emplea seguiría sin ser racionalizada. De otro lado, concluye que ciertamente, los instrumentos de los cuales el juez debe servirse para desarrollar razonamientos racionales, controlables y justificados son ahora más complejos y difíciles de emplear de lo que se pensaba en el pasado: la lógica moderna de la argumentación no es ya la aprendida durante los estudios escolares de filosofía; la ciencia es infinitamente más extensa y sofisticada, la experiencia "común" ya no existe, y el sentido común es lo más vago, incierto y confuso que se pueda imaginar.¹⁹⁸

15. SANA CRITICA

En lenguaje natural *sana crítica* —según FALCÓN— es una construcción nominal sustantiva, en la cual el adjetivo "sana" califica una cualidad permanente de "crítica". En las construcciones nominales o grupos sintácticos nominales, el objeto del adjetivo consiste en precisar la significación del sustantivo, pues lo especifica. El adjetivo *sano* con el sustantivo *crítica* significa "libre de error y de vicio; principios sanos, doctrina, crítica sana". Por su parte crítica puede tomarse como "arte de juzgar la bondad, verdad y belleza de las cosas". Y arte es "conjunto de preceptos o reglas necesarios para hacer bien una cosa". De estos tres conceptos podríamos extraer que *la sana crítica es un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre de error o de vicio.*¹⁹⁹

Conforme a los estudios realizados el vocablo *sana crítica* señalan por un lado tiene su origen en el Reglamento del Consejo Real de España de 1846 (según De Vicente y Caravantes en los arts. 147 y 148 que señalaba que el Consejo apreciase "según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones"²⁰⁰), otros señalan como antecedente la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España de 1881. Otros antecedentes ponen de manifiesto que el término *sana crítica* fue expuesto por primera vez por D'ALEMBERT en el discurso preliminar de la Enciclopedia Francesa.

Suele decirse que el sistema de la *sana crítica* nace para evitar que el juez en el sistema de libre valoración llegue al extremo de la arbitrariedad guiado por impul-

196 Citado por GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 211.

197 PEYRANO, Jorge W. "Aproximaciones a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba — I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 215 a 223.

198 TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Op. Citada. Pág. 127.

199 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Editorial Astrea. Bs.As. 2003. Pág. 564 – 565.

200 Citado por VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Editorial Astrea. 2da. Edición Actualizada y ampliada. Bs.As. 2004. Pág. 157.

esos afectivos, sin tomar en cuenta las reglas de la lógica, la experiencia y del mismo expediente y para combatir la rigidez de la sistema de tarifa legal que evita la propia convicción del juez. Por ello un sector de la doctrina lo considera como un sistema intermedio, denominado también *tesis trialista* que arrancó con la posición de LESSONA (prueba positiva o legal, del íntimo convencimiento y de la persuasión racional). Admiten dicha tesis tripartita ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, VELEZ MARICONDE Y COLOMBO.

Nos encontramos en el sistema de la *sana crítica* llamado también de *persuasión racional* cuando el juez le asigna el valor que considera el correcto a las pruebas del proceso, para lo cual debe basarse fundamentalmente en reglas de la *lógica*, la *ciencia* y la *experiencia*. Ello quiere decir que la valoración debe estar enmarcada en criterios de razonabilidad, en máximas de experiencia que aporta el juez y en los conocimientos técnicos que forman parte de su formación.

Sosteniendo la condición de sistema de valoración que se enfrenta al de tarifa legal VARELA precisa que la *sana crítica* implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. Agrega que el criterio valorativo debe estar basado, en consecuencia, en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a juzgamiento, y no debe derivar sólo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Al mismo tiempo requiere de la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del juez, sean aplicables al caso.²⁰¹

AMILCAR BAÑOS destacando el aspecto positivo de la expresión *sana crítica* ha precisado que tiene sentido esencialmente programático, pues sólo señala un método o directiva al juzgador, desde que le prescribe con términos de amplia generalidad que valore las pruebas en forma razonada y reflexiva.²⁰²

COUTURE precisa que la *sana crítica* está integrada por reglas del correcto entendimiento humano contingencias y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios en que debe apoyarse la sentencia. Para ello el juez se basa en dos principios fundamentales: de acuerdo a las reglas de la lógica y aplicando reglas de la experiencia. Considera también que la *sana crítica* es un sistema intermedio entre la *prueba legal* y la *libre convicción*. (Fundamentos de derecho procesal civil. Ob. Citada. Pág. 144)

En ese mismo sentido se expresan los siguientes fallos judiciales:

1. Sostiene la Corte Suprema de Chile que "apreciar la prueba conforme a la *sana crítica*, como lo dispone el artículo 455 del Código del Trabajo, exige el descu-

201 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 158.

202 Citado por SENTIS MELENDO, Santiago en *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1967. Tomo I. Pág. 413.

brimiento de la verdad procesal por los medios que aconseja la *recta razón* y el criterio puesto en juicio, donde los sentenciadores deben asesorarse por sus *conocimientos técnicos*, su *experiencia personal*, la *lógica*, el *sentido común*, el *buen juicio* y la *recta intención*". (Corte Suprema 17.03.05 Gaceta Jurídica, año 2005, Marzo No. 297, Pág. 236 en www.colegioabogados.cl/revista).

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia manifestó que "las reglas de la sana crítica según la doctrina, son máximas de experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes – medios de prueba. Esas máximas no deben ser codificadas, pero si han de constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados..." (Sentencia No. 1794/2004, en www.nodo50.net/casca).
3. "...para variar tal decisión y de un modo tan significativo, era menester que el fallo impugnado desarrollara razonadamente los motivos por los que se efectuaba tal aumento. Debía entonces, a su turno echar mano a las reglas de lógica o máximas de experiencia, en relación con la prueba y exponerlas, lo que no ocurrió y se hizo una apreciación no expresada en el fallo, que llevó a efectuar el aumento inusitado e infundado del monto de la indemnización que allí se contiene. Esta apreciación sin lugar a dudas, no corresponde al ejercicio de la *sana crítica*, porque no emana de las circunstancias anteriormente expresadas o de las normas de la experiencia, ni constituyen una conclusión razonada, sino parece provenir del mero arbitrio de los sentenciadores". (Casación del 04.06.02, Rol No.2.655-201 Corte Suprema de Chile en www.cdeci.cl).
4. "...para que exista quebranto a la sana crítica, tal violación debe versar sobre una prueba que racionalmente no sea capaz de producir en el juzgado certeza, se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia del común de las personas, se analice arbitrariamente un elemento de juicio o el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestran cosa diferente a la que se tiene como cierta con base a ella" (Tercera Sala de la Corte Suprema de San José de Costa Rica 21.12.90 en www.poderjudicial.go.cr)

No compartimos la idea de que la *sana crítica* sea en realidad un sistema de prueba intermedio entre el sistema de *libre valoración* y el de *tarifa legal*, por lo que preferimos ubicarlo como *reglas* utilizadas por el juez en la valoración de la prueba, plegando nuestra posición a la existencia de la *tesis dualista*. "Sólo hay dos formas de apreciar la prueba: fija el valor el legislador o lo establece libremente el juez. La mayor o menor motivación de la sentencia por parte del juez no justifica la inclusión de un tercer sistema".²⁰³

203 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*. Tomo I. Op. Citada. Pág. 86.

Por ello sostenemos que las llamadas *reglas de la sana crítica*²⁰⁴ se encuentran vinculadas a una valoración sustentada en reglas lógicas, en un eficaz razonamiento, en máximas de experiencia, en la prohibición de excederse en abstracciones intelectuales, en el conocimiento técnico que tiene el juez, en el sentido común, en el buen juicio del juez al determinar en base al material probatorio que hechos aparecen probados en el proceso. Corresponderá al juez formarse convicción utilizando adecuadamente *las reglas de la sana crítica*.²⁰⁵

FALCÓN propone que la sana crítica constituye *un método científico*, compuesto por las nueve reglas destinadas a la actividad operativa del juez que en síntesis dicen: a) solamente se prueban los hechos alegados en tiempo y forma; b) los hechos por probar deben ser controvertidos; c) corresponde aplicar primero las reglas de la prueba tasada, sean tales o provengan de la prueba legal; d) es necesario ordenar los medios de prueba en una graduación estática que nos presente los que son más fiables que otros y tienen que ser más ciertos; documental, informativa, confesional, pericial, testimonial; e) en función de los hechos de la causa hay que buscar, por medio de la faz dinámica de la prueba, los medios idóneos correspondiente a cada hecho; f) para poder tener la comprensión final del conflicto, hay que examinar los medios en su conjunto y coordinarlos con los hechos a fin de obtener una solución única; g) cuando los restantes elementos no son suficientes hay que aplicar las presunciones; h) como última vía para determinar los hechos, resultarán útiles las reglas de la carga de la prueba; i) finalmente habrá que narrar el desarrollo de la investigación y de las conclusiones sobre el conflicto de modo tal que el relato demuestre que se ha adquirido la certeza en virtud de un procedimiento racional controlable, donde también se podrá utilizar como elemento corroborante la conducta de las partes en el proceso.²⁰⁶

Pese a lo expresado existen muchos Códigos modernos han asumido a la *sana crítica* como punto de partida fundamental en la valoración (Colombia, Argentina²⁰⁷, España, entre otros).

204 Sentis Melendo colabora con su posición al determinar que *las reglas de la sana crítica*, no son otras que las prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras de carácter permanente y las segundas variables en el tiempo y en el espacio. SENTIS MELENDO, Santiago en *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1967. Tomo I. Pág. 418.

205 FALCÓN explica que la "sana crítica" no está sola sino que tiene una serie de reglas. ¿Dónde están las reglas? Pues bien, esas reglas están incluidas en las ciencias (experimentales, como la física; culturales, como la historia); en la técnica (como derivado necesario de la ciencia en su aplicación); en las reglas de la experiencia; en la lógica, por dos vías: como Marco para las demás actividades científicas, técnicas o experimentales, y por la vía argumental en la exposición de la sentencia. Todos estos elementos están sometidos al marco de la normativa jurídica, cuyas reglas también integran la sana crítica. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Págs. 572-573.

206 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Pág. 587-588.

207 Art. 386 del CPN "salvo disposición legal en contrario, los jueces formaran su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

16. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Una de las actividades más delicadas que realiza el juez en el proceso está referida a la *valoración de la prueba*, de esta actividad fundamentalmente cognitiva que realiza el juez dependerá el resultado final del proceso. La actividad de valoración de la prueba está vinculada de manera muy estrecha al deber de motivación que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones. A esta actividad que le es exclusiva al juez y es la más importante en el proceso. Se le conoce también como *apreciación de la prueba*.

Si prueba es la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que afirman existentes en la realidad, la valoración es la actividad judicial que consigue el convencimiento o lo rechaza. Esta actividad judicial se desarrolla en la sentencia. La valoración de la prueba concreta el último paso de juicio lógico que realiza el juez en su sentencia y es la conclusión positiva o negativa sobre la existencia de los hechos que se alegan en el proceso.²⁰⁸

Para la valoración de la prueba el juez debe definir en primer orden en qué sistema de valoración se encuentra (de tarifa legal o de libre apreciación), pues dependiendo de ello es que realizará esta actividad, pues no es lo mismo valorar bajo el sistema de tarifa legal donde el legislador le asigna valor previo a los medios de prueba, que el sistema le deje en libertad al juez de asignarle valor a cada medio de prueba. En este segundo sistema de valoración el juez tiene una facultad de valoración más libre que en la de la tarifa legal.

Esta actividad mental del juez no es producto del azar, es más bien reflexiva y tiene fases que se deben dar de manera copulativa y simultánea, por ello compartimos la opinión de Devis ECHANDÍA²⁰⁹ cuando señala que la función valorativa está basada en tres aspectos:

- *La Percepción*: Aquí el juez entra en contacto con los hechos a través de la percepción u observación. Esta es una operación sensorial. Se trata de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas, etc.
- *La Representación o reconstrucción*: Una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, ya no separadamente sino en conjunto. Se puede hacer por la vía directa o por la inducción, infiriéndolos de otros hechos, o también deduciéndolos de las reglas generales de la experiencia.
- *El Razonamiento*: Es la etapa intelectual de la valoración, del razonamiento o raciocinio. Esta fase se desarrolla de manera simultánea con cualquiera de las anteriores.

208 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 213.

209 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 275 a 278.

Nuestro sistema procesal (art. 197²¹⁰) se plegó sin lugar a dudas al *criterio de libre apreciación de la prueba*, razón por la cual en la actividad de valoración le exige al juez como deber "valorar la prueba en forma *conjunta*²¹¹ y *razonada*".

Con lo cual le señala como pauta al juzgador que él es libre de dar el *valor* que *libremente* le asigne a cada prueba aportada validamente al proceso por las partes o de forma oficiosa, tomando en cuenta la realidad procesal en la que se encuentra.

En esta actividad el juez usa su capacidad crítica propia, personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre – la actividad de valorar la prueba – el juez concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto. No puede usar su apreciación ni conocimiento personal aislada de las pruebas aportadas.

La convicción (convencimiento de la verdad de los hechos) a la que llegue el juez con el análisis de material probatorio debe ser transmitida a las partes de forma adecuada (por escrito a través de una resolución judicial): *razonada y lógica*, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad. La lógica es fundamental en la etapa de valoración, sin ella no podríamos expresar las conclusiones a las que hemos arribado con un correcto razonamiento. Las posibilidades de determinar inferencias de

210 "Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

"(...) el Colegiado afirma que valorará las pruebas en forma conjunta pero, de otro lado, indica que no tiene obligación de referirse a todas ellas. Al respecto, es preciso establecer ciertas diferencias: no es lo mismo valorar en forma conjunta y razonada de la prueba, que consignar de manera expresa en la decisión final las pruebas que sirven para sustentar el fallo; lo primero se circunscribe dentro de la esfera subjetiva del magistrado, pues se trata de una actividad mental, mientras lo segundo se despliega en el ámbito objetivo y constituye la exteriorización y concreción de esa actividad. El artículo 197 del CPC diferencia estos ambos cuando señala textualmente: Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando la apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión", es decir, pese a que la ley obliga a los magistrados a valorarla prueba en forma conjunta, a la vez les concede la facultad o potestad de plasmar en su fallo sólo las pruebas esenciales que sustenten su decisión". Casación No. 2428-2006-La Libertad, publicada el 31.05.07. "(...) una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios de las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la *valoración conjunta y razonada de las pruebas* incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o *in jure* (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma)". Casación No. 5080-2006-Arequipa.

211 "El principio de unidad del material probatorio, establece que todos los medios aportados al proceso forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados, confrontando uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme". Casación No. 810-2004-Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.05.

los hechos del proceso lo debemos a la posibilidad mental que tenemos de hacer labor inductiva, lo mismo sucede cuando hacemos actividad mental deductiva, por ejemplo de las reglas de experiencia.

La valoración razonada del material probatorio evita la emisión de decisiones judiciales *arbitrarias y absurdas*.

Se entiende por *sentencia arbitraria* a la decisión que no se condicen con las pruebas aportadas en el proceso sino que forman parte de la voluntad unilateral y antojadiza del juez, es decir, las que ponen de manifiesto la omisión del deber esencial en su función: valorar la prueba. También lo son aquellas que no tienen ningún tipo de respaldo legal. Lo son de igual forma aquellas decisiones que se sustentan en una valoración parcial o sesgada del material probatorio o las que hacen valoración aislada, fragmentada de los medios de prueba sin integrarlos con criterio de unidad. Reciben igual criterio las sentencias que ignorar los indicios y presunciones que emergen del material probatorio.

Se usa el vocablo *sentencia arbitraria* (utilizando un adjetivo) para descalificar una sentencia que puede haber incurrido en algunas de las irregularidades antes mencionadas (o en otras similares) las cuales indudablemente afectan el *derecho al debido proceso* de las partes. Fundamentalmente la sentencia es arbitraria cuando el juez va mucho más allá de la facultad que le asigna el ordenamiento procesal para *valor libremente* y darle a cada prueba aportada el valor que su criterio le aconseje. Es decir cuando el arbitrio que tiene el juez se convierte en arbitrariedad.

Las sentencias también pueden estar afectadas por el *vicio del absurdo*, son aquellas decisiones que contienen graves errores de raciocinio, sentencias en las cuales se llegan a conclusiones contradictorias. Por ejemplo sentencias que afirman que se encuentra probado en el proceso un hecho fundamental para resolver el conflicto y a la vez niegan la existencia del mismo. Los vicios del absurdo en la valoración del material probatorio se ponen en evidencia cuando los errores de raciocinio quebrantan abiertamente los *principios lógicos* que rigen la estructura de la sentencia: de la razón suficiente, de no contradicción, de identidad, del tercero excluido. El juez al expresar las conclusiones a las que llegó después de valorar el material probatorio de forma integral debe comunicar a las partes su decisión por escrito, para ello debe expresar su pensamiento de forma lógica.

En consecuencia tenemos que la valoración de la prueba debe ser razonada, restando validez al acto jurisdiccional cuando esta actividad excede los límites de razonabilidad, es decir es irracional.

De otro lado, se exige igualmente que la valoración realizada por el juez sobre el material probatorio deba ser *conjunta, integral o global; estudio crítico de conjunto* prefiere llamarle Devis ECHANDÍA.²¹²

212 Nuestra jurisprudencia se ha referido al principio de unidad de prueba: "(...) examinada la senten-

Para una correcta *valoración conjunta* del material probatorio consideramos que el juez debe embarcarse en una operación que considere los siguientes pasos²¹³:

- a) *Determinar con qué medios de prueba validamente aportados en el proceso cuenta.* Considerando la posibilidad de la existencia de prueba ilícita. Haciendo el análisis minucioso y concienzudo de cada una de ellas, sin perder de vista que forman parte de la idea de conjunto. Cada prueba se examina separadamente y en forma conjunta también. La valoración aislada del material probatorio nos puede llevar a sentencias arbitrarias, por ello se exige que ésta sea global, llamada también en doctrina como "masa de pruebas".
- b) *Confrontar los medios de prueba, unos con otros.* Aquí es donde el juez prefiere unas pruebas dejando de lado otras, por incompatibilidad. No debe olvidar en esta etapa tomar en cuenta las posiciones de las partes y los puntos fijados como controvertidos, para ver que pruebas sirven para determinar hechos probados y no probados con relación al proceso en particular.
- c) *Establecer las conclusiones a las que arriba después de confrontar los medios de prueba.* No todas las pruebas del proceso le va a servir para justificar su decisión, sólo mencionará las que esenciales, aquellas en las que se apoya sus conclusiones, pero sin dejar de mencionar que las pruebas no decisivas para resolver fueron también valoradas por lo que no se precisa mencionarlas.

cia impugnada, se advierte que se ha efectuado una indebida valoración del empoce entregado por el recurrente al banco demandante, por la suma de veintiséis mil dólares, que obra de fojas doscientos treinta, doscientos treinta y uno y doscientos, que, si bien dicho medio probatorio ha sido presentado después de haberse interpuesto el recurso de apelación en segunda instancia, ha sido presentado antes de haberse expedido la sentencia impugnada y, por el principio de la unidad de la prueba, dicho medio probatorio debió ser debidamente valorado por el Colegiado Superior". Casación No. 618-2006-Lima, publicada el 01.02.07. Aunque en otra resolución se ha referido a la valoración conjunta: "(...) revisada la resolución impugnada en casación se constata que la citada Sala Superior al dirimir la presente controversia ha valorado los medios probatorios a que se refieren los puntos 3.1, 3.6 y 3.7, los mismos que corren en autos a fojas seis, cuarenta y dos y noventa y cuatro, siendo que las demás pruebas glosadas corroboran la posición de la accionante al postular la incoada y que ha sido amparada por los organismos de mérito al decidir la litis, en el sentido de que la actora es la propietaria del inmueble cuya desocupación y entrega ha demandado a través de la presente acción. Por lo que la resolución impugnada no infringe el principio de libre valoración de la prueba – sustento del medio impugnatorio propuesto- que exige del operador jurisdiccional que todos los medios probatorios actuados en el interior de un juicio sean valorados en forma conjunta. Consecuentemente, el presente recurso impugnatorio debe desestimarse por infundado pues no se constata la trasgresión al debido proceso en los términos denunciados." Casación No. 774 – 2006- Piura, publicada el 01.02.07.

- 213 Devis ECHANDÍA citando a GORPHE señala una triple tarea: fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud, y, por último sacar la conclusión del conjunto sintético y coherente de que ellos resulte. Para ello debe utilizar un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico, que se aplica de distinto modo a cada medio de prueba, pero que debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para comprender las relaciones entre todos los elementos, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con los demás. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 292.

No interesa quien aportó la prueba, pues ella pertenece al proceso (principio de comunidad o adquisición). Es aquí donde aparece la convicción, es decir el convencimiento de la verdad de los hechos a la que llegó el juez con el análisis y contrastación del material probatorio

- d) *Expresar por escrito las conclusiones a las que arribó,* respetando las reglas del buen pensar el juez debe indicar como llegó a la conclusión que pretende comunicar. El lenguaje con el que llegue a los destinatarios de su decisión es importante.

Es definitivo que en la *valoración conjunta y razonada* del material probatorio la operación que realiza el juez es absolutamente compleja²¹⁴ pues en ella participa no solo su conocimiento del ordenamiento jurídico para definir la norma jurídica aplicable, sino también la lógica, las máximas de experiencia, las reglas de la sana crítica, el factor psicológico del juez, conocimientos sociológicos, conocimientos técnicos proporcionados por peritos, etc.

Por ello Devis ECHANDÍA define a la apreciación de la prueba como una actividad intelectual del juez, para medir la fuerza de convicción que en ella puede existir, y en este sentido es evidente la identidad del proceso de prueba con el proceso normal del pensamiento. Pero no solo una actividad lógico-mental, sino psicológica y técnica.²¹⁵ La valoración trata, pues, de conseguir una *verdad formal*, es decir una *verdad operativa* que sirva para el proceso y justifique y legitime el sentido de la sentencia.²¹⁶

Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados respecto de la que es función de tales medios, función que puede ser, según el sistema de valoración que el ordenamiento establezca, originar convicción en el juzgador o permitirle fijar formalmente el hecho como establecido a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso. Dicho de otro modo: operación para determinar si se considera probado por el juzgador el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar.²¹⁷ Las pruebas se valoran al final del proceso. En efecto, las partes

- 214 COUTURE habla de "una compleja operación", que comprende "multitud de operaciones de experiencia jurídica". En otro lugar define las reglas de la sana crítica, aplicables a toda clase de pruebas, como ciertas medidas de comportamiento social conocidas por la experiencia del juez, y denomina el actual periodo de la evolución histórica de la prueba testimonial, "como psicológico o científico". De esto concluye que "la sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano. KISCH dice que para apreciar la prueba "es necesario poseer una multitud de reglas de experiencia sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy puede llamarse conocimiento de la vida y de los hombres". Ambos autores citados por Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Pág. 289.

- 215 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 286.

- 216 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 214.

- 217 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 393.

son "dueñas" de las fuentes de prueba y al juez le corresponde introducirlas en el proceso con la admisión de los medios de prueba. Pero una vez introducidas en el proceso, las fuentes, que eran de las partes, dejarán de serlo y se encuentran a disposición del juez para su valoración. Una vez adquirida la prueba por cualesquiera de las partes (principio de adquisición procesal), el juez inicia el proceso mental de valoración.²¹⁸

Pero en esta etapa final de la prueba, referida a la valoración, como una actividad exclusiva del juzgador, se pueden cometer errores que pueden estar sustentados en lo que la doctrina ha denominado falta de valoración o indebida valoración. Sobre este particular se ha pronunciado nuestra Corte Suprema en la Casación No. 4618-2006-Arequipa.²¹⁹

17. INDICIO O PRUEBA INDICIARIA

Nuestro CPC al desarrollar el Capítulo sobre los *indicios y presunciones* se refiere a los *sucedáneos de los medios de prueba*, entendiendo que éstos forman parte de este género. Ello se infiere del contenido del artículo 275 de nuestro Código

218 LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". Op. Citada. Pág. 29.

219 "(...) respecto de la valoración de las pruebas, es menester indicar que el operador de justicia puede incurrir en dos situaciones al momento de valorar la prueba, siendo estas: su *falta de valoración* o su *indebida valoración*, lo que se colige de lo dispuesto por el artículo 197 del CPC, pues en el primer caso se da por la falta de percepción o la omisión de valorar la prueba admitida y considerada como dirimente o esencial para el esclarecimiento de los hechos lo que puede generar errores en la logicidad que repercuten en la garantía del debido proceso, mientras que en el caso de la indebida valoración de las pruebas, vale citar al procesalista Devis Echandía, quien, respecto al principio de valoración de la prueba señala: "no se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba". Es así que en la sentencia de vista se denota la existencia de una indebida valoración de la prueba...". También tenemos la Casación No. 1893-2007-Lima. "(...) resulta pertinente detenerse en el principio de "debida valoración" de los medios probatorios actuados; pues si el derecho a probar, como establece el citado artículo 188 del código adjetivo, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, resultaría "una garantía ilusoria y meramente ritualista" si el juzgador no apreciara adecuadamente (razonadamente) el material probatorio dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria, lo cual, según señala el profesor Morello, consume un estudio parcial, ilógico o inequitativo del caudal fáctico; en particular si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo por ende una apreciación crítica de ella y que una labor aislada de probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad (Morello, Augusto Mario. La Prueba. Tendencias modernas, Buenos Aires, mil novecientos noventa y uno, página ciento cincuenta y nueve, con motivo de una jurisprudencia argentina). En consecuencia, debe recurrirse a dos instrumentos básicos que tienen que ver con el principio antes anotado, el criterio de unidad del bagaje probatorio y la sana crítica (valoración razonada del juez), a efecto de determinar si la sentencia expedida por la sala superior ha observado el principio antes mencionado atendiendo los cargos admitidos".

"los *sucedáneos* son *auxilios* establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos". Corroborado con el contenido del numeral 191 que señala "todos los medios de prueba, así como sus *sucedáneos*... son *idóneos* para lograr la finalidad... Los *sucedáneos* de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos".

La doctrina no tiene mucho apego a la denominación de *sucedáneos* aunque algunos autores han conceptualizado a los *sucedáneos* de los medios de prueba²²⁰, más por el contrario trata a los *indicios* y *presunciones* de manera separada, nosotros haremos lo mismo en su tratamiento, es decir, estudiaremos separadamente al indicio y a las presunciones, con el simple propósito metodológico.²²¹

El vocablo *indicio* viene del latín *indicium* que deriva a su vez de *indicare* (de la contracción *inde dicere*) que de manera general significa indicar, mostrar o hacer conocer algo. Los *indicios* tienen larga data en cuanto a su uso, desde siempre fueron usados por el ser humano, inclusive en actividades cotidianas y de convivencia.

Para descifrar el motivo de la muerte de un miembro de la comunidad y descubrir a su autor, las sociedades primitivas usaban la prueba indiciaria, tomaban en cuenta por ejemplo la posición y circunstancias en las que se encontraba un cadáver, por la ropa que vestía o por las señas y huellas que se le encontraba, datos que podía *indicar* quien lo mató o de que forma murió.

220 Sentis Melendo nos dice que los *sucedáneos* "son aquellas manifestaciones procesales que, a falta de pruebas o mediatizando éstas, nos dan la posibilidad de establecer o poner, como base de la sentencia, unos elementos fácticos que no son el resultado de una prueba sino, más exactamente de la ausencia de ésta o de una especial manifestación de esta..." SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas de derecho probatorio. Op. citada. Pág. 115.

221 "(...) la recurrente sostiene que los juzgadores debieron tomar en cuenta la conducta procesal de la demandante ante la contradicción incurrida en la Audiencia de Pruebas, en la que señaló tener en su poder el original del contrato de compra venta, debiendo aplicarse los *sucedáneos de los medios probatorios*. Sin embargo, como el mismo demandante lo admite implícitamente, sólo en dicha ocasión – y en ninguna otra más a lo largo del proceso-la demandada afirmó que sí contaba con el original, pero también es cierto que más adelante, en la misma Audiencia, dicha parte ratificó lo contrario, es decir, que no cuenta con el documento original de compra venta, por lo que lo consignado en el acta al actuarse la prueba de exhibición, debe ser valorado con prudencia y corroborado con otros elementos de juicio que permitan crear convicción al Juzgador sobre la verdad de los hechos alegados. Si bien es cierto que los *sucedáneos de los medios probatorios* tienen como finalidad, entre otros, sustituir el valor o alcance de los medios probatorios, la *presunción* basada en la conducta procesal de una de las partes requiere de un análisis de dicha conducta a lo largo del proceso y, particularmente, cuando ésta manifiesta notoriamente la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios u otras actitudes de obstrucción, tal como lo establece el artículo doscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil. En tal sentido, no basta la sola afirmación de la codemandada consignada en el acta de Audiencia de Pruebas, en el sentido que tendría en su poder el original del contrato de compra venta, pues ello no prueba la falsificación alegada por la demandante y menos la manifiesta y notoria falta de cooperación en la actuación de las pruebas". Casación No. 1340-2007-Lima Norte, publicada el 26.11.07.

ALSINA define como indicio a todo rastro, vestigio, huella, circunstancia o hecho conocido en general que debidamente comprobado es susceptible de llevar, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido²²².

Devis ECHANDÍA entiende por indicio a un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos²²³.

Para PARRA QUIJANO el indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. *Ordus onius ad aliud*. Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo "ser uno hacia el otro" de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva. No es necesario -agrega- incluir en la definición las reglas de la experiencia, ya que éstas son instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios.²²⁴

Tenemos entonces que cuando un *hecho importante del proceso* no se puede probar *de forma directa* con el contenido de un medio de prueba²²⁵ (un documento por ejemplo en el que se encuentra contenido), debemos recurrir a una operación lógica, crítica, compleja por la cual basándonos en un *hecho conocido y probado en el proceso*, utilizando la *inferencia*, llegamos a *otro hecho desconocido*, toda esta actividad se realiza para determinar la existencia del hecho desconocido, cuya existencia se presume.

En el indicio siempre *hay un hecho que se quiere probar* (pero no se puede de forma simple, con pruebas directas), este hecho además *no es conocido* (por el juez

directamente), pero que se *presume existió* en un momento y lugar determinado, *su existencia se deduce de otro hecho del proceso previamente probado*, para ello se requiere de una *operación lógica que debe realizar el juez*, la cual le facilita la tarea para concluir sobre la existencia o inexistencia de aquel hecho desconocido que se deriva de un hecho ya probado.

Por ello consideramos que lo más destacado en el indicio no es el hecho probado del cual se parte para determinar un hecho desconocido, pero trascendente, *sino lo es la actividad intelectual* que realiza el juez para llegar a tal conclusión. Rescatamos la operación lógica-crítica que realiza el juzgador, pues si se realiza erróneamente se puede colisionar muchas veces con la *conjetura*.²²⁶ Si esta actividad del juez se hace correctamente no habrá posibilidad confundir el indicio de *la mera sospecha o conjetura*.²²⁷ Aunque se podría decir que dicha actividad la realiza el juez para valorar cualquier medio de prueba, pero creo que en la prueba indiciaria el juez refina su capacidad intelectual, pues es una tarea más delicada y difícil cuando nos encontramos frente a indicios.²²⁸

222 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Editorial Ediar. Bs. As. 1965. Tomo III. Pág. 683.

223 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 587.

224 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Tomo IV. Bogotá 1992. Pág. 20.

225 Trazegnies Granda precisa que paradójicamente, las necesidades de la vida moderna han llevado a replantear un tipo de prueba que se usó en épocas primitivas y que ahora vuelve a presentarse - tímida y con la necesaria precaución - en el Derecho Moderno: la prueba indiciaria. Existen en algunos campos en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a la aplicación de una norma, se hace muy difícil; y es por ello que para garantizar el orden, se hace necesario el intento de conocer la verdad a través de los indicios. De alguna manera pues parece -y lo es, si se la utiliza mal- un retroceso frente a la rigurosidad extrema de la prueba clásica, donde como se ha visto, todo aquel que alega algo está obligado a probarlo y nadie puede ser condenado sin prueba o con pruebas que admitan una duda razonable. Pero en realidad la prueba indiciaria -también llamada prueba por presunciones- no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad (y consiguiente arbitrariedad) del juez primitivo sino una re-creación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos sine qua non, muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad de mercado. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la prueba indiciaria. En www.macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.

226 La sentencia del TC de España ha señalado con precisión "el único modo de distinguir entre la verdadera prueba de indicios y las meras sospechas o conjetura, es comprobar que el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido es coherente, lógico y racional. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano o, en otros términos, la irrazonabilidad, se puede producir, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, cuando por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia..." STC 109/2002 del 06.05.02, Recurso de Amparo 1737/00 en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología en <http://crimet.ugr.es/recpc>.

227 El Tribunal Constitucional Español nos grafica en un caso concreto cuando se produce un error en la inferencia generándose una conjetura "en efecto, de los hechos plenamente acreditados tomados como indicios, es decir, la conducción por el demandante de amparo de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la inmovilización del mismo y su retirada sin la preceptiva autorización del lugar en el que se encontraba inmovilizado por el demandante de amparo y su esposa, no cabe deducir necesariamente que fue el ahora recurrente en amparo quien lo condujo en el momento de retirarlo ni, menos aun, que lo condujo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La inferencia alcanzada por los órganos jurisdiccionales respecto a la apreciada continuidad delictiva resulta inadmisibles en términos constitucionales, tanto desde el enfoque de su lógica y coherencia, en tanto los indicios acreditados no llevan naturalmente a la conducta que se le atribuye al demandante de amparo, como desde el punto de vista del grado de solidez requerido, pues la conclusión que de aquella inferencia se deriva resulta excesivamente abierta, endeble e indeterminada, máxime si, al contrario de lo que se hizo, se hubiera tenido en cuenta los contraindicios aportados por el ahora demandante de amparo, en concreto, la declaración prestada por su esposa en el acto del juicio, quien, corroborando la versión del recurrente en amparo, manifestó que había sido ella quien había conducido el vehículo al retirarlo del lugar en el que se encontraba inmovilizado. STC 137/2005 del 23.05.05, Recurso de Amparo 7315-2003 en www.tribunalconstitucional.es.

228 Fernando de TRAZEGNIES con respecto a la posibilidad de incurrir en conjeturas y la forma de evitarlo nos dice "desde el punto de vista práctico, la primera pregunta que debemos hacernos frente al razonamiento conjetural de una prueba indiciaria es el siguiente: ¿están efectivamente probados esos hechos que pretendemos usar como indicios? ¿Han sido probados esos hechos mediante pruebas directas e inmediatas? A continuación debemos preguntarnos: ¿Es verdaderamente posible que los hechos demostrados puedan conducirnos aquello que se pretende probar en última instancia? Pero luego viene una tercera pregunta tanto o más importante que las dos primeras:

La trilogía hasta aquí considerada fue expresada por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 00728-2008-PHC/TC, es decir, los pasos que se deben seguir para lograr el propósito de la prueba indiciaria: "Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*". Proponiendo el siguiente ejemplo en el que se grafican los tres momentos: "A testifica que ha visto a B salir muy presuroso y temeroso de la casa de C con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto C producto de una cuchillada, podemos inferir que B ha matado a C (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base.

Jorge Rosas nos presenta una definición de la prueba en materia penal donde tiene mucha aplicación la prueba indiciaria "la prueba indiciaria, conocida también como prueba indirecta, es la que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar; y éstos están relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contra-indicios".²²⁹

En el sistema continental – sostiene Rosas Castañeda- la prueba indirecta es conocida como prueba indiciaria o presunción indiciaria, ya que, se llega a la comprobación de un hecho de manera indirecta. La prueba indiciaria es una construcción basada en un razonamiento deductivo, por el cual sobre la comprobación de un hecho base se infiere lógicamente un hecho consecuencia o inferido, estableciendo de esta manera responsabilidad penal del acusado.²³⁰

En la doctrina existe una gran discusión sobre el *indicio*, para algunos el *indicio es un hecho*, pero para otros el *indicio es un medio de prueba*, por ello es que cotidianamente se menciona a la *prueba indiciaria*.²³¹ Aunque la doctrina especializada

¿Esos hechos llamados indicios nos conducen necesariamente a la hipótesis que quiere ser probada o hay otras alternativas posibles? En otras palabras, dados esos hechos ¿existe sólo una posibilidad conjetural o, por el contrario, esos hechos pueden ser explicados de otras maneras diferentes a la hipótesis que se pretende demostrar? TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la prueba indiciaria. En www.macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.

229 ROSAS YATACO, Jorge. Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional. Reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004.

230 ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. "Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado". En www.porticolegal.com/pa_articulo.php?refe=285.

231 Marinoni refiere que no es rara la confusión entre *hecho indiciario*, *prueba indiciaria*, *raciocinio presuntivo*, *presunción* y *juicio*. El hecho indiciario, sólo se puede comparar al hecho principal. Es que el hecho indiciario, al que también se le llama *indicio*, es al igual que el hecho principal, un

ha sabido distinguirse entre *indicio* la prueba indiciaria.²³²

Defiende la tesis del *indicio* como hecho Vishinski al señalar que lo típico del *indicio* es que no tiene valor de prueba por sí, sino unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es importantísimo establecer la conexión de unos hechos con otros.

MITTERMAIER citado por PARRA QUIJANO señala que un *indicio* es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que uno llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al hecho desconocido.²³³

El *indicio* en realidad no está integrado por un hecho, que se le puede llamar *hecho indiciario* o *indicio*, pues por sí solo no muestra otro hecho, requiere de la prueba indiciaria y de la actividad mental del juez para llegar a la conclusión. Pero debemos rescatar que el *indicio* no es un hecho cualquiera sino un hecho con ca-

mero hecho. Cuando se alega este hecho, se debe demostrar a quien lo juzga que la prueba será importante para la formación de un juicio de procedencia. El *indicio* no es la prueba. La prueba indiciaria, como cualquier otro tipo de prueba, recae sobre una afirmación de hecho. La peculiaridad de la prueba indiciaria está en que recae en un hecho que es indiciario, es decir, sobre un *indicio*. Por consiguiente, es necesario recalcar la diferencia de los conceptos *hecho indiciario*, la prueba destinada a demostrarlo –llamada de *prueba indiciaria*–, y *raciocinio presuntivo*, que es el medio por el cual aquél que juzga raciona para que a parte de un hecho indiciario, se llegue a una *presunción*. Explicándolo mejor: el juez a partir de una alegación de hecho (hecho indiciario) y de su prueba, raciona (de forma presuntiva) para llegar a una conclusión (presunción). En www.jus2.uol.com.br/doutrina.

232 En sede nacional el maestro penalista Mixán Mass ha señalado que la diferencia entre *indicio* y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicios (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, *presunción del juez* o *presunción del hombre*), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que se conoce como *hecho indicado* o *dato indicado*). MIXÁN MASS, Florencio. La prueba indiciaria. Editorial BGL, Trujillo, 1992. Pág. 10. Otra opinión importante en este tema es la Dellepiane que contrasta la figura del *indicio* con la prueba indiciaria, señala el *indicio* es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el *indicio*, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el *indicio*, si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba. Para que ello acontezca, es necesario que este sea sometido a un *raciocinio inferencial*, que permita llegar a una conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Recién en este estado podemos hablar de prueba indiciaria. DELLEPIANE, Antonio. La nueva teoría de la prueba. Editorial Temis. Bogotá 1994. Pág. 57. De lo que se puede inferir como idea propia que nos encontramos ante un contenido (*indicio*) y continente (prueba indiciaria), el *indicio* por sí sólo no es suficiente para arribar a determinada conclusión, requiere de otros elementos que proporciona la prueba indiciaria, por ello entendemos que la prueba indiciaria está configurada por el hecho indiciario, la inferencia lógica y el hecho indicado o aparición del hecho que se buscaba. Por lo cual, el *indicio* sólo es una parte de esta complicada tarea de juzgar a través de la prueba indiciaria o prueba indirecta.

233 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 17.

racterísticas especiales, pues de él se puede arribar a otro hecho, pero gracias a la actividad cognitiva (deductiva y basada en la experiencia) del juez.

Por ello es que mayoritariamente la Doctrina se ha puesto de acuerdo para señalar que el indicio en realidad es un medio de prueba²³⁴. Aunque se trata de un medio de prueba que no muestra directamente el hecho, es decir que no es representativo, sino que por el contrario lo indica, lo muestra, se deduce. Ello significa que el juez no puede observar directamente el hecho, este hecho no aparece representado (es decir no hay medio de prueba directa que lo represente, como el documento o testimonio), sin embargo, este hecho lo puede llevar a encontrar otro hecho que requiere probar.

En la tesis del indicio como medio de prueba el aporte de Devis ECHANDÍA es importante pues señala que cuando el legislador autoriza al juez para considerar cierto un hecho si existe "prueba de indicios" y cuando este declara en su sentencia que existe tal prueba, se refieren al resultado del medio probatorio, es decir a que en virtud del indicio necesario o del conjunto de indicios contingentes, debidamente establecidos en el proceso, existe la certeza o el pleno convencimiento del tal hecho.²³⁵

Aun se mantienen las posiciones de la doctrina que desconocen su calidad de medio de prueba para considerarlo como objeto de prueba u operación mental. Así tenemos a Eugenio FLORIÁN²³⁶ que señala que el indicio puede ser considerado de dos puntos de vista: por un lado se vincula al concepto de objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba. ROSENBERG también niega la calidad de medio de prueba a los indicios para considerarlos como argumentos obtenidos de las afirmaciones de las partes o de las pruebas.

El indicio conforme se puede deducir de lo expuesto hasta aquí, tiene tres momentos importantes, dejando constancia que la prueba indiciaria se presenta como un proceso complejo pero indivisible, donde confluyen las etapas²³⁷ que menciona-

234 Precisa Víctor DE SANTO que la mayoría de los autores, cuya opinión comparte, atribuyen a los indicios el carácter de medio de prueba. Agrega los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta. En efecto no puede ser una prueba histórica ni representativa del hecho indicado porque de lo contrario su valor probatorio consistiría en esa representación y entonces si consistiese en un objeto o una cosa representativa se trataría de un documento, y consistiría en una declaración sería un testimonio, una confesión o una pericia. Víctor DE SANTO. La prueba judicial, teórica y práctica. Editorial Universidad. Bs. As. 1992. Pág. 671.

235 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 588.

236 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Editorial Temis. Bogotá 1968. Tomo I. Pág. 130.

237 VARELA nos habla de la eficacia de los indicios señalando que se requiere para ello: a) necesidad de realidad del hecho indicador y la imposibilidad de que la conexión lógica entre éste y el indicado sean obra del azar o de la casualidad; b) debe ser clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador o su conjunto y el indicado; c) existencia de pluralidad de indicios en el caso de

remos, pero no de manera aislada sino más bien vinculadas²³⁸:

- a) *Establecer el hecho indiciario*, esta actividad consiste en que el juez determina el hecho indicante, el hecho indicador, el cual lo llevará a presumir la existencia de otro hecho, desconocido, pero cuya existencia requiere probar para resolver el conflicto. Ello implica que en el proceso no existe una prueba directa que le permite representar de forma correcta como sucedieron los hechos que dieron origen al conflicto.

Definitivamente el hecho probado debe estar relacionado de manera directa con el hecho investigado, deben estar conectados (conexión lógica). Además debe tenerse mucho cuidado que el hecho probado en el proceso se haya obtenido de manera regular, es decir que se trate de medios de prueba que demuestren el hecho indiciario debidamente admitidas y actuadas, que no se trata de un hecho indiciario obtenido de forma irregular, es decir con prueba ilícita.

En un proceso de nulidad de acto jurídico por simulación, el hecho indiciario, corresponde a un hecho o conjunto de hechos ya probados en el proceso, así podemos encontrar como hechos indiciarios a: la posesión que ejerce el demandado vendedor sobre el predio objeto de *litis*, el mantener los servicios del inmueble bajo su titularidad (agua, luz, teléfono, cable, Internet), el comprador demandado sigue viviendo en inmueble alquilado, es decir, no ocupa el bien adquirido, los impuestos del predio se siguen pagando a nombre del anterior propietario, el documento de identidad del vendedor demandado mantiene como domicilio el inmueble sub *litis*, el vendedor se sigue comportando como dueño del predio, el abogado del demandado transferente es el mismo del comprador demandado, tienen el mismo domicilio procesal, entre otros.

contingentes, dado que éstos basados en los principios de causalidad, identidad o analogía, de acuerdo con la manera corriente de suceder de las cosas, no representan, considerados individualmente, la imposibilidad de que obedezcan a la causalidad o al azar; d) los indicios contingentes deben ser, además, graves, concurrentes o concordantes y convergentes; e) la inexistencia de contraindicios que no puedan descartarse razonablemente de otros elementos de prueba que resten eficacia a la de indicios; f) reunidos todos los requisitos enunciados, cabe la posibilidad de obtener una conclusión final dotada de certidumbre y que aparezca como un resultado lógico e inmediato del desarrollo de un proceso mental dinámico basado en las inferencias que surjan de los rastros o vestigios indicadores del hecho comprobado. VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Editorial Astrea. Bs.As. 2004. Pág. 179.

238 En materia penal el Tribunal Constitucional de España ha señalado como requisitos que debe reunir la prueba indiciaria "para que pueda otorgársele validez a los mencionados efectos de desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de todo acusado en un procedimiento penal. Tales requisitos son los siguientes: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que, en principio debe quedar explicitado en la sentencia, se manera que la función que corresponde a este Tribunal, cuando de prueba indiciaria se trata, es la de examinar externamente si la inferencia a que han llegado los órganos jurisdiccionales para fundamentar la condena a partir de ciertos hechos acreditados ha sido o no obtenida a través de un discurso lógico y coherente...". STC 387/2003 del 01.12.03, Recurso de Amparo 5109-2002 en www.tribunalconstitucional.es.

El objeto de prueba en este proceso es determinar la existencia de la simulación como causal de nulidad, pero a ella no se puede llegar por prueba directas y no son suficientes los hechos probados que por si solos, no determinan la existencia o inexistencia de la causal invocada.

- b) *La actividad de inferencia lógica*, en esta parte que es la más importante de la prueba indiciaria el juez realiza una operación mental de inferencia, es la parte del razonamiento del juez. Donde a partir de un hecho o conjunto de hechos probados²³⁹ llega a una conclusión: la existencia de un hecho desconocido, no probado en el proceso de forma directa.

En esta operación mental del juez busca establecer *una relación de causalidad* entre el hecho conocido y probado en el proceso y el hecho desconocido. La operación lógica, crítica y compleja que realiza el juez busca demostrar otro hecho. Por ello se dice que "el indicio es un hecho que narra otro hecho".

En la prueba indiciaria el juez no puede ver directamente el hecho que investiga y no hay hechos que lo representen de forma directa, sino que hay hechos que pueden estar vinculados con este hecho, al cual llegará con la operación mental. Por ello la doctrina la reconoce como una prueba indirecta²⁴⁰ por excelencia.

En esta actividad lógica crítica el juez (como en la valoración de cualquier otro medio de prueba) usa las reglas de la experiencia con respecto al hecho

239 José CALVO precisa sobre la problemática que presentan los indicios señala una de carácter material o sustantivo: que no debe tratarse de un solo indicio (*indicium anus, indicium nullus*), pues necesariamente han de ser múltiples, dependiendo de las circunstancias su cualificación o número, cifrando esa pluralidad en un mínimo de dos, graves o concluyentes, que se presenten concordantes en apuntar hacia una misma dirección, bien que pudiendo basta excepcionalmente la unicidad, cuando ese único indicio revista una relevancia "de especial significación". Creo que el sentido atribuible a esa unicidad, siempre excepcional, admite dos posible interpretaciones: que el indicio único se ofrezca con intrínseca capacidad para desarrollar, por vía periférica aunque no desconectada una inferencia presuntiva articulada en el concatenamiento o imbricación seriada y derivativamente acumulable de concausas desprendibles del tipo "en cascada", interrelacionadas a otros indicios sobreentendidos en su propio modo de ser, o que aquel indicio único conduzca a una inferencia presuntiva de carácter forzoso como articulada desde una ley científica en la que la conclusión causal no pueda separar por ser excluyente de toda otra causalidad probable. CALVO GONZÁLES, JOSÉ. *Hechos difíciles y razonamiento probatorio* (sobre la prueba de los hechos disipados) en <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/hechos.doc>. Por su parte KIELMANOVICH señala que la prueba indiciaria no necesariamente exige una pluralidad de indicios que por su precisión, gravedad o concordancia pueden formar la convicción del juez. Puede existir contrariamente un solo indicio, del cual pueda ser argüido lógicamente "el hecho relevante para el juicio", pues en un sistema de valoración de la prueba regido por el sistema de la "sana crítica" su eficacia dependerá antes de su número, del sentido común del magistrado. KIELMANOVICH Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Bs. As. 2004. Pág. 656.

240 Hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediarios. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene, conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas. Se habla de prueba indirecta cuando la prueba del hecho principal se hace mediante la prueba de otros hechos que dados suponen la existencia de aquél (presunciones). GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 202.

conocido, para inferir (la inferencia implica una actividad deductiva-inductiva y inductiva-deductiva, la inducción y deducción son operaciones que se confunden en esta actividad lógica crítica²⁴¹) la existencia de otro hecho aun desconocido.

En el ejemplo precisado el juez valora el hecho indiciario o el conjunto de ellos basándose en las reglas de la experiencia, con sentido crítico y lógico, preguntándose por qué el transferente continúa ocupando el predio sub *litis* si ya lo vendió, por qué su comprador sigue viviendo en morada alquilada si es dueño del predio sub materia, por qué los servicios continúan a nombre del transferente, entre otras interrogantes

- c) *Aparición del hecho desconocido*, llamado también *hecho indicado*. Es el resultado final de la actividad de inferencia lógica. Aquí aparece un hecho desconocido pero que se pretendía determinar a partir del hecho indicador. Los hechos señalados en el punto a) probados logran mostrar otro, están en capacidad de indicar la existencia de otro hecho.

En virtud a ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador el juez infiere con mayor o menor seguridad es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que se investiga: esa inferencia la conoce DEVIS ECHANDÍA como presunción judicial.

En el ejemplo propuesto de nulidad de acto jurídico por simulación, cuando el juez llega a esta etapa señala que hay un hecho que no aparecía representado en ningún medio de prueba de forma directa, pero que llegó a él haciendo un análisis crítico de otros hechos probados del proceso. En este caso *la conclusión* sería que con el estudio del hecho indiciario o del conjunto de ellos se llegó a determinar que el acto jurídico fue simulado por los demandados, que no existe el acto jurídico en la realidad, sólo en la formalidad, es decir documentalmente.

Nuestro Tribunal Constitucional no es ajeno a la preocupación general de que cuando el juez haga uso de la prueba indiciaria, la motive correctamente, así lo precisó en la STC 00728-2008-PHC/TC: "En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en *primer lugar*, cuáles son los indicios probados y, en *segundo término*, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial *explícite no sólo las conclusiones obtenidas sino también*

241 Señala LÓPEZ MORENO que en la prueba de indicios el espíritu va siempre por la vía inductiva de lo conocido a lo desconocido. A veces a lo largo y fatigoso el trayecto que necesita recorrer, los hechos intermedios, son muchos los eslabones que los unen tan sutiles, que se necesita gane perspicacia para percatarse de ellos, siendo preciso sentar principios generales, y frecuentemente también deducir de las consecuencias más o menos lógicas, para hallar el apetecido enlace. Es decir, que cuando la inducción no basta, el espíritu, sin apenas darse cuenta de ello, recurre a la deducción, sirviendo entonces de punta de enlace entre el hecho conocido y el desconocido las opiniones del que discurre. Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 24.

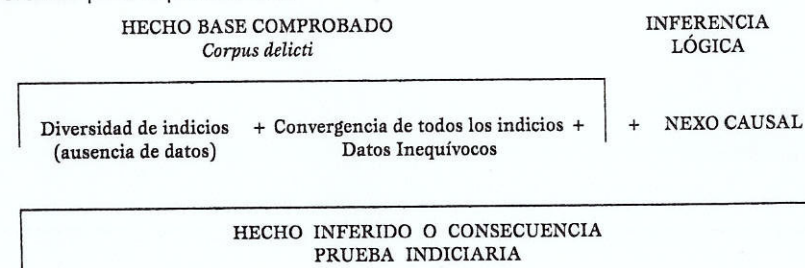
los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatare que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales” (resaltado nuestro).

Nuestra Corte Suprema también ha proporcionado una ejecutoria con carácter vinculante en materia penal en la ha precisado los requisitos mínimos para el uso adecuado de la prueba indiciaria a parti de lo desarrollado en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Recurso de Nulidad No. 1912-2005-Piura, Sala Penal Permanente): “(...) sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el *nexo causal y lógico* existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe–; que, en lo atinente a la *inducción o inferencia*, es necesario que

sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo”.

Nuestro CPC no ha desarrollado de forma expresa los elementos mencionados, se ha limitado a definir el indicio en el artículo 276: “el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”.

Para finalizar este punto compartimos un cuadro estructurado por Rosas Castañeda con respecto a la prueba indiciaria en materia penal que nos puede servir de referencia para la prueba civil.



18. PRESUNCIONES

El vocablo presunción proviene del verbo latino *praesumere*, cuyo significado es tomar antes, presentir, conjeturar²⁴², suponer. Gramaticalmente hablando el vocablo presunción se presenta como sinónimo de sospechar, conjeturar, aquí tenemos una actividad valorativa sobre un hecho sin embargo no hay ninguna seguridad o certeza de su veracidad.

La presunción implica *suponer un hecho como cierto sin tener prueba directa sobre el particular*, aunque *si existen indicios* que nos llevaron a dicha presunción. En nuestra vida diaria al igual que en la actividad probatoria presumimos sobre la existencia de algo, debido a que existen indicios que nos han conducido a sospechar sobre su existencia.

242 El Código Canónico (Dado en Roma el 25.01.83 por el Papa Juan Pablo II) en el Canon 1584 define a la presunción como “...una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez”. En el Canon 1586 precisa que “el juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un hecho cierto y determinado que tenga relación directa con lo que es objeto de controversia”. El Código Civil del Uruguay define en su artículo 1600 a las presunciones como las “consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido”.

Con la presunción entonces, se puede dar por cierta una cosa sin la correspondiente prueba o sin que siquiera nos conste.

Para DEVIS ECHANDÍA la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o del hombre), con fundamento en las máximas de experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Agrega que desde otro punto de vista, cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juez.²⁴³

SERRA DOMÍNGUEZ precisa que cuando las máximas de experiencia a utilizar para la formación de nuevas afirmaciones deban y puedan ser empleadas por el juzgador nos encontramos ante las presunciones. Si la máxima ha sido ya recogida por el legislador, surge la presunción legal. Si en cambio su elección es libre para el juzgador, la presunción es judicial.²⁴⁴

VARELA precisa las presunciones como juicio lógico del legislador o del juez nos lleva a una conclusión final, partiendo de la apreciación crítica de los indicios que arrojan los hechos indicadores.²⁴⁵

En sede nacional ZAVALA precisa para que la presunción pueda constituirse es necesario que la afirmación base haya quedado plenamente acreditada. Si mediante la presunción se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, es inescindible a la propia naturaleza de la presunción que el hecho o afirmación base sea conocido plenamente por el juez, lo cual ocurre solamente a través de la prueba efectuada en el proceso, que haya provocado una convicción afirmativa del juez entorno a la realidad de la afirmación base. Por ello sugiere que la presunción tiene tres elementos: una afirmación base, una afirmación resultado y un enlace.²⁴⁶

Se entiende entonces que en la presunción existe un juicio lógico²⁴⁷ asumido de antemano por el legislador (presunción legal) o estructurado por el juez (presunción judicial), ambas sustentadas fundamentalmente en máximas de experiencia, por el cual partiendo de un hecho conocido por el juez y debidamente probado en

el proceso se llega a uno nuevo²⁴⁸. De ahí que esta última se confunde mucho con la prueba indiciaria, aunque trataremos más adelante de establecer la diferencia sustancial entre ambas.

Para MUÑOZ SABATÉ hablar de prueba de presunciones es lo mismo que dijéramos prueba de racionio, lo cual, no tiene sentido ni lógica. El juez mientras presume, valora, y apenas puede existir actividad valorativa sin que a la vez con mayor o menor complejidad, no se ejercite también una presunción. Esta actividad valorativa comienza con la percepción de los tres instrumentos heurísticos²⁴⁹ –testigos, documentos, piezas- respecto de los cuales se producen en la mente del juez una serie de procesos discursivos que podríamos denominar de contrastación porque su finalidad es la compulsa, el temple, en una palabra: la autenticación de los instrumentos de prueba... lo importante en todos estos casos -los señalados por el autor sobre testigos- es que de un hecho o dato conocido (las contradicciones del testigo, sus emociones, el parentesco con la parte proponente, etc.) se deduce, basándose en una máxima de experiencia, otro hecho desconocido, cuál es la discrepancia entre su ciencia íntima y el conocimiento revelado.²⁵⁰

18.1. NATURALEZA JURÍDICA:

Una antigua discusión en el tópico de presunciones es su *naturaleza jurídica*, ya que para un sector de la doctrina son consideradas medios de prueba y otro niega esa posibilidad.

GORPHE y GUASP consideran a las presunciones judiciales como medios de prueba. Para UGO ROCCO las presunciones iuris tantum son medios de prueba. FRAMARINO DEI MALATESTA sostiene que las presunciones iuris et de iure constituye medio de prueba.

Un gran sector de la doctrina considera que las presunciones no tienen la calidad de medio de prueba, dentro de los cuales encontramos a DEVIS ECHANDÍA, COUTURE, ROSENBERG, EISNER, Dellepiane, SERRA DOMÍNGUEZ, entre otros.

Precisa KIELMANOVICH que gran parte de la doctrina no le asigna tampoco a las presunciones judiciales *estricto sensu*, medios de comprobación de los hechos por otros hechos (que nos los representen), categoría de prueba, sino que los reputan como "argumentos" (PALACIO) o "subrogados de prueba" (COUTURE) o formas de razonamiento judicial (ARAZI).²⁵¹

243 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo II. Pág. 677.

244 SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Estudios de derecho procesal*. Editorial Ariel. Barcelona 1969. Pág. 364.

245 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 183.

246 ZAVALA TOYA, SALVADOR. Las presunciones en el Derecho Civil. En Revista de Derecho. No. 48. Pontificia Universidad Católica del Perú- Lima, diciembre de 1994. Págs. 95 a 116.

247 BENTHAM nos habla de la prueba circunstancial para diferenciarla de la prueba directa, señalando que es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido. Esta conclusión es una operación del juicio. Jeremías BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*. Librería El Foro. Bs.As. 2003. Pág. 225.

248 En ese sentido se ha pronunciado el CPC de México con su artículo 496 al señalar que la "presunción es la consecuencia que el juzgador o la ley deducen de un hecho o indicios conocidos, para averiguar la verdad de otro desconocido".

249 Se conoce como heurística a la ciencia que se ocupa de la búsqueda e investigación de hechos pasados, por ello es que la doctrina ubica dentro de su estudio a las fuentes de prueba.

250 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 198.

251 KIELMANOVICH Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Op. citada. Pág. 654.

Precisamente Devis ECHANDIA haciendo un análisis de cada una de las presunciones toma distancia respecto de aquellos autores que han señalado que las presunciones son medios de prueba. Así resumimos su posición: la presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo. Agrega que las presunciones simples son el resultado de los razonamientos probatorios del juez y no son un medio de prueba. El juez las utiliza simplemente como principios basados en máximas de experiencia, para la valoración de las pruebas, y entonces es más claro todavía que no son pruebas sino una manera de razonar del juez para calificar su mérito o eficacia. Sobre la presunción de derecho rechaza que sea una prueba, porque ello implica la posibilidad probar en contrario con otros medios, pero si la considera una regla jurídica sustancial para la aplicación del derecho objetivo en un caso determinado, su naturaleza resulta idéntica en ambos casos, con la diferencia de que las puramente legales o *iuris tantum* presumen el hecho cierto mientras no se desvirtúe con plena prueba y las *iuris et de iure* le otorgan una certeza definitiva e indiscutible.²⁵²

La presunción no es medio de prueba, es sólo una forma de razonamiento judicial que le sirve al juez para la valoración del material probatorio. Por ello se les llama también razonamiento conclusivo. Las presunciones le sirven al juez de guías para la valoración de la prueba.

18.2. CLASES DE PRESUNCIONES:

La Doctrina siempre ha participado de una clasificación conocida de a las presunciones, llamándolas: *presunciones legales y judiciales*, dentro de las primera encontramos a las *presunciones iuris tantum* y a las *presunciones iure et de iuris*.

18.2.1. Presunciones judiciales.

Llamadas también presunciones de hombre o presunciones simples. Conocidas en doctrina como las *proesumptionis hominis* o *presumption of fact*. Son presunciones eminentemente procesales, pues no admiten cualquier situación extraprocesal.

Las presunciones judiciales "son aquellas de que se sirve el juez como hombre durante la *litis* para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o le acompaña, conocida la existencia de uno de los dos hechos, presumimos nosotros la

existencia de otro. La presunción es, por consiguiente, un convencimiento fundado sobre el orden normal de las cosas y que dura hasta prueba en contrario"²⁵³

Las presunciones judiciales están basadas en el *razonamiento conclusivo* del juez apoyado en *máximas de experiencia* propias con respecto a algunos aspectos vinculados al proceso, estructuradas en sentido lógico, de las cuales se sirve para valorar el material probatorio. Este razonamiento o forma de pensar del juez *parte de su intelecto*, no está sujeto a máximas de experiencia que parten del legislador (pre establecidas), como si ocurre en las presunciones legales, donde el legislador le dice el juez como debe hacer su razonamiento conclusivo, admitiendo o negando la prueba en contrario.

Para Arazi las presunciones judiciales son aquellas que el juzgador extrae a través de indicios; constituyen una forma de razonamiento judicial. El profesor argentino nos presenta un ejemplo para graficar una situación en la que se presenta la figura de la presunción judicial: si tiene que acreditarse la forma en que ocurrió un accidente de tránsito, consideramos como medios de prueba las siguientes: la declaración de un testigo presencial, la presentación de una fotografía tomada en el momento o la filmación del hecho, y como indicios: el testimonio de personas que declaran haber visto el automóvil chocado, el lugar donde se encuentran los daños de los vehículos, las huellas dejadas en el pavimento, etcétera; se advierte que ninguno de estos últimos hechos son representativos del hecho controvertido, pero valorados en conjunto autorizan al juzgador a inferirlo.²⁵⁴

Según la experiencia del juez, es decir utilizándola en *el sentido normal de las cosas*, el juez conoce un hecho que aparece probado en el proceso, del cual *presume* la existencia de otro distinto (hecho probable). Resulta de vital importancia el razonamiento que hace el juez para llegar a inferir sobre la existencia de otro hecho. Este razonamiento lo lleva a presumir de la existencia de un hecho relevante para el proceso que no aparece en él representado de forma directa, pero para llegar a esa conclusión debe apoyarse en un hecho ya probado. Sin embargo, la conclusión a la que llega el juez (presunción), que no es otra cosa que el *razonamiento presuntivo* debe ser *verosímil, dable, creíble, incontrovertible*, para ello requiere del uso de las máximas de experiencia y la lógica. No es suficiente llegar a la conclusión de que el hecho presumido *probablemente existe*, la *simple probabilidad* no le dará al juez convencimiento, certeza del hecho investigado.

Las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basado en el resultado de la prueba practicada (y, por tanto, ya valorada) o en los hechos formalmente fijados de otro modo (admisión, "ficta confesión"). Consecuentemente

252 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo II. Pág. 680.

253 CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Revista de Derecho Privado. Tomo III. Madrid. 1954. Pág. 261.

254 ARAZI, ROLAND. "La carga de la prueba". Op. Citada.

no hay proposición, ni práctica de la "prueba" de presunciones. Hay construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia siempre que concurren las condiciones legales para ello.²⁵⁵

Por ello, las presunciones judiciales a diferencia de las presunciones legales no tienen ningún tipo de restricción para su estructura sujeta a la norma procesal, son propias del juez, quedan bajo la esfera de su razonamiento y análisis crítico. Son inferencias lógicas que parten del prudente y ponderado arbitrio del juez y que lo ayudan a generar convencimiento. Están entonces basadas en la lógica y experiencia, no en la ley.²⁵⁶

PARRA QUIJANO nos presenta la actividad del juez en la presunción judicial: a) Actividad Volitiva: el juez debe querer tener como fijado el hecho presumido; b) la presunción es el resultado de la actividad del pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce; c) en el pensar y razonar el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas generales de la experiencia; d) emplea la lógica dialéctica para reflexionar e imaginar y deducir.²⁵⁷

Por ello consideramos que nuestro legislador ha definido correctamente en el artículo 281 del CPC la presunción judicial como el "*razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de la experiencia o en sus conocimientos a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados*".²⁵⁸

18.2.2. Presunciones legales:

En la presunción legal partimos de máximas de experiencia del legislador, pre establecidas, por ello es que determinados hechos o circunstancias previamente establecidos en norma legal se dan por ciertos, en algunos casos admitiendo prueba en contrario en otros no.

255 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 401.

256 PARRA QUIJANO nos proporciona un ejemplo ilustrativo sobre presunción judicial en el cual interesa probar si entre A y B existieron relaciones sexuales durante la época de la concepción. Se señalan como premisas: Si se prueba que A visitaba todos los días a la señorita B. Que la señorita B, sólo atendía al señor A. Que la señorita B salía cogida de la mano con el señor A. En el ejemplo presumimos que las relaciones sexuales de la señorita B eran con el señor A, con base en los hechos que están relacionados y empleando las reglas de la experiencia. Si A era el único que la visitaba, sólo atendía a ese señor A, en público se mostraba amoroso como era cogerse de la mano, la experiencia nos enseña que las relaciones sexuales eran con el señor A. Agrega Parra que cuando presumimos, el hecho indicio y el indicado están ya sucedidos: las relaciones sexuales y el embarazo. PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 84.

257 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 95.

258 Para la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España en su artículo 386 la presunción judicial se genera "*a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción*".

Aquí no hay razonamiento lógico-crítico del juez, es el legislador quien le indica al juez como deducir. Por ello es que en este tipo de presunciones existe más bien una limitación el raciocinio del juez. Esta presunción tiene efectos extraprocesales, ya que los efectos sustanciales de las reglas jurídicas que se aplican a casos concretos se generan fuera del proceso.

Aquí el juez tiene *como verdadero un hecho* o circunstancia porque así lo dispone el legislador, aunque en algunas circunstancias sea imposible su comprobación. El juez es mero comprobador del hecho (dándolo por cierto) siempre que éste sea el presupuesto fáctico de la norma, derivándose del mismo las consecuencias que ésta le asigna. La convicción o certeza que tenga el juzgador sobre determinados hechos no es relevante en las presunciones legales porque ellas contienen valoraciones anticipadas del legislador a las que el juez debe someterse.

Por ello CARNELUTTI señala que en las presunciones legales la ley no deja valorar al juez, sino que establece ella misma su eficacia y valor. Para ello, la ley fija el hecho diverso del hecho a probar y determina que, dado este hecho, debe entenderse verificado el hecho a probar y, por tanto, las consecuencias que de él se derivan.²⁵⁹

La justificación de las presunciones legales la indica con claridad VARELA al señalar que las presunciones legales cumple una función *sustancial y extraprocesal*, además de *probatoria*, cual es la de darle seguridad a ciertos acontecimientos o situaciones de orden social, ético, familiar y patrimonial, como puede ser el conocimiento de la ley, la legitimidad de hijos nacidos dentro del matrimonio, etc. Igualmente permite tener por establecido un hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido determinado fehacientemente. Las presunciones legales no difieren de las presunciones judiciales en cuanto a su mecanismo lógico, pues también existen tres elementos: un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume.²⁶⁰

Las presunciones legales en todo sistema jurídico tienen una razón de ser, su existencia coadyuva a *proporcionar estabilidad* a una serie de relaciones que se presentan en el contexto social: relaciones de orden sociales, familiar, patrimonial, etc., en las cuales una investigación prolija sobre determinado acontecimiento puede resultar inútil, engorroso, difícil. Igualmente el legislador crea presunciones en razón de la *equidad*, otras veces para evitar el *desequilibrio de las partes* en cuanto al acceso del material probatorio.

259 FRANCESCO, CARNELUTTI. *Sistemas de derecho procesal civil*. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Bs.As. 1944. Traducción Alcalá-Zamora y Sentis Melendo. Tomo II. Pág. 539.

260 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 183.

18.2.2.1. Presunciones legales absolutas:

Hay situaciones o hechos determinados por el legislador de manera previa, que deben ser admitidos tal cual, como si fueran ciertos, sin admitir duda sobre los mismos, dándole a este hecho certeza incontrovertible y definitivo, aunque muchas veces en términos reales sean cuestionables o controvertibles. Estas situaciones sobre las cuales no se admite actividad probatoria para demostrar lo contrario (a lo que señala la norma) se les denomina presunciones legales absolutas, también conocidas como *presunciones iure et de iure* o presunciones de puro derecho.

Las presunciones *iuris et de iure*, producen una certeza definitiva y como consecuencia no admiten prueba en contrario, son presunciones indestructibles, conforme lo expresa PARRA QUIJANO.

Sostiene Devis ECHANDIA que las presunciones *iuris et de iure*, se limitan a suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para la aplicación de la norma sustancial y a darle certeza a la situación jurídica sustancial, sin imponer a nadie la carga de probar el hecho contrario, que queda definitivamente excluido. Por tanto, su relación con la regla de la carga de la prueba es menor y su carácter sustancial es más claro e indudablemente no son reglas de prueba.²⁶¹

De lo que podemos inferir que la presunción legal absoluta tiene los siguientes elementos:

- a) La presunción debe ser *calificada de forma expresa por la ley*, de ahí lo de presunción legal;
- b) Debe tener el carácter de *absoluta*, lo que implica que *no se admite la prueba en contrario*.
- c) El *hecho base debe ser acreditado* por el beneficiario de la presunción o ser deducido por el juez como un hecho que ocurrió.

Aquel sujeto del proceso a quien le favorece la presunción sólo tiene la carga de probar la existencia del hecho que sirve de base para la presunción.

Ello no significa que en la presunción legal absoluta no exista actividad probatoria, la hay, y se presenta de dos formas diferentes, el beneficiario por la presunción –como dijimos– debe acreditar el hecho que sirve de base para la presunción, cuando ello sucede, de este hecho base se desprenden consecuencias inmediatas que ponen de manifiesto el *hecho presumido*. Sobre el *hecho presumido* no se admite prueba en contrario. Por otra parte, el sujeto en contra de quien se hace valer la presunción puede realizar actividad probatoria para lograr probar la inexistencia del hecho base respecto del cual se pretende establecer el hecho presumido, si logra probar la inexistencia del llamado hecho base o presupuesto, entonces el juez no podrá aplicar la presunción.

Aunque merece mencionar que un sector de la doctrina no admite la existencia de estas presunciones, pues señalan que no son verdaderas presunciones, siendo meros preceptos o mandatos jurídicos imperativos, actos dispositivos del legislador (LESSONA), asimismo porque estas presunciones se asemejan mucho a las ficciones y por ser completamente ajenas al derecho a la prueba (Muñoz Sabaté).

Nuestro CPC señala sobre esta presunción en su artículo 278 *“cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base”*.

En la Casación No. 1766-2002-PIURA nuestra Corte Suprema ha citado este tipo de presunciones *“...en armonía con dicho propósito se contemplan, entre otros, los principios de publicidad, legitimación y buena fe registral, recogidos en los artículos 2012, 2013 y 2014 del CC, en cuyas virtudes se presume de modo “jure et de jure” que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, que dicho contenido se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez y que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos”*

18.2.2.2. Presunciones legales relativas

En las presunciones legales relativas, conocidas como presunciones *iuris tantum*, también se encuentra la participación del legislador, pues este tipo de presunción viene ya impresa en la norma, la diferencia con las presunciones *iure et de iure* es que éstas si *admiten prueba en contrario*.

En la presunción legal relativa el legislador considera a priori *cierto* un hecho presumido, sin embargo, este hecho se mantendrá en tal situación *en tanto no se demuestre lo contrario*. Así tendremos que se presume propietario al poseedor de una cosa, en tanto el sujeto perjudicado con dicha presunción no demuestre lo contrario.

La diferencia sustancial entre la presunción legal relativa y la absoluta, radica justamente en que la primera admite prueba en contrario y la segunda no. La presunción legal relativa favorece a uno de los sujetos de la relación sustantiva, haciendo presumir un hecho como cierto, el cual se mantendrá en tal situación en tanto el otro sujeto de la relación jurídica no demuestre lo contrario. Ello quiere decir que la *carga de la prueba* para probar que el hecho presumido recae en el sujeto al que no favorece la presunción. El sujeto favorecido sólo tiene que acreditar el hecho que sirve de base en la presunción. Si no se logra probar de forma fehaciente la inexistencia del hecho presumido por la disposición legal, entonces el juez debe decidirse por aplicar la presunción.

261 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo II. Pág. 684.

En caso de duda respecto de la naturaleza de la presunción legal, es decir, cuando no se puede establecer con certeza *si es absoluta o relativa*, entonces, se debe considerar sólo como presunción legal relativa.

Nuestra CPC regula esta presunción en el artículo 279: "Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de la presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso".

Este tipo de presunciones no sólo son reguladas en la legislación sustantiva: el poseedor es reputado propietario, mientras no se prueba lo contrario (Art. 912), la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios (Art. 913), se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario (Art. 914), si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (Art. 915). Las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario (Art. 970). Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario (Art. 1139). Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario (Art. 1231). Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Art. 1361).

Es también posible ubicar las presunciones legales relativas en la legislación procesal: la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda (Art. 461). Se atribuye al silencio de acreedor el carácter de manifestación de voluntad negativa en el caso de ofrecimiento extrajudicial de pago (Art. 811). Presunción de reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el extranjero a la sentencia o laudos pronuncios en el Perú (Art. 838).

18.3. DIFERENCIA ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN:

No es una tarea sencilla determinar la diferencia entre *indicio* y *presunción*. Sin embargo en esta parte del trabajo pretendemos establecer diferencias, pues la hay. Hay que partir sosteniendo que el indicio y la presunción son sucedáneos de los medios probatorios.

En primer lugar debemos indicar que tiene gran aceptación en la Doctrina la denominada prueba indiciaria, lo que significa como lo hemos sostenido que el indicio es un medio de prueba, por ello es que cotidianamente se menciona a la *prueba indiciaria*, inclusive se le menciona como madre de las pruebas. En cambio la presunción como hemos señalado en líneas anteriores es una forma de razonamiento judicial, juicio lógico del legislador o del juez, de mucha utilidad para el juez en la valoración del material probatorio, es por ello que se les conoce también como *razonamiento conclusivo*. Son pues herramientas importantes para la valoración de la

prueba. "Las presunciones no son medios de prueba, sino forma del razonamiento judicial": Arazi.

Así tendremos pues, que en la prueba indiciaria tenemos la existencia de un hecho conocido (indicador) que nos lleva a un hecho desconocido (indicado), del cual llegamos a la conclusión o certeza de que realmente ocurrió, a este último se llega gracias a una operación lógica realizada por el juez, utilizando la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicos y técnicos.

En cambio en la presunción existe un juicio de probabilidad de que un hecho ocurrió, sin tener certeza real de que así fue, pues existe presunción de su existencia, basado en el juicio lógico del legislador o del juez, en la presunción se hace uso también de las máximas de experiencia y la lógica. Se considera como cierto un hecho debido a que así lo aconsejan las máximas de experiencia. Agregamos que la *presunción es una operación del intelecto por la cual haciendo la relación adecuada se llega al conocimiento de otro hecho, el cual se presume ocurrió*. Tendremos entonces la siguiente fórmula "si se da A, se presume B" (Hedeman).

De acuerdo a lo expresado podemos señalar que indicio y presunción son dos conceptos que difieren de su contenido pero que tienen elementos comunes, ambos parten de un hecho, una conducta u otro elemento, pero que nos ayudan a descubrir la existencia de otro hecho o a presumirlo. Ambas hacen uso de las máximas de experiencia, usan la lógica para lograr su propósito y los conocimientos técnicos o científicos. Ambas ayudan a resolver los conflictos de intereses de manera correcta, cuando no hay prueba directa en la cual el juez pueda sustentar su decisión, por ello reciben también el nombre de pruebas indirectas.

Los elementos comunes entre indicio y presunción son: un hecho conocido, regla de experiencia, deducción y conclusión. Sin embargo el indicio está constituido por una señal, vestigio, huella. Esta por tanto una cosa, un hecho, un suceso conocido del cual se infiere otro, en tanto que la presunción es pues una forma de pensar, pero de forma lógica.

Aunque conviene informar sobre la existencia de posiciones en la Doctrina que consideran al indicio y presunción como voces sinónimas²⁶², aquí encontramos a LESSONA, GUASP, PALACIO, BONNIER, MITTERMAIER²⁶³. La presunción es un término

262 SERRA DOMÍNGUEZ precisa "por nuestra parte, debemos señalar que no existen otras diferencias entre presunción e indicio que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. Mientras que el indicio es elemento inicial de que parte la presunción, ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero, causal y lógicamente". SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Estudios de derecho procesal*. Editorial Ariel. Barcelona 1969. Pág. 702.

263 Este autor conoce al indicio y presunción como la prueba artificial, de las cuales señala se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen hechos, y ello son los medios de hacerla funcionar; agrega que los prácticos y el legislador las emplean indistinta-

más jurídico en cambio el indicio es más científico conforme lo precisa GORPHE. En cambio CARNELUTTI precisa que el indicio corresponde a la dogmática penal y la presunción al derecho civil, criterio éste último superado en la doctrina actual, pues los indicios y presunciones se pueden utilizar en ambos procesos.

Los que abogan por la distinción de estos dos institutos son SENTÍS MELENDO, PRIETO CASTRO, MANZINI, FRAMARINO DEI MALATESTA, PARRA QUIJANO²⁶⁴, Antonio ROCHA, DANIEL SUÁREZ, entre otros.

Cuando se trata de presunciones hominis éstas se parecen mucho a prueba indiciaria, pues tiene como base común la de ser construidas por el juez. Existiendo una posición en la doctrina vinculada a que el indicio se vincula a la presunción *hominis*, dando el nombre de presunción sólo a la presunción iuris (seguida por Alcalá Zamora y Ricardo Levene). Aunque podemos indicar como diferencia entre ambas que el indicio puede ser anterior, simultáneo o posterior al hecho desconocido que se busca establecer, pero en la presunción judicial el indicio aparece luego que el hecho investigado y el indiciario acontecieran. Tenemos entonces que cuando se presume el hecho indicio y el indicado deben haber sucedido.

En la línea de distinguir entre indicio y presunción PARRA QUIJANO sostiene que no cabe la menor duda que el indicio y la presunción son dos conceptos diferentes: a) el indicio es un hecho que para que signifique algo, el interprete debe agregarle una presunción, basada en las reglas de la experiencia para deducir otro hecho que es el buscado. En una forma gráfica se puede decir que la presunción de hombre es la regla de experiencia aplicada a un hecho concreto que le permite al juez encontrar otro hecho igualmente concreto. Ejemplo: hay una regla de experiencia que dice que quien fuga, que quien huye, es porque tiene conciencia de ser culpable. Pedro se fugo, huyó del sitio (este hecho material no significa nada), le agregamos la regla de la experiencia indicada anteriormente, y tendremos: Como Pedro fugó, posiblemente es culpable. b) Si la presunción que elabora el hombre es correcta, los hechos indicante e indicado, deben haber sucedido antes de que el hombre elabore la presunción; porque de otra manera ésta resultaría siendo creadora de hechos, cosa que no corresponde a la ciencia del derecho probatorio y resultaría muy peligroso para las partes en el proceso civil y para el enjuiciado en el proceso penal.²⁶⁵

Resalta en la Doctrina la importante visión que tiene del tema VÍCTOR DE SANTOS quien aboga por la diferencia entre la presunción y el indicio, así los indicios operan como base o supuesto de hecho de la presunciones judiciales y que éstas concurren en la apreciación de aquellos, puesto que son principios lógicos fundados en la

mente. Mattermaier, C. J. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Reus. Madrid 1959. Pág. 437.

264 Sostiene PARRA QUIJANO que no es adecuado confundir el indicio (hecho) con el razonamiento que hace el juez con sustento en él. La presunción judicial no crea hechos, de tal manera que cuando se aplica el hecho indicios y el investigado, deben, necesariamente, haber ocurrido.

265 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 97-98.

experiencia común o en conocimientos especializados, que conducen al magistrado a apreciar el mérito convicto de aquéllos. El indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial consiste en el argumento lógico, basado en las máximas de experiencia o conocimientos especializados, que le permite al juez otorgarle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya comprobación se trata. La presunción judicial sirve de razón para calificar o apreciar el mérito probatorio de los indicios y, por consiguiente, no puede confundirse con éstos.²⁶⁶

Las posiciones que creen en la sinonimia entre el indicio y la presunción parten de una posición estática de las instituciones, pues la presunción como ya sostuvimos es un juicio lógico, razonamiento conclusivo, por lo cual no puede convertirse en un hecho que sirve para probar otro hecho. Por ello MANZINI citado por MUÑOZ SABATÉ²⁶⁷ enseña que mientras la presunción deviene el resultado de una deducción obtenida de una regla de la experiencia, el indicio constituye el fruto de una inducción, en cuanto a que a lo abstracto une lo concreto. Nos presenta un ejemplo para graficar lo dicho: *Premisa mayor*: de ordinario el que sale clandestinamente y de noche de una casa ajena con una saco en la espalda ha cometido un hurto (presunción relativa). *Premisa menor*: al imputado se le vio salir clandestinamente y con un saco a la espalda y durante la noche en que se cometió el hurto (indicio). *Conclusión*: luego el imputado está indicado como autor del hurto cometido aquella noche en aquella casa.

El indicio y la presunción definitivamente son dos instituciones distintas útiles para el juez en la tarea de valoración. Por ello MUÑOZ SABATÉ -quien tomó partido en este debate- menciona un binomio, *el indicio como hecho base y la presunción como inferencia*. Sostiene que el indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella. El indicio, de *inde dico*, "de allí digo", es lo que nosotros llamamos dato inferidor, o hecho base (en ciertos casos, *facta concludentia*) y el Código Civil denomina "hecho demostrado" (art. 1253). Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es monobásica se compondrá de un solo indicio; si es polifásica, de varios.²⁶⁸ Nos quedamos con una frase impactante de MUÑOZ SABATÉ para determinar la diferencia entre indicio y presunción: "*decir que el indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego*".

En rigor los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción, son los indicios - sostiene ARAZI; las presunciones son la consecuencia de la labor intelectual del juez para extraer conclusiones de los indicios. Citando

266 VÍCTOR DE SANTO. *La prueba judicial*... Op. Citada. Pág. 673.

267 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 238.

268 MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 241.

a Rocco precisa que los indicios son fuentes de presunciones y de diferenciación de las fuentes de prueba en que de los primeros se infieren no ya la certeza de la existencia de un hecho desconocido –como sucede con las segundas– sino sólo la razonabilidad, según las reglas usuales de la vida práctica, de que aquel haya existido.²⁶⁹

18.4. DIFERENCIA ENTRE FICCIÓN Y PRESUNCIÓN

Normativamente en nuestro medio se entiende por ficción legal a “la conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario” (Art. 283 del CPC).

En realidad la similitud se presenta entre la *ficción legal* y la *presunción legal absoluta*, pues ambas muestran como verdadero, un hecho que muchas veces realmente no lo es. Ambas parten del criterio lógico que maneja el legislador para dar por verdaderos, hechos que no se condicen con la realidad material. Ambas no admiten prueba en contrario. Existen diferencias sustanciales y rasgos en común entre la ficción legal y la presunción legal absoluta, a tal punto que un procesalista renombrado como ROSENBERG ha estimado que las presunciones *iure et de iure* son en realidad ficciones.

MUÑOZ SABATÉ precisa que se ha señalado para este instituto una cierta conexión con el también instituto de las *ficciones*, ya que tanto la presunción legal absoluta como éstas últimas, surten igual efecto que las realidades debidamente probadas, por ser realidad que proclama la ley misma. Es decir, la fuente de ambas ficciones está en el legislador, viniendo a diferenciarse solamente en que así como la ficción representa una afirmación hecha por aquel en el acontecimiento de la falsedad, la presunción es la resolución de una duda pronunciándose en determinado sentido.

Devis ECHANDIA entiende que la ficción, a diferencia de las presunciones, sólo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otra diferente, como si fueran iguales. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iure et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción legal es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta.²⁷⁰

Así, se *presume* que todos sin excepción conocen la exactitud del registro, sin admitir prueba en contrario. Hecho imposible en la realidad pero que el legislador ha optado como presunción legal absoluta, utilizando una máxima de experiencia del

269 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 127.

270 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 691.

legislador. De no tener esta presunción sin admitir prueba en contrario, nos traería muchos problemas de prueba en el proceso, pues cualquier podría alegar que desconoce por ser materialmente imposible que sepa el contenido del Registro.

Así tendremos como *ficción legal*, sin admitir prueba en contrario que todos conocemos la ley, aunque en la realidad no sea un hecho materialmente posible. También la ficción de considerar sujeto de derecho y darle personalidad jurídica a un concebido, como si tuviera vida, entre otras. Aquí no hay uso de una máxima de experiencia de experiencia, sino una imposición más bien del legislador en el caso del concebido para darle protección jurídica y en el caso del conocimiento de la ley para evitar la alegación de su ignorancia.

19. PRUEBA ILÍCITA

Al pronunciar el vocablo *prueba ilícita* nos ponemos a reflexionar de inmediato sobre su término contrario o antónimo, es decir, el de *prueba lícita*. Ello nos lleva a señalar que en ambos vocablos hay dos términos comunes: el de *prueba*, pero a la vez existen dos palabras que se contraponen: *licitud* e *ilicitud*.

Nuestro ordenamiento jurídico en general se encarga de desterrar conductas humanas que se vinculen con la ilicitud, aquellas que se contravengan el ordenamiento jurídico (conducta antijurídica), propone más bien la protección y tutela de las conductas vinculadas a lo lícito, es decir, aquellas que se condicen y relacionan con el sistema jurídico. Ello no es ajeno a la actividad probatoria en el proceso, por lo cual se exige que los medios de prueba que las partes pretendan incorporar al proceso respondan a términos de licitud en su obtención.

Aunque la situación no es de por sí tan sencilla, ya que se trata de impedir que al proceso ingrese determinado material probatorio y que además no sea permitida su valoración por el juez, cuando ésta fue obtenida directa o indirectamente violentando *derechos fundamentales*.²⁷¹ Ello significa que el análisis para determinar si la prueba es ilícita o no lo es, debe partir necesariamente desde la *óptica constitucional*, pero realizada dentro del proceso con todas las garantías.

El derecho procesal propone que las pruebas que se incorporen al proceso – sea por actividad de las partes o en virtud a la prueba oficiosa del juez – se encuentren encapsuladas en un manto de licitud y que en su obtención no se haya configurado ningún tipo de violación de derechos fundamentales. Lo que quiere decir que la prueba ilícita no tiene cabida en el proceso civil y sin temor al error en ningún tipo de proceso contemporáneo.

271 GONZÁLES MONTES precisa que la ilicitud de la prueba está referida al momento de su obtención, y prueba ilícita sería aquella que se ha obtenido por medios ilegítimos, es decir vulnerando derechos fundamentales. GONZÁLES MONTES, José Luis. “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”. En Revista de Derecho Procesal. Editorial Edersa S.A. Madrid 1990. No. 01 Pág. 29-44.

Conviene señalar pese a lo expuesto, que, en la doctrina y la jurisprudencia se mantiene un debate ardoroso y a la vez apasionante sobre la *prueba ilícita* llamada también *prueba prohibida*. Aunque se suele distinguir entre *prueba ilegal* y *prueba ilícita*, dentro de la primera encontramos a la prueba que es el resultado de la contravención de normas procesales de carácter formal, en cambio en la segunda ubicamos a las obtenidas con infracción de normas sustantivas, de jerarquía constitucional o legal, pero que reconocen derechos fundamentales. En ambos casos, la consecuencia de la existencia en un procesos de este tipo de pruebas es distinta; en el primer caso la prueba ilegal se sanciona con el mecanismos de la nulidad procesal, cuando se trata de prueba ilícita en cambio la consecuencia es más funesta y grave se debe declarar la inexistencia o exclusión de la misma dentro del proceso. Esto último significa que la sentencia no debe contener ni basarse en medios de prueba que se hayan obtenido contraviniendo derecho fundamentales.

El profesor Picó postula diferencias entre la *prueba ilegal* y la *prueba ilícita*, la ilicitud y la ilegalidad son dos conceptos que inciden directamente sobre la eficacia del derecho a la prueba, siendo ambos un límite intrínseco a ese derecho. La ilicitud de la prueba comporta la vulneración de cualquier derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba y su consecuencia procesal es la imposibilidad de que "surta efecto alguno", esto es, que pueda ser valorada por el juez. La ilegalidad de la prueba comporta también la limitación del derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por ley. Lo que se está prohibiendo aquí es la obligación del juez de hacer cumplir las normas referentes al procedimiento probatorio, por lo que deberá denegar toda aquella prueba que suponga infracción de ese procedimiento, como pretender aportar extemporáneamente un documento o un dictamen pericial privado.²⁷²

Los antecedentes de la llamada prueba ilícita se encuentran vinculados a Derecho Romano donde encontramos la máxima "*nemo ex suo delicto meliorem summa conditionem facere potest*" que equivale a establecer como principio que quedaba proscrito todo aprovechamiento que se hacía de cualquier comportamiento ilícito. Sobre el particular GÁLVEZ MUÑOZ²⁷³ señala que debemos el desarrollo de la prueba ilícita a la labor realizada por distintos autores y tribunales de diferentes lugares desde el último cuarto de siglo XIX y está hoy presente, con mayor o menor extensión y rigidez, en la mayor parte de los países civilizados, considera que es consustancial a todo ordenamiento democrático. Pero resalta que en esta tarea destacan con toda justificación dos: primero, el jurista alemán ERNST BELING, que en 1903 publicó su famosa obra "Las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en el Derecho Penal", y segundo, y sobre todo, al Tribunal Supremo nor-

272 PICÓ I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Ponencia presentada en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizado en la Universidad de Lima, octubre de 2008. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Pág. 407-435.

273 GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Editorial Aranzadi S.A. Navarra 2003. Pág. 50.

teamericano, gracias, especialmente, a la impronta liberal marcada por los jueces Oliver W. Colmes y Earl Warren.

Conforme a la óptica de ADA PELLEGRINI²⁷⁴ la cuestión de la denominada "prueba ilícita" se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y desde el punto de vista de la política legislativa en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respecto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación. Agrega que la prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida. La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo.

Según Jorge CARDOSO²⁷⁵ existe otra clase de prueba que, inclusive siendo eficaces, su práctica está prohibida de modo expreso o tácito por las leyes que consagran o reglamentan el respeto y la dignidad debido a la persona humana. Estas pruebas también deben ser rechazadas por el juez, no por ineficaces sino por estar legalmente prohibidas. Son las pruebas ilícitas, las cuales, en ciertos casos, pueden llegar a ser eficaces, por ejemplo el testimonio rendido por el médico, el abogado o el confesor con violación de su secreto profesional, o la inspección judicial de papeles o documentos amparados con reserva legal como la correspondencia confiada a los telégrafos o correos.

Sostiene Enrique FALCÓN que es prueba ilícita en general cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos en la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado.²⁷⁶

Conviene consignar el pensamiento de MONTERO AROCA²⁷⁷ sobre la prueba ilícita sobre todo la aclaración que ensaya sobre su denominación, aclara en tal sentido que *los medios de prueba no son nunca ilícitos, ni pueden serlo*. Si el medio de prueba es actividad que se practica en el proceso, esa actividad puede ser legal o ilegal, es decir, acomodada o no a la norma procesal, y en su caso podrá declararse nula. Agrega que *la ilicitud se refiere al modo en que se han obtenido las fuentes de prueba*, a cómo la parte ha llegado tener conocimiento de la existencia de la fuente, y en su caso podrá declararse que la fuente no puede ser asumida en el proceso, porque en éste no se trata de lograr la verdad a cualquier precio.

Con respecto a la prueba ilícita podemos intentar el siguiente perfil que engloba los aspectos generales de la institución, con la advertencia que en ello no se agota su tratamiento, así tenemos

274 PELLEGRINI GRINOVER, ADA. Pruebas Ilícitas en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Setiembre de 1995. Año 7, No. 10. Versión digital. Traducción del portugués por Elpidio Ramón Monzón. Se ubica en www.poder-judicial.go.cr.

275 CARDOSO ISAZA, Jorge. *Pruebas Judiciales*. Op. Citada. Pág. 31.

276 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Pág. 770.

277 MONTERO AROCA, Juan. "Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)" en *La prueba en Revista del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid 2000. Pág. 296.

- a) La doctrina conoce también a la *prueba ilícita* como *prueba prohibida*.²⁷⁸ Otros autores como María SAENZ ELIZONDO se refiere a la *prueba obtenida por medios ilícitos*.²⁷⁹ Sin embargo, según MANUEL MIRANDA ESTRAMPES se le conoce también como *prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular* y hasta *prueba clandestina*.²⁸⁰
- b) La prueba ilícita es toda aquella obtenida con la utilización de medios ilícitos, los cuales contravienen principios y normas establecidas en la Constitución o en cualquier otra norma de contenido sustantivo del ordenamiento jurídico. Aunque se entiende también como prueba ilícita aquella que es nula de pleno derecho por haberse obtenido con violación al debido proceso.
- c) La prueba ilícita tanto como su obtención y oportunidad de producción, es *normalmente anterior y exterior al proceso*.
- d) *El derecho a probar* aun encontrándose constitucionalmente garantizado y correspondiendo a todo aquel que recurre al órgano jurisdiccional no es absoluto, pues *encuentra un limitante en la prueba ilícita*, por lo cual no es posible ofrecer, admitir, actuar ni valorar pruebas de esta naturaleza. Visto desde otra óptica la prueba ilícita *le genera al juez un limitante en la etapa de apreciación de la prueba*, pues la convicción no se puede lograr de forma libre por el juez sino que está configurada por la valoración de todo el material probatorio que se haya obtenido de forma regular, no de modo ilícito. De cierto modo ello garantiza que las partes no funden sus pretensiones en pruebas prohibidas ni que el juez sustente sus decisiones en ellas.

278 PICÓ I JUNOY precisa que los términos de prueba ilícita y prueba prohibida no resultan excluyentes, la prueba prohibida es un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de su admisión y la prohibición de valoración. Citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES en "La prueba ilícita: concepto y clases" ubicado en www.premium.vlex.com.

279 María SAENZ profesora de la Universidad de Costa Rica define a la *prueba obtenida por medios ilícitos* como aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios de derecho positivo, agrega que tiene relación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en el proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar. María ANTONIETA SAENZ ELIZONDO en "*La prueba ilícita en el proceso penal*" ubicado en www.ciencias penales.org.

280 Zapata García expresa que es *prueba irregular* aquella obtenida o practicada con transgresión de normas que participan de la construcción protectora de un derecho constitucional. "Dentro de este concepto podemos incluir las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental". La *prueba viciada* de que hablan algunos autores se refiere a la capacidad de ser valorada como veraz, con total independencia de su modo de obtención. La *prueba clandestina*, por último, es aquella que se obtiene con un comportamiento oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas. Este concepto no aporta ninguna particularidad en tanto se encuadra perfectamente dentro del de prueba ilícita. ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita. Editorial LexisNexis. Santiago 2007. Pág. 23.

- e) La prueba ilícita *tiene como hábitat natural al proceso*, en él se puede determinar analizando el material probatorio, si alguna prueba aportada al proceso se encuentra afectada de ilicitud en su obtención, la denuncia de este vicio puede provenir de las partes aunque es admisible que pueda ser cuestionada de oficio por el juez al momento de la admisión del material probatorio.
- f) En el proceso la prueba ilícita tiene dos momentos de trascendencia: el primero referido a la decisión de *su admisión* al proceso²⁸¹, el juez no debe admitir medios de prueba de esta naturaleza, debe más bien desterrar la prueba ilícitamente obtenida; y segundo, a *su valoración*,²⁸² cuando esta prueba fue admitida sin reparo respecto de su ilicitud, el juez no debe basar su decisión en pruebas obtenidas de forma ilícita.²⁸³
- g) La sentencia dictada sobre la base de una prueba ilícita es nula y su nulidad debe ser declarada oficiosamente por el Juez A-Quem. Inclusive esta situación podría generar la interposición de un proceso constitucional hábeas corpus o de amparo con la finalidad de lograr su nulidad con indicación precisa de las pruebas ilícitas, el destierro de las mismas del proceso y la emisión de una nueva decisión.

281 Haciendo un comentario de la legislación española (precisamente el artículo 11.1 de la LOPJ) señala que debe entenderse que el juez no puede pronunciarse *ex officio* sobre este punto e inadmitir *ab initio* una prueba por ilícita. Si ello es así, debemos preguntarnos ¿qué sentido tiene esta peculiar regulación en la que primero se admite la prueba para, con posterioridad, declarar su ineficacia por ilícita? Probablemente el legislador al formular esta regulación ha sido consciente de dos hechos: la extrema dificultad externa de apreciar *in limine* la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada; y la oportunidad —y necesidad— de articular un incidente contradictorio en el que discutir y verificar la ilicitud de la prueba. Con esta nueva regulación el legislador ha querido evitar que el juez realice prejuicios frustrantes del derecho a la prueba, por lo que respetando la eficacia de este derecho prefiere que el litigante perjudicado por la presunta ilicitud de una prueba pueda defenderse. En todo caso, entiendo que si el juez aprecia inicialmente esta presunta ilicitud de la prueba deberá admitirla e iniciar el procedimiento incidental contradictorio previsto en el artículo 287 LEC. PICÓ I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

282 GERHARD sostiene una tesis muy analítica sobre el particular, señala que la libre apreciación de la prueba intervendría en el tiempo y por lógica sólo tras haberse resuelto, sobre la base de *otras reflexiones*, la cuestión de la admisibilidad o del cumplimiento del deber de esclarecimiento. Sólo cuando se haya aclarado que determinada circunstancia constituye un motivo de prueba lícita, se pasará en vista de esa circunstancia a apreciar la prueba. Sólo cuando unas circunstancias hayan sido lo suficientemente aclaradas, podrá darse comienzo a la apreciación. Las cuestiones relativas a la admisibilidad y al esclarecimiento tienen que resolverse con el auxilio de criterios que nada tiene que ver con la libre apreciación de la prueba. GERHARD WALTER. Libre apreciación de la prueba. Editorial Temis Librería. Bogotá 1985. Pág.327. En ello GERHARD tiene absoluta razón y compartimos su tesis, ya que la apreciación o valoración de la prueba sólo debe darse una vez levantado el manto de ilicitud que recae sobre determinados medios de prueba denunciados como portadores de ese vicio.

283 No podemos dudar sostiene María SAENZ de que cuanto el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valor la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En conclusión realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino un juicio que se apoya en la prueba válida. En "La prueba ilícita en el proceso penal" ubicado en www.ciencias penales.org.

- h) En el proceso es donde se debe decidir sobre *la exclusión*²⁸⁴ de la prueba ilícita (en la etapa de valoración) cuando su obtención se haya realizado vía configuración de un atentado a los enunciados constitucionales que protegen y reconocen derechos fundamentales, principios generales de naturaleza sustantiva o procesal o establecida en normas legales. Aunque se aprecia la diferencia entre prueba ilegal o ilegítima y prueba ilícita.²⁸⁵
- i) En el tópico de la prueba ilícita es concurrente la *contraposición de valores importantes*: la búsqueda de la verdad (soportada en el derecho a la prueba) y la garantía y respeto de los derechos fundamentales.²⁸⁶
- j) Si bien en este tópico el principio general es que el juez no debe basar su decisión en pruebas obtenidas de forma ilícita, sin embargo *corresponderá al juez proponer la atenuación de esta regla, haciendo la confrontación de este principio con otros valores constitucionalmente relevantes*.²⁸⁷ El juez al resolver debe poner en la balanza valores o principios y contrastarlos con otros, determinando cuál de ellos debe prevalecer en el caso particular. Ello en nuestra realidad se puso en evidencia con los famosos "vlavideos". La doctrina en esta situación propone la aplicación de la *teoría de la proporcionalidad*.²⁸⁸ Aun-

284 Debe entenderse como *exclusión* en materia de prueba ilícita al mecanismo que utiliza el juez para *expurgar* del proceso la prueba que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales. La exclusión tiene dos aristas: el *rechazo* de este tipo de medio de prueba y la *no valoración* de la misma, lo que implica que en la sentencia el juez no debe tomarla en cuenta para sustentar su decisión.

285 Enrique FALCÓN refiere que en el derecho estadounidense existe la denominada "audiencia de exclusión" (*exclusionary hearing*) se trata de una audiencia prejudicial para quien alegue prueba obtenida ilegalmente y sea revisada por el juez del juicio para determinar si es o no admisible en el proceso. Agrega que la *illegality* (ilegalidad) es todo aquello contrario a los principios del derecho, que es diferenciado por las reglas del procedimiento y que la obtención de la prueba ilícita (*illegally obtained evidence*) es la prueba obtenida con violación de los derechos de defensa. FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. Op. Citada. Pág. 772.

286 Conforme sostiene GALVEZ MUÑOZ desde el punto de vista de la prueba ilícita en el proceso penal en estos casos se encuentran en conflicto dos intereses que están constitucionalmente protegidos, aunque plantean exigencia procesales absolutamente contrapuestas: a) el interés público en *descubrir la verdad en el proceso que en cada ocasión se está instruyendo*, es decir, en lograr la reconstrucción fiel del caso planteado ante los tribunales de justicia, y ello con el fin de que éstos puedan aplicar correctamente el Derecho y acercarse, así, al ideal de la justicia material y a la realización de otros valores relevantes, como la protección de la sociedad frente a los delincuentes, la desincentivación de la autotutela privada o la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia; b) en segundo término y enfrentado al anterior, se *encuentra el interés también de carácter público en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos*, es decir, en otorgar la máxima protección jurídica a los mismos, a fin de lograr su plena realización. GALVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba... Op. citada. Págs. 54 -55.

287 En el proceso penal se habla de un *interés preponderante de la sociedad* a saber la verdad sobre los hechos y sancionar el delito y el *interés del procesado* quien tiene el derecho a defenderse y ser sometido a un proceso justo, recibiendo una sentencia que no esté basada en pruebas obtenidas de forma ilícita. En el proceso civil se contrasta el derecho a probar de una de las partes y el derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba ilícita.

288 Es el caso de los divorcios por adulterio o conducta deshonorosa que se prueban con interceptación telefónica realizada por el cónyuge que sospecha de la conducta de su consorte y grava las

- que finalmente de existir ilícitos penales en la obtención de la prueba si se aplica este tesis, el juez debe oficiar al Ministerio Público a fin de que investigue y denuncie ante la autoridad judicial los ilícitos cometidos durante la obtención de la prueba.
- k) En el proceso civil podemos ubicar generalmente como pruebas ilícitas: aquellas obtenidas vulnerando el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, las que violentan el domicilio, las producidas bajo grave amenaza o intimidación, las obtenidas vulnerando el derecho a la libertad, entre otras.
- l) Es posible encontrar pruebas que en si mismas son lícitas, obtenidas con todas las garantías y respeto a los derechos fundamentales, pero pueden engarzarse dentro de la configuración de "*pruebas ilícitas por derivación*", son aquellas a las que se arriba por información recopilada por una prueba ilícitamente configurada.²⁸⁹ La doctrina no se ha puesto de acuerdo si éstas deben tener el mismo tratamiento que las pruebas propiamente ilícitas²⁹⁰, aunque mayoritariamente se admite que en el proceso estas pruebas deben ser excluidas porque también existe ilicitud en su obtención.²⁹¹
- m) Las pruebas ilícitas derivadas son producto del precedente de los Tribunales Americanos que han generado la teoría de los "*frutos del árbol envenenado*".

conversaciones telefónicas entre su cónyuge y un tercero o con interceptación de mensajes de La Internet. En este caso en concreto encontramos por cierto en la balanza: por un lado el derecho a la intimidad del cónyuge demandado y el derecho al secreto de las comunicaciones y del otro, el derecho a la prueba del actor. Es aquí donde se busca la aplicación del *principio de proporcionalidad*, para contrastar cuál de los derechos debe primar sobre el otro, entendiendo siempre que los derechos que asigna la constitución y las garantías que de ella se derivan no deben interpretarse nunca en sentido absolutista.

289 Cuando una persona obstinada en la obtención de su divorcio viola el domicilio de su cónyuge -de la cual vive separado- para llevarse las cartas o misivas, tarjetas u otros objetos que demuestren que sostiene una relación amorosa con otra persona o interviene en esa morada su computadora personal y sustrae en elementos electromagnéticos toda la información que esta tenía y que se encuentra estrechamente relacionada a la relación adulterina con un tercero. Aquí las cartas y la información son pruebas que en circunstancias normales si son presentadas por las partes y que hayan sido obtenidas de manera regular son lícitas, sin embargo, aquí tenemos el quid de la *derivación*, pues ellas derivan de la violación de domicilio ejercitado en contra de la parte demandada. Otro ejemplo es cuando un sujeto utilizando la tortura o grave amenaza logra que otro sujeto declare por escrito (firme una declaración jurada) en la cual admita que simuló un acto jurídico con otra persona, con el objeto de perjudicar al torturante en su patrimonio o en una acreencia.

290 En el derecho español se establecieron criterios de permeabilidad de las reglas sobre prueba ilícita, sobre todo en la denominada *prueba derivada* creando la doctrina de la *conexión de antijudicialidad* por el cual no toda prueba que deriva de prueba ilícita es también ilícita, por lo cual hay que realizar una operación lógico deductiva que permita determinar su relación.

291 En estos casos se aconseja utilizar un mecanismo para establecer si la prueba obtenida deriva o no de la prueba ilícita, llamado *supresión mental hipotética*, el cual consiste en suprimir el acto viciado y se verifica si, sin él, racionalmente se hubiera llegado al acto regular. Si el resultado es positivo, el medio de prueba se puede valorar, en este caso se aconseja hacer uso de las máximas o reglas de la experiencia.

nado"²⁹²(*fruit of poisonous tree doctrine*), que tiene un significado simple: *si la planta o árbol está afectado de algún vicio, éste es transmitido a todos sus frutos*. Razón por la cual ni el árbol o planta (prueba ilícita) o sus frutos (prueba ilícita derivada) tienen cabida en el proceso. A esta teoría la doctrina la conoce también como "*regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente*" (Maier, Cafferata, De Marino).

Picó sostiene que la doctrina de los frutos del árbol envenenado viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas, pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental. Rechazando a la doctrina y jurisprudencia de su país que entienden que la teoría de origen norteamericano, de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita) haya sido recogida por el artículo 11.1 de la LOPJ,²⁹³

- n) También se conoce en esta materia la *doctrina del "tinte diluido"* que tiene que ver con prueba derivada de otra prueba que a su vez es prueba ilícita derivada. Propone la doctrina la admisión y valoración de este medio de prueba en el proceso, pues no tiene relación directa con la prueba ilícita, su relación es más bien distante.
- o) En la prueba ilícitamente obtenida es admisible la *excepción de buena fe* (*good faith exception*), por la cual la prueba no puede ser excluida o suprimida del proceso cuando fue obtenida por una de las partes pero que en dicho accionar *actuó de buena fe*, porque erróneamente consideró se encontraba haciendo lo correcto (buena fe creencia), se creyó autorizado para ello, creyó tener derecho a su obtención. Esta excepción tiene uso frecuente en el derecho estadounidense siendo sus jueces pioneros en su aplicación, por ejemplo en el caso *US vs. Peltier* resuelta por el juez Rehnquist y el caso *Stone vs. Powell* sentenciada por el juez White. En esta excepción se requiere de la buena fe del sujeto infractor.

292 La doctrina de los frutos del árbol envenenado, desarrollada en Estados Unidos a partir del caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, 1929, en el que se decidió que no se podía intimar a una persona para entregara documentación a cuyo conocimiento había llegado la policía a través de un allanamiento ilegal. La expresión que alude a esta doctrina: "*fruit of the poisonous tree*" la acuñó el juez Frankfurter en el caso *Nardone V. United States*, 1939 en los siguientes términos: "Once that established—as was plainly done here—the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin" ("Una vez que está establecido—como lo ha sido plenamente aquí— el juez del caso debe dar oportunidad; por mucho que sea estrechamente restringida, al acusado para probar que una parte substancial del caso seguido en su contra ha sido un fruto del árbol venenoso. Esto deja amplia oportunidad al Gobierno para convencer a la Corte que su prueba tuvo un origen independiente). ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita. Op. Citada. Pág. 28-29.

293 Picó I Junoy, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

- p) Cuando se decida la inadmisión de una prueba que el juez considera ilícita debe darse la oportunidad a la parte que la propuso para que haga valer la vía recursiva y esta decisión impugnada pueda ser analizada a mayor profundidad por el órgano judicial superior, el cual deberá verificar si la decisión tomada por el juez A-Quo es la correcta o no lo es. Lo que se debe impedir en este caso es que la decisión sea en única instancia e inapelable.
- q) La prueba ilícita tiene sustento en normas de Derecho Internacional vinculadas a Derechos Humanos, así el *Estatuto de Roma* señala en su artículo 69 punto 7 "no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derecho humanos internacionalmente reconocidos cuando: a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él". De igual forma encontramos al artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el numeral 10 de la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*.
- r) Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia derivada del expediente No. 2053-2003-HC/TC que "la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable". Sin embargo tenemos precedentes de este mismo nivel en el Derecho Comparado.²⁹⁴

Nuestro CPC ha regulado de manera muy general el tópico de la prueba ilícita en su artículo 199 refiriéndose la "*ineficacia de la prueba*" definiendo que *carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno*.

294 Sobre jurisprudencia existe un decisión emblemática del TC de España referida a la prueba ilícita, es la sentencia 114/84 del 29.11.84 con la que en sede de amparo promovido por un trabajador que en la vía laboral había recibido una sentencia que justificaba su despido basado en una falta grave acreditada con conversaciones grabadas violentando el derecho a la comunicaciones, la sentencia desestimó el amparo pero dejó sentado criterio sobre una teoría general de la prueba ilícita. El ponente en esta sentencia fue nada menos que el renombrado LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Con esta sentencia el TC español perfiló la prueba ilícita que luego fue recogida por el legislador para integrarla en el Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, este es el origen de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales en este País. La Constitución en el artículo 24.2 tiene contenida disposición vinculada a la prueba ilícita. Aquí un extracto de esa decisión "...lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos". "...Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita".

Esta fórmula legal no menciona el vocablo "*prueba ilícita*" ni menciona la afectación que ésta puede producir en derechos fundamentales en su obtención, tampoco dicta pautas respecto a las reglas de excepción, ni del principio de proporcionalidad, felizmente la doctrina se encargó de esta labor y el juez civil debe echar mano a lo producido por ella para resolver problemas en el proceso que se vinculen a prueba obtenidas violentando derechos fundamentales.

Desde un análisis de la afectación de derechos fundamentales con la prueba ilícita el maestro español Picó afirma que la ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba. La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible, al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.²⁹⁵

Existe una norma en el derecho comparado más completa que merece citarla para graficar el avance de derecho escrito en esta materia, así tenemos el artículo 287 del LEC, Ley 1/2000:

1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Conforme a esta norma es admisible la denuncia de parte sobre la existencia en el proceso de prueba ilícita aunque cabe la posibilidad de la actuación *ex officio* del juez. Esta situación se discute en audiencia con participación de las partes, realizando actuación de pruebas (pertinentes y útiles) que ayuden a decidir si se trata o no de una prueba ilícita. La impugnación inmediata de lo decidido está restringida a la reposición, sin embargo puede el desfavorecido reservarse este tema como argumento en la apelación de la sentencia.

295 Picó I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

20. LA PRUEBA DE OFICIO

La prueba de oficio en el proceso civil es un tópico que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudiosos del Derecho Procesal, precisamente porque la doctrina presenta un panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez pueden tener actividad probatoria en el proceso,²⁹⁶ este último se encuentra habilitado para ello en situaciones determinadas, en tal caso nos encontramos frente a una actividad *ex officio iudicis* en la aportación de material probatorio.

El principal escollo encontrado en este tópico son las objeciones de la doctrina con respecto a esta actividad oficiosa del juez en materia probatoria, ya que ésta puede producir: a) Afectación del principio de imparcialidad; b) Vulneración del derecho al debido proceso; c) Quiebra el criterio de igualdad de las partes.

Para desentrañar la problemática presentada en la actividad probatoria oficiosa del juez debemos partir precisando:

- a) Que en el proceso se requiere siempre verificar la verdad;
- b) Debemos determinar el tipo de juez que llevará adelante el proceso: "el juez director del proceso", "el juez dictador" o "el juez espectador"
- c) Se debe determinar si esta actividad oficiosa del juez constituye "una facultad" o "una obligación".
- d) Si el justiciable requiere de una sentencia justa y que resuelva definitivamente el conflicto de intereses o se dicte una sentencia formalmente válida pero que no satisface al justiciable y crea desconfianza en la actividad jurisdiccional.

Empezaremos refiriéndonos a uno de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro proceso civil, *el principio dispositivo* por el cual el proceso civil sólo puede ser iniciado y desarrollado por las partes, el impulso corresponde estrictamente a las partes (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*), son ellas las que proponen las pretensiones (*petitium*), los hechos que la sustentan (*causa petendi*), llamado también objeto del proceso (el juez no puede incorporar hechos) y las pruebas que acreditan lo afirmado, la actividad probatoria corresponde estrictamente a las partes. Las partes tienen el derecho de disposición sobre el derecho material (*de la res in iudicium deductae*) por desistimiento, conciliación o transacción. Conforme informa este principio el juez no puede ir más allá de lo que

296 "(...) constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo 189 del código adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio sólo cuando los demás medios de probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, contrario sensu, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio". Casación No. 2601-98- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de junio de 1999.

proponen las partes, de lo cual se deriva el *principio de congruencia procesal* (*ne eat iudex ultra o extra petita partium*). El juez tiene restricciones para su actuación en el proceso, aquí nos encontramos con el *juez espectador*, también conocido como juez *convidado de piedra*, pues sólo va a resolver con lo que las partes aporten como material probatorio. En esencia este principio vinculado a nuestro tópico determina que la carga probatoria corresponda solamente a las partes²⁹⁷, el juez no puede realizar actividad oficiosa sobre este particular (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*), pues pierde imparcialidad y su conducta busca favorecer sólo a una de las partes.²⁹⁸

La prueba se define como actividad, regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero de los instrumentos de cuya valoración aquél extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.²⁹⁹

Quienes consideran que el proceso debe quedar al exclusivo arbitrio de las partes, en lo que hace a la aportación y ofrecimiento de pruebas, como a la conducta que deben observar en el proceso, sostienen ahora que una postura contraria vulnera la Constitución Nacional (se refiere a la Constitución Argentina). En otros términos, sostiene que sólo se respeta la garantía constitucional al debido proceso, como el principio de igualdad, cuando el juez tiene la conducción formal del proceso pero no la material, es decir, cuando se mantiene como un observador ajeno a su resultado, cuestión esta última que sólo interesa a las partes.³⁰⁰

La actividad probatoria del juez en el proceso civil aparece enfrentada según la doctrina con el principio dispositivo, sin embargo la situación antes descrita aparece superada con el contenido del artículo 194 del CPC³⁰¹, pues si bien el proceso civil

297 El artículo 196 de nuestro CPC señala sobre el particular "salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, a quien los contradice alegando nuevos hechos".

298 Esta tesis es defendida por el magistrado español Xavier Lluch al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". Op. Citada. Pág. 26-27.

299 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

300 ROSALES CUELLO, Ramiro. "Constitución, prueba y el papel del juez en el proceso justo" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 53 a 75.

301 Artículo 194 del CPC "cuando los medios probatorio ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes".

contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, sin embargo la sociedad tiene interés supremo en su resultado. Es por ello que hoy hemos pasado del juez espectador al *juez director del proceso*, con facultades oficiosas que le negó el sistema dispositivo tradicional.³⁰²

La crítica que hace la doctrina respecto de que la actividad probatoria oficiosa afecta el principio dispositivo es errada tal como lo expresa el profesor español PICÓ I JUNOY, quien aclara que en todo caso la afectación sería al *principio de aportación de parte*, entendiendo por éste como el principio por el cual se hace la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, el cual está cifrado en el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*.³⁰³

Realmente el principio dispositivo ha sufrido una variación en su formulación inicial en materia probatoria como lo sostiene Marianella LEDESMA al precisar que si bien tradicionalmente se expresó este principio como un privilegio indiscriminado de las partes en el proceso con el retraimiento oficial del juez ante éstos, ello ha sido punto de partida para ser superado por una nueva enunciación de este principio: la carga probatoria del juez.³⁰⁴ Frente a esta situación se entiende que las partes no pierden la carga de la prueba, pero el juez asume dicha carga oficiosamente con la sola finalidad de descubrir la verdad. Hugo ESCLAPEZ expresa que las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos, sea una sola.³⁰⁵

302 Eguren afirma que el tránsito de una perspectiva eminentemente privatística e individual a una dimensión social del proceso, abarcativa de ambos condimentos —el público y el privado— impactó en las principales instituciones del Derecho Procesal, introduciendo al debate ora en punto al ámbito clásicamente acordado al principio dispositivo, ora en relación con los roles del juez y de las partes en la dinámica del proceso. La asunción del compromiso del Estado en aras de la provisión de un servicio de justicia preocupado por la verdad y por el efectivo acceso a la jurisdicción mediante carriles que aseguran la igualdad real para ambas partes, ha tenido la virtualidad de enquistar al proceso, redimensionando el juego de deberes, cargas y sujeciones de los contrincantes —en tanto colaboradores del órgano- y de poderes, deberes y abstenciones del juez —director-, que intervienen en la instrucción del proceso-, recreando los juegos de polaridades e intereses, en el contexto de una renovada ética- de tinte eminentemente solidarista- fundada en los principios constitucionales. Agrega que el servicio de justicia ha dejado de ser una lucha privada librada en arena pública para convertirse en una función del Estado cuyo órgano transvasa la pose de un mero observador neutral e inerte y se incorpora como sujeto participativo en la dinámica del debate. EGUREN, María Carolina. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 201 a 213.

303 PICÓ I JUNOY, Joan. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". En Revista Peruana de Derecho Procesal No. II. Pág. 13 a 28.

304 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "La prueba de oficio en el sistema dispositivo". En Dialogo con la Jurisprudencia Vol. 5 No. 11 / Agosto de 1999.

305 Esclapez, citado por ARAZI, Roland en *La prueba en el procesal civil*. Op. Citada. 44.

La actividad oficiosa del juez en el proceso civil los convierte en un juez más activo y decido a resolver el conflicto con todas las herramientas que le brinda el ordenamiento procesal, y hacerlo sobre todo de manera más justa, ello lo convierte en los que hoy llamamos el *juez director del proceso* (basado en la categoría de publicización del proceso).³⁰⁶ Ahora bien, consideramos que fundamentalmente lo que debe motivar al juez en la incorporación de medios de prueba de oficio, es verificar con total certeza y objetividad la verdad material de los hechos involucrados en él. Sobre todo esta vocación debe utilizarse para descubrir conductas de las partes, contrarias al *principio de moralidad de las partes en el proceso* (como el *fraude procesal*) o cuando la información suministrada por las partes a través de sus abogados (por defensa deficiente u omisiva, error, descuido, negligencia, inoperancia, inexperiencia)³⁰⁷ es insuficiente para resolver con total justicia el conflicto y se requiere de otros medios de prueba que solucionen el conflicto.

La carga probatoria³⁰⁸ en el sistema procesal moderno no sólo está a cargo de las partes, esta tarea es compartida por el juez; sin embargo, para ello el juez no debe crear ni generar hechos, debe basar su actividad en lo que han proporcionado las partes, salvo que se desentrañe del interior del proceso una conducta fraudulenta de las partes que perjudique a terceros, en tal caso será necesario salir de la esfera de los hechos proporcionados por las partes. Por ello se considera que la prueba de oficio quiebra la regla general de que la carga probatoria corresponde a las partes, considerándolo como una excepción³⁰⁹ al principio de la carga de la prueba.

306 Como sabemos el argumento del juez "director del proceso", el elemento publicístico del proceso, la actividad oficiosa en materia de prueba es atacada frontalmente por aquellos que defienden la tesis del garantismo procesal, aquí por ejemplo encontramos —entre otros— a Cipriani y Montero Aroca, el primero no admite una actividad oficiosa del juez más allá de la dirección formal del proceso, la potestad oficiosa en materia probatoria en manos del juez afectan el principio de igualdad de las partes. El segundo, repele la idea vinculada a la publicización del proceso, pues ello implica recortar esta facultad de las partes, poniendo objeciones a la proporcionarle iniciativa probatoria al juez, pues ello quiebra su condición de tercero. De otro lado, aquellos que no comparten esta tesis han pretendido desprestigiarla vinculándola a "posturas ideológicamente antiliberales y totalitarias como el fascismo o el absolutismo", buscando la destrucción del proceso "al servicio del derecho de las partes".

307 CAPPELLETTI — citado por ARAZI— considera que el juez puede corregir el error de los abogados, lográndose de esta manera una real igualdad de los litigantes cuando alguno de ellos, a menudo por razones económicas, no está en condiciones de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada. ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 39.

308 La doctrina también admite el vocablo *carga probatoria oficiosa* o *carga probatoria del juez* para referirse a la prueba de oficio en el proceso civil. Tomando este criterio Ysabel SÁNCHEZ sostiene que la prueba de oficio es en realidad una carga probatoria atribuida por ley al magistrado, pero no un deber ni una facultad, en consecuencia, la redacción del artículo 194 del CPC no es feliz sobre el tema, por cuanto no se trataría tampoco de algo "facultativo", sino que es una carga impuesta al juez. En principio la carga asemeja a una facultad, sin embargo, ello contiene a su vez una consecuencia gravosa. De no practicarse una prueba de oficio el juez, se corre con el riesgo de hacer del proceso algo inútil, vacío; en tanto que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio por el cual lograr la solución al conflicto de intereses que ha dado inicio al mismo. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, YSABEL. Hacia el Final de una polémica bizantina sobre la prueba de oficio en el proceso civil. En Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público. Numero 89, Julio de 2008.

309 "(...) la mencionada norma (se refiere al artículo 194 del CPC) resulta ser una excepción al princi-

Es definitivo que en este caso la actividad oficiosa del juez en materia probatoria propicia sentencias que cubren las expectativas no sólo de las partes que recurrieron al servicio de justicia en busca de tutela, sino que ello redunde de manera directa en la confianza de la comunidad en la actividad jurisdiccional.

¿Pero la actividad oficiosa del juez con relación a la prueba debe ser entendida como *facultad* o como *obligación*?

Conforme a la opinión de nuestro colega y amigo Héctor LAMA la *prueba de oficio es una facultad del juez y no una obligación*. Por ello se sostiene que el órgano jurisdiccional superior no se encuentra facultado para ordenar al inferior que actúe prueba de oficio, a efecto de que éste "se forme convicción respecto de los hechos controvertidos", puesto que la convicción o certeza constituye un estado psicológico del juzgador que no puede serle impuesto pues atentaría contra el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales que constituyen una garantía de la función jurisdiccional previsto en nuestra Carga Magna.³¹⁰

La facultad de actuación de medios probatorios de oficio conforme a las ideas de María GUERRA CERRÓN³¹¹ es una *facultad del juez y no una obligación y debe ejercer esta facultad con la garantía de su independencia judicial*. Considera que no debe ordenar la actuación de medios probatorios de oficio sino en todo caso mencionar que puede recurrir a la facultad que le concede el artículo 190 del CPC y el juez decidirá lo que corresponde de manera independiente.

Con una opinión más amplia MARTEL CHANG sostiene que la facultad contenida en el artículo 194 del CPC debe ser utilizado por los jueces con respecto a los límites que rigen la actuación de las pruebas de oficio, todo ello en aras del debido proceso legal y del respeto al derecho de defensa de las partes. Agrega que donde se ve enfrentado a la Justicia y la prevalencia de la formalidad procesal, debe resolverse a favor de la primera. Es una herramienta para hacer justicia concreta y por ende generar paz social, aparte de su empleo solo en los casos que resulte justificado, la debida y suficiente motivación de las resoluciones judiciales en materia de pruebas de oficio es un *imperativo que no debe postergarse más, pues sería una decidida contribución al correcto uso y manejo de esta herramienta legal*. Finalmente advierte que los jueces que hagan uso de esta facultad cuidando de no afectar su imparcialidad y la igualdad de las partes en el proceso, pues de ser así, tanto él como el servicio de justicia se deslegitimaría.³¹²

pio de la carga de la prueba referida en el artículo 196 del Código Procesal acotado, y tiene como objetivo permitir que el juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes, las mismas que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos". Casación No. 1123-1999-Arequipa.

310 LAMA MORE, Héctor E. "El juez y las pruebas de oficio". En www.hechosdelajusticia.org.

311 GUERRA CERRÓN, J. María ELENA. "Medios probatorios de oficio. ¿Facultad u obligación?" En *Dialogo con la Jurisprudencia* No. 99. Diciembre de 2006.

312 MARTEL CHANG, Rolando. "Pruebas de oficio en el proceso civil. Poder con límites". En *Actualidad*

Nuestra Corte de Casación en sus resoluciones se inclina a la posibilidad de que la prueba de oficio puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional superior, ello se desprende de las siguientes casaciones,³¹³ aunque esta situación es admitida de manera muy mayoritaria por las Salas Superiores de nuestro Sistema Judicial:

Casación No. 1342-98-Chincha: "Aun cuando no se trata de un punto denunciado por la impugnante, interesa a la justicia por razones de celeridad y economía procesal, señalar en este caso concreto que las sentencia inferiores no han observado, para definir la controversia, la discrepancia existente entre el asiento del Registro de Intestados obrantes a fojas 19 y 211 y la copia literal de dominio a fojas 22 repetidas a fojas 44 y 129, con relación a la fecha de anotación ...por tal razón el juzgador ha debido ordenar de oficio la exhibición de las copias autenticadas de los referidos documentos, conforme a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Procesal en mención..."

Casación No. 2911-2002-LIMA: "El hecho que la citada Sala haya ordenado al A-quo que actúe una prueba de oficio no constituye en modo alguno interferir con su independencia jurisdiccional, ni que se sustituya en el lugar de las partes procesales, pues, *el juez, en cumplimiento de su rol de director del proceso no puede sustraerse de su ineludible obligación de rodearse de todos los elementos de juicio necesarios para la solución de la controversia* y, a partir de ahí, aplicar su razonabilidad en la apreciación de los medios probatorios y de los hechos aportados al proceso, sin perder de vista que la finalidad del proceso de naturaleza civil es el de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica".

Casación No.2318-2005-SANTA: "Por lo demás, todos los magistrados tienen la posibilidad legal de solicitar medios probatorios a las partes, a fin de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, de la manera más justa, aplicando irrestrictamente la ley"

Casación No. 1121-2004-CHINCHA-ICA: "Se evidencia la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, al haberse violado las reglas de la valoración de la prueba, porque tanto el a quo como el Colegiado Superior a quem al confirmar la resolución apelada que declara improcedente la demanda no han merituado los hechos que revelan si hubo o no simulación en el caso de autos,

Jurídica No. 140. Julio de 2005.

313 Aunque hemos encontrado un criterio distinto en la Corte Suprema: "(...) nuestro ordenamiento procesal civil recoge el sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la apreciación de los medios probatorios efectuado por el inferior, tiene expedita su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenar actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez y siempre y cuando no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de la controversia". Casación No. 2057-1999-Lima.

motivo por el cual corresponde anular las sentencias antes señaladas a fin de que se haga un pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida, declarando fundada o infundada la demanda, *pudiendo el a quo antes de emitir pronunciamiento, integrar al proceso todo el material probatorio ofrecido y/o actuar pruebas de oficio de conformidad con lo que dispone el artículo 194 del CPC*".

Nuestra opinión sobre el particular es que la herramienta otorgada al juez por el artículo 194 del CPC en estricto *es una facultad del juez que debe ser usada sólo cuando existe deficiencia en la carga probatoria de las partes y considerando que sin su uso no será posible resolver con justicia el caso concreto*.³¹⁴ Para el ejercicio de esta facultad requerimos de jueces decididos a resolver el conflicto con la certeza absoluta de los hechos controvertidos, por ejemplo cuando no se puede llegar a ella por deficiencia en la defensa de las partes que puede generar una grave desigualdad, así, la parte que tiene una defensa más preparada que la otra, tendrá éxito en el proceso en desmedro de la otra, en este caso en particular el juez debe hacer uso de este instrumento a fin de resolver el conflicto de manera correcta (aun mediando negligencia de las partes el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva: MORELLO). Coincidimos con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional que ha precisado que la prueba de oficio *es una actividad facultativa del juez*, pues corresponde a la esfera de su decisión si actúa o no un medio de prueba para resolver el conflicto, las partes no lo pueden obligar a realizar tal actividad si ya precluyó la etapa postulatoria, ni pueden denunciar su inactividad en ese sentido.³¹⁵

Sin embargo, consideramos que los miembros del órgano jurisdiccional Supremo o Superior al absolver el grado, se encuentra facultados para disponer que el juez haga uso de esta herramienta, el límite de este poder es que sólo se debe ordenar en casos donde resulte absolutamente justificado su uso, *en esta situación la facultad que tiene el juez A-quo se convierte en obligación*, ya que el juez no puede sustraerse de lo ordenado por autoridad judicial jerárquicamente superior, ya que debe cumplir con lo ordenado.³¹⁶

314 "(...) la sentencia de vista ha cuestionado las pruebas ordenadas a actuar de oficio, porque sostiene que solamente se pueden ordenar para complementar la actividad probatoria de las partes, pero para sustituirla, y sin tomar en consideración dichos actuados, revoca el fallo de primera instancia, considerando que no se ha acreditado fehacientemente la obligación de pago demandado". Casación 2482-2006-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03.09.07. Casación No. 14000-T-97-Ucayali.

315 "(...) de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del juez, y no un imperativo, por lo que al no haberse ordenado en autos la actuación de una prueba pericial de oficio, no se ha infringido ninguna formalidad procesal". Casación No. 1804-2002-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01.03.04.

316 "(...) en tal sentido, es una facultad o potestad del juez ordenar prueba de oficio pero no es una obligación, más aun si se tiene en cuenta que de acuerdo al numeral 196 del mismo cuerpo le-

Podemos mencionar ejemplos que grafican la necesidad de ordenar que el juez realice pruebas de oficio, así tenemos:

- Cuando las partes han ofrecido medios de prueba extemporáneos al encontrarse en rebeldía o luego de haber precluido la oportunidad para ofrecer medios de prueba, también cuando en el proceso donde no está permitido ofrecer y actuar medios de prueba ante el juez de grado (proceso sumarísimo) y una de las partes los acompaña al recurso de apelación, en todos estos casos el juez superior determina que estas pruebas aportadas están vinculadas directamente con los puntos controvertidos y deciden la controversia, que al no ser valoradas han generado el resultado del proceso en determinado sentido cuando debe ser de otro. En este caso hay que *ordenar que sean incorporados de oficio al proceso y sean actuados en audiencia especial*.
- También hay casos en los que no se ha podido determinar el área de un inmueble que ocupa el demandado (desalojo, reivindicación, entre otros) y el juez no hizo el esfuerzo necesario para establecerlo, por ejemplo haber ordenado de oficio una *inspección judicial con la participación de peritos*.
- Otro caso es donde hay duda sobre la firma de una de las partes que aparece en determinado documento trascendente en el proceso (nulidad de acto jurídico, proceso ejecutivo con título valor, cobro de deudas contenidas en documentos privados) y las partes no ha solicitado el *peritaje* correspondiente, pero si aparece como punto de discusión en el proceso.
- Otra situación es cuando ambas partes han ofrecido peritajes de parte discrepantes sobre una firma contenida en determinado documento, en tal situación es necesario decidir sobre un *peritaje de oficio* para tener mayores elementos técnicos sobre el particular y realizar inclusive un *debate pericial*.

Bajo mi punto de vista esta situación no afecta la independencia del juez A quo, pues lo dispuesto por juez superior se encuentra en sintonía con el fin concreto y abstracto del proceso y el uso de la prueba oficiosa servirá para fallar en el proceso con justicia. No se puede privar al juez superior de la atribución como órgano revisor de ordenar al juez su actuación oficiosa de la prueba, pues de hacerlo se pondría generar la existencia de sentencias que no hacen justicia ni resuelven el conflicto de intereses.³¹⁷ Aunque no negamos la posibilidad de que sea el juez

gal, se establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hecho que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos...". Casación 2482-2006-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03.09.07.

317 Aunque admitimos que existen posiciones contrarias, como la expresada por el magistrado Abanto Torres quien precisa que ordenar a un juez de inferior grado la actuación de medios probatorios de oficio constituye una interferencia en la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, conducta que contraviene la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Agrega que el Poder Judicial es una institución jerárquicamente organizada. Sin embargo, la independencia en el ejercicio

superior quien actúe los medios de prueba necesarios para resolver el caso en concreto.³¹⁸ Igualmente hacemos una sana distinción, no es posible ordenar pruebas de oficio al juez inferior, cuando se está en desacuerdo y hay discrepancia respecto de la valoración efectuada por el juez, pues ello si afectaría la independencia del juez, no es admisible "ordenar" al juez que valore el caudal probatorio en sentido distinto al que ya hizo, pues, esta discrepancia de valoración, habilita al juez superior a la facultad revocatoria. Esta última situación debe ser tomada en cuenta por los jueces superior para no incurrir en excesos.

Pero en realidad la actuación oficiosa del juez en materia probatoria ¿afecta el principio de imparcialidad, vulnera el derecho al debido proceso o quiebra el criterio de igualdad de las partes? Veamos cada uno de estos aspectos:

Consideramos que el juez que pone en movimiento *la facultad de incorporar pruebas de oficio al proceso no contraviene el principio de imparcialidad* (elemento intrínseco a la actividad jurisdiccional pues el juez es considerado como tercero imparcial), pues la prueba o pruebas incorporadas oficiosamente por el juez al momento en el que las ordena, lo hace sin saber si favorecerán al actor al demandado, lo que importa en este caso es que el juez pueda llegar a establecer la verdad de los hechos y resolver con mayor certeza. Así, si el juez ordena la remisión de una partida registral que aparece incompleta en autos o no fue ofrecida por las partes no sabe cuál será su contenido ni a qué parte favorecerá o perjudicará, igual cuando existe duda del juez respecto de la veracidad de un documento o una firma contenida en el mismo, el cual es importante en el proceso y el juez oficiosamente ordena una pericia especializada para levantar dicha duda, en este caso el magistrado no sabe cuál será el resultado de la pericia. Igual ocurre cuando el juez ordena de oficio antes de emitir sentencia se incorpore como prueba un proceso judicial vinculado a la controversia. Entonces, no se puede afirmar que la incorporación oficiosa de material probatorio al proceso quiebre la imparcialidad con la cual debe desarrollar su función el magistrado, porque el juez no "ayuda" a una de las partes, sino que con esta actividad se encamina en la búsqueda de la verdad de los hechos para resolver con mayor certeza. Ahora bien, la información que brinde el medio de prueba incorporado oficiosamente no la va a valorar el juez de forma aislada, sino que la

de la función jurisdiccional es una garantía institucional esencial en un Estado democrático, por lo que la jerarquía no es ni puede ser incompatible con independencia. La doble instancia permite una diferente evaluación de los hechos y una diferente interpretación del Derecho, por las instancias de mérito, teniendo los jueces de apelación la última palabra mediante la potestad revocatoria, bajo la atenta mirada de la Corte de Casación. La superioridad jerárquica no implica hacer tabla rasa de la independencia del juez de primera instancia. ABANTO TORRES, Jaime David. La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Los vaivenes entre los deberes y las facultades del juzgador, la jerarquía y la independencia judicial. En Jus - doctrina y práctica setiembre de 2007.

318 "(...) si el colegiado consideró necesarios dichos medios probatorios (extemporáneos) para formal convicción, debió hacer uso del artículo 194 del Código Procesal Civil, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso". Casación No. 3067-00-Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.11.99.

valoración la debe hacer de forma conjunta y además razonada de todo el material probatorio incorporado al proceso. La prueba de oficio no decide o incide siempre el resultado del proceso, aunque cuando el juez lo hace, es porque tiene certeza de que le falta información para resolver la controversia, que ésta se encuentra fuera del proceso y que las partes no le han brindado correctamente la misma.

El debido proceso es un derecho de "contenido complejo no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución" (Pleno jurisdiccional TC No. 0023-2005-PI-TC). De este derecho que tiene carácter de derecho continente se desprenden otros derechos, como el derecho al juez natural, el derecho al contradictorio, el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a impugnar, el derecho a la prueba, entre otros (derechos contenido). Veamos cómo puede afectar este derecho de las partes a tener un proceso en el cual se dicte una sentencia con las garantías mínimas para el ejercicio de sus derechos. Si el juez incorpora material probatorio al proceso, debe hacerlo con resolución debidamente motivada, señalando la razón fundamental por la cual se hace uso de esta facultad, su incorporación no puede ser arbitraria, antojadiza e inútil, debe perseguir una finalidad útil para el proceso y su resultado. Se debe dar oportunidad a las partes para que hagan valer la cuestión probatoria (tacha), se debe permitir que las partes puedan presentar contraprueba para contrarrestar la información proporcionada por el medio de prueba incorporado.³¹⁹ En los alegatos las partes pueden poner en tela de juicio la eficacia de la prueba incorporada. Esta facultad *ex officio iudicis* en nuestro sistema es inimpugnable por lo cual lo que decida el juez sobre el particular no puede ser objeto de control con la impugnación. Si el medio de prueba no es de actuación inmediata debe actuarlo en audiencia complementaria o en la audiencia que corresponda, con citación de la partes, no se puede incorporar medio de prueba de oficio y resolver la controversia sin dejar que las partes tomen exacto conocimiento de qué medio de prueba se pretende incorporar y cuáles son sus alcances. Si esta actividad oficiosa del juez cumple con los parámetros mínimos³²⁰ antes señalados no es posible hablar de una afectación de derecho al debido proceso de las partes, por el contrario las partes tendrán la garantía de que el proceso se resolverá con absoluta justicia.

319 "(...) si bien el artículo 194 del Código Procesal Civil, faculta al juez, en casos especiales y mediante decisión motivada e inimpugnable, a ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales, que le permitan forma convicción respecto de los hechos materia de la controversia, empero tal decisión no debe afectar el derecho de defensa de las partes". Casación 1248-2000 Loreto.

320 Aquí la doctrina se refiere a los límites que tiene el juez para hacer uso de la prueba de oficio, así el profesor de la Universidad de Barcelona PICÓ I JUNOY, precisa los siguientes límites: a) la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. No puede llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos; b) es menester que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria evitando que utilice su conocimiento privado, garantizando la imparcialidad del juzgador; y c) en el desarrollo del medio probatorio se debe respetar, escrupulosamente, el principio de contradicción y derecho de defensa que todo litigante posee en ejecución de la prueba. PICÓ I JUNOY, Joan. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". Op. Citada. Pág. 13 a 28.

Con relación a este debate en la doctrina ARAZI precia que el derecho de defensa tiene dos ángulos diferentes: a) la prueba que el juez ordena oficiosamente tiene que ser producida con todas las formalidades legales y con el contralor de las partes, quienes podrán ejercer las facultades inherentes a cada medio en particular; b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus medios de ataque o de defensa sobre la base de la omisión probatoria de su contrario, y descuidaron algunas cuestiones que hubiesen sido importantes en el caso de estar debidamente probado el hecho controvertido, o no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez.³²¹

Desde un plano técnico –afirma Rosales Cuello– se esgrime que en el proceso corresponde diferenciar la imparcialidad de la neutralidad. Se puntualiza que el juez no puede ser neutral, presupuesto su interés en el éxito sustancial del proceso en el que actúa, colaborando contados sus participes hacia su mejor realización. De todos modos, esa postura no afecta su imparcialidad frente a las partes. En consecuencia es criticado el modelo que denomina al juez como "Pilatos", aquel que so pretexto de resguardar su imparcialidad es indiferente al resultado del proceso. Por otra parte, desde una óptica más pragmática y con cita de Sentís Melendo, se expresa que la realidad señala como mayor peligro en este aspecto a la falta de ejercicio de estos poderes. Insiste, por eso, en que no es necesario exhortar a la cautela y a la moderación porque los jueces no suelen pecar por exceso, sino por defecto.³²²

El profesor universitario Obando Blanco señala que lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los *límites a la iniciativa probatoria del juez*. Estas son: a) que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b) que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial; c) que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.³²³

Finalmente, el *principio de igualdad de las partes* en el proceso no se quiebra con la aportación de material probatorio al proceso de forma oficiosa, pues el juez no pone en situación ventajosa a una de las partes en desmedro de la otra, por el contrario esta actividad la hace con el fin de llegar a establecer la verdad de los hechos del proceso y resolver con absoluta certeza. Es pues, el juez un colaborado

321 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 44.

322 ROSALES CUELLO, Ramiro. "Constitución, prueba y el papel del juez en el proceso justo". Op. Citada.

323 OBANDO BLANCO, Víctor R. "Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional". Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

en el proceso, aportando oficiosamente material probatorio ante la deficiencia de las partes, así "el otorgamiento de la iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional, se observa en la doctrina la configuración del litigante como colaborador y no como *dominus litis*. En la búsqueda del necesario convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el juez deben mutuamente colaborar, lo cual no supone tratar de subsistir la actividad de la parte por la del juez sino tanto de afirma su compatibilidad".³²⁴ Las medidas para esclarecer los hechos –prueba de oficio en nuestro sistema- no quebrantan el principio de igualdad porque el juez no intenta beneficiar a una de las partes en detrimento de la otra, sino que ejerce sus poderes-deberes para estar en claro antes de resolver.³²⁵

Con la carga probatoria judicial no se quiebra el derecho a la prueba (aun que ya hemos sostenido que no existe derecho absoluto) pues las partes mantienen incólume este derecho, ya que tienen derecho a ofrecer medios de prueba, a que éstos sean admitidos, actuados y valorados. Lo único que hace el juez en esta tarea es aportar medios de prueba al proceso oficiosamente cuando hay deficiencias en este aspecto por las partes.

Lo que se busca en el proceso contemporáneo es un juez activo, un juez que administre correctamente el proceso, que sea pieza fundamental de éste y no un simple "convidado de piedra" que deja en manos de las partes el resultado del proceso. Por ello el juez *director del proceso* tiene carga probatoria como facultad *ex officio*, siempre y cuando la actividad probatoria de las partes sea deficiente. Esta facultad le abre la puerta al juez para investigar sobre la verdad de los hechos controvertidos y lo debe hacer buscando información complementaria a la brindada por las partes, la finalidad de esta actividad es esclarecer los hechos, es llegar a establecer la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

Nuestro sistema procesal ha dado un paso importante con la incorporación de esta facultad al juez en el proceso, aun manteniendo los pilares sólidos del principio dispositivo. El *onus probandi* no sólo corresponde a las partes en el proceso (basado en el interés privado), también lo tiene el juez en situaciones muy concretas (con sustento en intereses más bien públicos). La prueba dejó de ser monopolio de las partes con la visión publicista del proceso. Si la prueba busca generar el convencimiento del juez respecto de los hechos, entonces porque no permitir que el juez participe en esta tarea.³²⁶

Son sabias las expresiones de PARRA QUIJANO quien abogando por la carga probatoria oficiosa con el fin de averiguar la verdad de los hechos sostiene que difícilmente se puede concebir un proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un vacío cognoscitivo. Agrega que el juez educado para investigar, cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un "vacío cognoscitivo", sufre una molestia similar al dolor físico. Frente a esa situación, la necesidad básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción. No decretar pruebas de oficio cuando hay vacíos cognoscitivos es detener el curso normal del pensamiento, que se abriría paso con carácter corrosivo en busca de la verdad.³²⁷

El aporte de BARBOSA nos ayuda a determinar las funciones del *onus probandi*, la cual tiene dos aristas, una *objetiva* y otra *subjetiva*. La primera consiste en un incentivo a los litigantes para que suministren las pruebas de sus alegaciones; la segunda es una indicación al juez para el caso de que, en ocasión de fallar, no encuentre probado un hecho relevante y tenga que hacer recaer sobre alguna de las partes las consecuencias desfavorables de esa laguna en el material probatorio.³²⁸

Desde la óptica de la sentencia justa ARAZI precisa que el principal deber del juez es dar una sentencia justa, o la más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar 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 que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa no podrá dicta una sentencia justa.³²⁹

324 PICÓ I JUNOY, Joan. Op. Citada. Pág. 13 a 28.

325 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 44.

326 "(...) debe manifestarse que los juzgadores atendiendo a los fines del proceso consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y acorde con la facultad que establece el artículo 194 del mismo cuerpo legal, el juez puede incorporar al proceso los medios probatorios de oficio que estime convenientes, con lo cual también es posible incorporar la prueba extemporánea ofrecida por una de las partes, para lo cual debe emitir la resolución correspondiente, la que debe notificar a las partes a efectos de que éstas puedan hacer valer sus argumentos de defensa correspondientes. Siendo ello así, es evidente que la rigidez en la admisión de elementos probatorios

debe ceder paso a la posibilidad de que se admitan nuevos medios probatorios siempre que no se afecte el derecho de contradicción probatoria que asiste a la contraria, esto es, que la otra parte justiciable tenga la posibilidad real de cuestionar los referidos elementos, si lo estima conveniente. En todo caso, el límite es no permitir la ausencia de oportunidad para el debate del medio probatorio extemporáneo ofrecido y luego incorporado por el juez; lo que, además, deriva en la aplicación del principio de unidad probatoria, que informa el código procesal adjetivo". Casación No. 3837-2007-Piura, publicada el 31.01.08.

327 PARRA QUIJANO, Jairo. "*La racionalidad e ideología en las pruebas de oficio*". Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Realizado por la Universidad de Lima el año 2005.

328 BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. "*Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba*". Revista Peruana de Derecho Procesal No. II. Pág. 29 y ss.

329 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 41.

**UNIDAD I: INDEBIDA VALORACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS Y LA
OMISIÓN DE VALORAR PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO**

2) Sentencia Del Tribunal Constitucional, Expediente N° 01025-2012-PA/TC.

EXP. N.º 01025-2012-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN EDUCACIONAL
WILLIAMSON DEL PERÚ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de marzo de 2013, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto del magistrado Vergara Gotelli y el que conforman los magistrados Beaumont Callirgos y Álvarez Miranda, ambos que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Asociación Educativa Williamson del Perú contra la resolución de la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 276, su fecha 24 de octubre de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 20 de mayo de 2010 la recurrente interpone demanda de amparo contra la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando que se declaren nulas: i) la Casación 1409-2009 LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Suprema; ii) la resolución de fecha 16 de setiembre de 2008, emitida por la Sala Superior, y iii) la Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, emitida por el Juzgado; y que en consecuencia, se ordene a éste último que emita una nueva sentencia en el proceso de reivindicación recaído en el Exp. N.º 7701-2002 seguido en su contra por la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta de La Molina (en lo sucesivo, la Asociación de Vivienda). Alega que las resoluciones judiciales cuestionadas vulneran sus derechos a la propiedad, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido.

Refiere que en el citado proceso de reivindicación, la pretensión principal fue estimada en ambos grados, ordenándosele que le restituya a la mencionada Asociación de Vivienda un área de 5,614.00 m² por hallarse supuestamente comprendida en un terreno de 6,200.00 m² (Parcela B) de su propiedad; empero sostiene que ambas instancias omitieron valorar los medios probatorios que ofreció y motivar por qué eran impertinentes. Agrega que los órganos jurisdiccionales emplazados al momento de resolver la demanda de reivindicación omitieron valorar que la ubicación y delimitación de la Parcela B era aún objeto de controversia en el proceso recaído en el Exp. N.º 11376-98 seguido por la Asociación de Vivienda contra la Constructora Sabre S.A. Aduce que al haberse ordenado que restituya parte de su propiedad que se encuentra inscrita en los Registros Públicos de Lima, se ha vulnerado su derecho a la propiedad. Finalmente, señala que la Sala Suprema al desestimar su recurso de casación ha convalidado las violaciones descritas.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, con fecha 24 de mayo de 2010, declaró improcedente la demanda, por considerar que la demandante pretende discutir el razonamiento expuesto por los órganos jurisdiccionales emplazados en las resoluciones judiciales cuestionadas.

Con fecha 3 de agosto de 2010, el Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos constitucionales del Poder Judicial se apersonó a la instancia y solicitó copias certificadas de la demanda y las demás piezas procesales; y con fechas 21 de enero, 5 de mayo y 14 de setiembre de 2011, solicitó informar oralmente ante la Sala revisora.

La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que la demanda tiene por finalidad que se vuelva a discutir y valorar los hechos y medios probatorios del proceso de reivindicación.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación del petitorio

1. Las pretensiones de la demanda son que se declaren nulas:
 - a. La Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, emitida por el Juzgado emplazado, que declaró fundada en parte la demanda de reivindicación que la Asociación de Vivienda le interpuso a la ahora demandante, ordenándosele que le restituya un área de 5,614.00 m².
 - b. La resolución de fecha 16 de setiembre de 2008, emitida por la Sala Superior emplazada, que confirmó la sentencia de primera instancia.
 - c. La Casación 1409-2009 LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009, emitida por la Sala Suprema emplazada, que declaró infundado el recurso de casación que interpuso la ahora demandante.

Como consecuencia de la anulación de las resoluciones judiciales citadas, también se demanda que se le ordene al Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima que emita una nueva sentencia debidamente motivada, así como el abono de los costos del proceso.

2. § Consideraciones previas: procedencia de la demanda

2. Antes de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, este Tribunal considera pertinente precisar que los argumentos esgrimidos tanto en primera como en segunda instancia para rechazar liminarmente la demanda son arbitrarios e irrazonables, por cuanto no se han percatado de que sus alegatos están relacionados con el contenido de los derechos a la propiedad, a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales, en tanto que se alega que en el proceso de reivindicación el Juzgado y la Sala Superior realizaron una indebida valoración de los medios probatorios y también omitieron valorar las pruebas pertinentes que fueron aportadas.

Hechas las precisiones que anteceden, este Tribunal considera que debería revocarse el auto de rechazo liminar y ordenarse que se admita a trámite la demanda. No obstante ello, y en atención a los principios de celeridad y economía procesal, y de que el amparo es un proceso rápido, sencillo y efectivo, este Tribunal estima pertinente no hacer uso de la mencionada facultad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba suficientes que posibilitan un pronunciamiento de fondo; a saber: el expediente del proceso de reivindicación, más aún si el Procurador Público del Poder Judicial se ha apersonado al proceso.

Esta forma de actuar frente al indebido rechazo liminar de una demanda de amparo es utilizada cuando el pronunciamiento de fondo no afecta el derecho de defensa de la parte emplazada, como sucede en el presente caso (Cfr. Exps. N.^{os} 06111-2009-PA/TC, 03599-2010-PA/TC y 00037-2012-PA/TC).

3. Para comprender la real dimensión de la controversia, es relevante enunciar sucintamente los hechos que originaron las resoluciones judiciales que se cuestionan en el presente proceso, así como los que se encuentran relacionados con el proceso de reivindicación, y que son los siguientes:
 - a. El 9 de octubre de 1992, la Asociación de Vivienda interpuso demanda de nulidad contra la Constructora Sabre S.A., solicitando la nulidad de las partidas inscritas en las fichas 250572, 250572 B, 251942 y 251958 del Registro Público de la Propiedad Inmueble de Lima, por afectar el área de 6,220.00 m² (Parcela B) de su propiedad, así como el deslinde de todo el perímetro de dicho terreno, conforme se advierte de fojas 465 a 468 del expediente acompañado.
 - b. El 12 de octubre de 1994, el Décimo Sexto Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda mencionada y nulas las citadas partidas, disponiendo el deslinde de la Parcela B, conforme se advierte de fojas 474 a 476 del expediente acompañado. Dicha decisión fue confirmada por la resolución de fecha 15 de marzo de 1995, obrante a fojas 478 del expediente acompañado.
 - c. El 4 de marzo y 22 de abril de 1998, la Asociación de Vivienda le comunicó a la demandante que el proceso de nulidad iniciado contra la Constructora Sabre S.A. se encontraba en etapa de ejecución; y que como consecuencia de ello, se declararía la nulidad de las partidas registrales correspondientes a los inmuebles que adquirió de dicha constructora (partidas independizadas de la ficha 251942) y donde

construyó parte de las instalaciones del Colegio Isaac Newton, conforme se advierte de fojas 20 a 23 del expediente acompañado.

- d. En el informe pericial de deslinde de linderos, de fecha 5 de febrero de 2002, obrante de fojas 92 a 95 del expediente acompañado, los peritos concluyen que no han podido determinar los linderos y medidas perimétricas de la Parcela B. En este sentido, se precisa: “La incongruencia de medida, la diferencia de metraje, 4.00 mts. en el frente de la Parcela B (Av. Universidad”, “La incertidumbre de la ubicación del punto A, no señalado, ni definido, sino imputado como la intersección de las Av. Elías Aparicio y Universidad” y “No se dispone de suficientes elementos técnicos para realizar el deslinde de la Parcela B, a partir del punto llamado A, tomando como referencia el croquis del folio 56 del documento de la litis”.
- e. El 20 de febrero de 2002, la Asociación de Vivienda interpone demanda de reivindicación contra la ahora demandante, solicitando como pretensión principal que se le restituya el área de 5,614.00 m² que forma parte de la Parcela B, de su propiedad inscrita en la Partida 11058294 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima; y como pretensiones accesorias, la demolición de las edificaciones construidas de mala fe por la ahora demandante y una indemnización por daños y perjuicios. En la demanda se precisó que del total del área reclamada, la ahora demandante solo tenía la posesión real de 2,000.00 m², conforme se observa de fojas 3 a 15.
- f. El 13 de marzo de 2002, se modificó la demanda con el fin de excluir la pretensión de demolición de las edificaciones, conforme se observa de fojas 16 a 29.

El 24 de junio de 2002, la ahora demandante contestó la demanda aduciendo que de buena fe adquirió de la Constructora Sabre S.A. la propiedad de las parcelas 2, 3, 4 y 6, debidamente inscritas en las fichas 251959, 251960, 251961 y 251963 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima. Asimismo, cuestionó que se le demande por un área de 5,614.00 m², cuando la propia demandante señala que solo posee 2,000.00 m² y cuando existe un proceso aún en trámite, en el cual la Parcela B no ha podido ubicarse, conforme se observa de fojas 30 a 40.

- g. El 19 de mayo de 2003, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima admitió los medios probatorios ofrecidos por la ahora demandante, entre los cuales se encuentra un informe pericial a efectuarse para “efecto de establecer las áreas de propiedad de la demandante afectadas por las construcciones realizadas por la demandada, así como la antigüedad de las mismas”, conforme se observa de fojas 119 a 121 del expediente acompañado.

En el referido informe pericial, de fecha 25 de junio de 2004, obrante de fojas 225 a 228 del expediente acompañado, se concluye que: “1. El Área de la Parcela “B”, según Títulos, es de 6,220.00 m², y según plano Topográfico Perimétrico que presentamos los Peritos, es de 6,183.93 m²; existiendo una diferencia menor de 36.07 m² y se halla ocupada de la siguiente manera: a) La Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de la Rinconada Alta – La Molina ocupa un área de 1,830.53 m². b) La Asociación Educativa Williamson del Perú – Colegio Newton ocupa un área de 4,231.14 m²; que incluye construcciones de edificaciones educativas, estacionamiento externo (pistas) y parte del estacionamiento interno, veredas y otros” (subrayado agregado).

- h. El 30 de setiembre de 2004, la ahora demandante observó la pericia citada, cuestionando que los peritos hayan determinado el área de la Parcela B, cuando en el proceso seguido entre la Asociación de Vivienda y la Constructora Sabre S.A. “hace más de 7 años no resulta posible ubicar[la]”, conforme se observa de fojas 248 a 253 del expediente acompañado.
- i. En el informe pericial de deslinde de linderos, de fecha 26 de setiembre de 2005, obrante de fojas 75 a 79, los peritos del referido proceso de nulidad llegan a una conclusión distinta de la de los peritos del proceso de reivindicación, en tanto que afirman: “Existe superposición entre las partes (Parcela A y B)”, “La Parcela A tiene en posesión un área de 3,935.15 m² que le corresponde a la Parcela B”, “La Parcela B tiene en posesión un área de 181.87 m² que le corresponden a la Parcela A” y “La Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta tiene en posesión un área de 1,868.01 m²”.

3. § Sobre la afectación de los derechos a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales

4. En la STC 06712-2005-PHC/TC, el Tribunal precisó que el derecho a la prueba comprende “el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado” (subrayado agregado).

Por dicha razón, en la STC 04831-2005-PHC/TC se subrayó que del derecho a la prueba “se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables”.

5. Pues bien, puede apreciarse que el derecho a la prueba mantiene una íntima conexión con el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. A decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la motivación protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, en tanto que “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”, por ello “la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado” (Casos *Chocrón Chocrón vs. Venezuela y Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*).

3.1. § Argumentos de la demandante

6. La recurrente sostiene que el Juzgado y la Sala Superior que conocieron y resolvieron el citado proceso de reivindicación omitieron valorar adecuadamente las partidas registrales que prueban su derecho a la propiedad sobre el área cuya restitución demandó la Asociación de Vivienda; así como el informe pericial de fecha 26 de setiembre de 2005 emitido para el mencionado proceso de nulidad, que demuestra la imposibilidad material de determinar la ubicación y dimensión de la Parcela B. Agrega que de la lectura de ambas sentencias, se puede advertir que no existe fundamento alguno que se pronuncie sobre la falta de pertinencia de dichos medios de prueba, ni sobre el área total que tenía que restituir.

3.2. § Consideraciones del Tribunal

7. Al respecto, corresponde enfatizar que en el considerando cuarto de la Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, obrante de fojas 41 a 47, el Juzgado emplazado precisó que “uno de los requisitos para la procedencia de [la] acción [reivindicatoria] está constituido por el hecho de que la parte demandada se encuentre en posesión del bien materia de litis”.

De la revisión del expediente acompañado, se advierte que en el proceso de reivindicación, esto es, en la demanda, no se precisó con certeza la delimitación del área que es propiedad de la Asociación de Vivienda; menos aún que ésta se encontrase en posesión de la ahora recurrente; por el contrario, se aprecia que la Asociación de Vivienda demandó la reivindicación de un bien cuya ubicación y delimitación sabía que era incierta, toda vez que en el informe pericial de fecha 5 de febrero de 2002, emitido en el marco del proceso de nulidad que también inició, se había concluido estableciendo la imposibilidad de determinar las medidas perimétricas de la Parcela B, es decir, que de manera previa a la presentación de la demanda de reivindicación, la citada Asociación conocía que el área cuya restitución pretendía era incierta porque no podía delimitarse.

8. También se observa que durante el transcurso del proceso de reivindicación no pudo delimitarse el área de la Parcela B. Muestra de ello es la existencia de tres informes periciales que contienen conclusiones contradictorias; a saber:
- a. El informe pericial emitido en el citado proceso de nulidad, de fecha 5 de febrero de 2002, en el que se concluye que: “No se dispone de suficientes elementos técnicos para realizar el deslinde de la Parcela B, a partir del punto llamado A, tomando como referencia el croquis del folio 56 del documento de la litis”.

En el proceso de reivindicación, este medio probatorio fue admitido por el Juzgado emplazado; sin embargo, en la Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, no existe fundamento que motive por qué dicho medio probatorio no era pertinente para la defensa de la ahora demandante.

- b. El informe pericial de fecha 25 de junio de 2004, cuya elaboración fue dispuesta por el Juzgado emplazado, en el que se concluye que el área “de la Parcela “B”, según Títulos, es de 6,220.00 m², y según plano Topográfico Perimétrico que presentamos los Peritos, es de 6,183.93 m²”, que la “Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de la Rinconada Alta – La Molina ocupa un área de 1,830.53 m²”, y que la “Asociación Educativa Williamson del Perú – Colegio Newton ocupa un área de 4,231.14 m²”.
 - c. El informe pericial de deslinde de linderos emitido en el citado proceso de nulidad, de fecha 26 de setiembre de 2005, en el que se concluye que: “Existe superposición entre las partes (Parcela A y B)”, “La Parcela A tiene en posesión un área de 3,935.15 m² que le corresponde a la Parcela B”, “La Parcela B tiene en posesión un área de 181.87 m² que le corresponden a la Parcela A” y “La Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta tiene en posesión un área de 1,868.01 m²”.
9. Por otro lado, también cabe destacar que la Asociación de Vivienda en su demanda de reivindicación, obrante de fojas 3 a 15, precisó que pretendía que se le “restituya el área de 5,614.00 m²” y que de dicha área “solo se encuentr[a] en posesión real de la emplazada menos de 2,000.00 m²”.

El argumento descrito evidencia que en la demanda de reivindicación existe una contradicción argumentativa, pues por un lado, se pretende la reversión de un área de 5,614.00 m², mientras que, por otro lado, se afirma que la ahora recurrente solo posee menos de 2,000.00 m². Esta contradicción argumentativa no ha merecido análisis, ni motivación en la resolución de primera y segunda instancia del proceso de reivindicación; por el contrario, ha sido omitida y avalada, en tanto que se le ordenó a la ahora recurrente que “restituya a la [Asociación de Vivienda] el área de cinco mil seiscientos catorce metros cuadrados”. Esta orden no tiene respaldo en una motivación coherente y razonada, pues a decir de la Asociación de Vivienda, la ahora recurrente se encuentra en posesión real de menos de 2,000.00 m², es decir, que se está ordenando la restitución de algo que no se tiene.

10. Conviene también poner de manifiesto que en el proceso de reivindicación no existe prueba que demuestre indubitablemente que la ahora recurrente se encontraba en posesión de menos de 2,000.00 m² de propiedad de la Asociación de Vivienda. Es más, tanto en primera como en segunda instancia se omitió valorar las fichas registrales 251959, 251960, 251961 y 251963, que la ahora recurrente presentó para demostrar que es propietaria de las Parcelas 2, 3, 4 y 6, que no comprenden la Parcela B, conforme se observa de fojas 70 a 88 y 136 a 157 del expediente acompañado.

Las fichas registrales mencionadas son medios probatorios relevantes para resolver el proceso de reivindicación; sin embargo, tanto en la sentencia de primera como de segunda instancia no existe fundamento que explique por qué no son pertinentes ni relevantes para la defensa de la ahora recurrente. Esta omisión de valorar de manera adecuada y con la motivación debida las fichas registrales no solo afecta el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la propiedad de la ahora recurrente, pues no se encuentra determinado con certeza si el área que debe restituir forma o no parte de su propiedad.

Esto último resulta relevante para resolver el proceso de reivindicación, en tanto que en el considerando quinto de la sentencia de primera instancia el Juzgado emplazado subrayó que un aspecto a tener presente era “que la posesión que motiva la acción reivindicatoria es la que se ejerce sobre el bien pero en forma indebida”. Las fichas registrales citadas tienen por finalidad demostrar que la ahora recurrente ejerció en forma debida su derecho de posesión sobre el área que pretende reivindicar la Asociación de Vivienda, en tanto que formaría parte de su propiedad; sin embargo, no tuvieron motivación alguna.

4. § Sobre la afectación del principio de prohibición de avocamiento indebido

11. El artículo 139.2 de la Constitución prescribe que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional en el ejercicio de sus funciones. En la STC 00003-2005-PI/TC este Tribunal ha sostenido que la figura del avocamiento prohibido “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter

gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel”.

4.1. § Argumentos de la demandante

12. Se alega que esta prohibición constitucional “no fue tomada en cuenta por el Juzgado y la Sala Civil, por cuanto la delimitación y ubicación real del área de la [P]arcela B era un tema que formaba parte de la ejecución de la sentencia emitida en el proceso entre la Asociación de Vivienda y la Constructora Sabre S.A. y no del proceso de reivindicación”.

4.2. § Consideraciones del Tribunal

13. Al respecto, debe precisarse que en el sétimo considerando de la Resolución 54, se precisó que el objeto del proceso de reivindicación era establecer “si: a) El área señalada en la demanda es de propiedad de la accionante; y, b) si la misma viene siendo ocupada por la emplazada”.

Como se ha señalado en el fundamento 3 *supra*, el proceso de nulidad de las partidas registrales citadas también tiene por finalidad deslindar el área de la Parcela B, es decir, determinar dónde se encuentra dicha parcela. En efecto, en la sentencia de primera instancia de dicho proceso, obrante de fojas 474 a 476 del expediente acompañado, se precisa que “se declara el deslinde en los linderos y medidas perimétricas que se indican”. Este mandato fue confirmado por la sentencia de segunda instancia, obrante de fojas 474 a 476 del expediente acompañado.

Por lo tanto, en la etapa de ejecución del citado proceso de nulidad corresponde efectuar el deslinde de la Parcela B; es decir, que esta cuestión no puede ser resuelta por otro órgano jurisdiccional, pues ello contravendría el principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido.

En el presente caso, la motivación de la sentencia de primera y segunda instancia del proceso de reivindicación demuestra que el deslinde de la Parcela B fue discernido por el Juzgado y la Sala Superior, a pesar de que ello es competencia exclusiva del juez de ejecución del proceso de nulidad, razón por la cual este Tribunal considera que dichas resoluciones judiciales infringen el principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido. Es más, el avocamiento indebido descrito por parte de los órganos jurisdiccionales del proceso de reivindicación se encuentra demostrado con el informe pericial que fue decretado por el Juzgado emplazado, conforme se observa de la audiencia de conciliación de fecha 19 de mayo de 2003, obrante de fojas 119 a 121.

5. § Efectos de la sentencia

14. Habiéndose acreditado la vulneración de los derechos a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y del principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido, corresponde estimar la demanda y declarar la nulidad de la Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, así como de la resolución de fecha 16 de setiembre de 2008. También corresponde declarar la nulidad de la Casación 1409-2009 LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009, por no haber tutelado las violaciones descritas *supra*, a pesar de que éstas fueron invocadas en el recurso de casación que interpuso la ahora recurrente, conforme se observa de fojas 53 a 65.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración de los derechos a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales y del principio constitucional de prohibición de avocamiento indebido; en consecuencia, **NULAS** la Resolución 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, la resolución de fecha 16 de setiembre de 2008, y la Casación 1409-2009 LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009.
2. Ordenar al Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima que emita una nueva resolución tomando en consideración los fundamentos expuestos en la presente sentencia, con el abono de los costos del

proceso.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 01025-2012-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN EDUCACIONAL
WILLIAMSON DEL PERÚ**

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS BEAUMONT CALLIRGOS Y ÁLVAREZ
MIRANDA**

Emitimos el presente fundamento de voto pues si bien estimamos que la presente demanda debe ser declarada fundada, no suscribimos el Considerando N.º 10. A nuestro juicio, los Considerandos N.ºs 7, 8 y 9 resultan suficientes para estimar el extremo de la demanda referido a la vulneración del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales.

SS.

**BEAUMONT CALLIRGOS
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 01025-2012-PA/TC
LIMA
ASOCIACIÓN EDUCACIONAL
WILLIAMSON DEL PERÚ**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso tenemos que la recurrente es una persona jurídica denominada Asociación Educativa Williamsom, que interpone demanda de amparo contra la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, solicitando que la nulidad de i) la Casación 1409-2009 LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009, ii) la Resolución de fecha 16 de setiembre de 2008 y iii) la Resolución de fecha 24 de setiembre de 2007; las cuales están vulnerando sus derechos constitucionales a la propiedad, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, así como el principio de prohibición de avocamiento indebido.
2. Señala que en el proceso de reivindicación seguido en su contra por la Asociación de Vivienda Moradores de la Santísima Cruz de Rinconada Alta de La Molina (recaído en el Exp. N.º 7701-2002) se estimó la demanda en ambas instancias, señalándose que el área en litis formaba parte de la propiedad de la Asociación de Vivienda (Parcela B), no obstante considera que dicho proceso fue irregular puesto que se omitió valorar los medios probatorios que ofreció y en todo caso indicar porque se les consideraba impertinente. Tal falta de valoración de los medios probatorios se aprecia en el informe pericial emitido en el expediente N.º 11376-98 seguido por la Asociación de Vivienda contra la Constructora Sabre S.A., en el cual se observa que la ubicación y delimitación de parcela B se encontraba aun en controversia. Señala que la Sala Suprema desestima su casación por lo que se estaría continuando con la afectación señaladas en las instancias precedentes.
3. Este Colegiado ha señalado que: “[...] *El derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado y de las reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación de las resoluciones[...]*” (STC 8817-2005-HC/TC).
4. Como se puede apreciar de los considerandos anteriormente expuestos, una exigencia del debido proceso es la de motivar las resoluciones judiciales, lo cual cobra mayor preponderancia en la medida en que la resolución cuestionada es portadora de una restricción al normal ejercicio del derecho fundamental a la libertad. En tal sentido, resulta un imperativo hacer un análisis de la resolución que a juicio del demandante es vulneradora de la Constitución.
5. Establecer la distinción entre lo que significa *correcta motivación* y *suficiente motivación*, es necesario, pues eso nos va a permitir decantar la problemática suscitada a partir del presente proceso constitucional. De este modo, cuando el demandante sostiene que existe una falta de motivación, en realidad a lo que está haciendo referencia es a una *incorrecta motivación*, argumento que sirve para concluir que lo que en esencia pretende es que se revisen temas relacionados a la valoración de las pruebas aportadas en el proceso, tal y conforme se puede concluir del escrito de demanda, lo cual no está permitido para este Colegiado Constitucional, pues aceptar ello implicaría que el Tribunal Constitucional se convierta en una suprainstancia capaz de revisar el contenido de los fallos judiciales *in toto*, lo cual está vedado, pues el realizar dicha actividad implicaría transgredir la propia posición que este Tribunal ya ha señalado respecto del tema, cuando al emitir la sentencia del expediente 1922-2005-PHC/TC ha expresado que “[...] *el proceso constitucional no debe ser utilizado como vía indirecta para revisar una decisión jurisdiccional, que se encuentre basada o sustentada en actividades investigatorias o de valoración de pruebas[...]*”, y ello se debe a que la actividad procesal desplegada en el proceso penal es una actividad especializada, en la que se desarrolla un *iter* probatorio; no siendo así el presente proceso constitucional, pues este está orientado a establecer si existe una afectación a la libertad individual sustentada en la afectación del debido proceso (falta de motivación de las resoluciones judiciales).
6. Una situación diferente se presenta en los casos en los que se pone de manifiesto una *insuficiencia en la motivación* de las resoluciones judiciales. En este tipo de casos, la resolución lidia con lo arbitrario, es decir, casos en los que es imposible apreciar el nexo lógico entre la decisión adoptada y la argumentación que le sirve de fundamento (*principio de congruencia de las resoluciones judiciales*); respecto a este tema, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “*Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones[...]*ello garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan,

expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución” (STC 1230-2002-PHC/TC).

7. En el caso de autos se aprecia que los emplazados han emitido las resoluciones judiciales que desestimaron su demanda de reivindicación. Se observa así que se acusa a los emplazados de no valorar medios probatorios que ofreció, así como el no motivar el hecho por el cual consideraron que tales pruebas era impertinentes, afectándose así sus derechos a la propiedad, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio constitucional de avocamiento indebido.
8. Revisadas las resoluciones cuestionadas advertimos que efectivamente los emplazados al resolver la demanda sobre reivindicación no sustentaron debidamente su decisión, puesto que siendo un proceso de reivindicación era necesaria la delimitación del área de la propiedad que se discutía, no existiendo motivación razonada y detallada respecto a la extensión del área en discusión, puesto que de los actuados presuntamente existe contradicción o por lo menos imprecisión tanto del área cuya reversión se pretende así como la extensión del área que la demandante se encuentra poseyendo.
9. En tal sentido al verificarse que las resoluciones cuestionadas no se encuentran debidamente motivada debe declararse la nulidad de éstas, debiendo los emplazados emitir nueva resolución, motivando debidamente su decisión conforme lo requiere el proceso de reivindicación. La decisión de este Colegiado no implica que el nuevo pronunciamiento de los emplazados deba ser estimatorio o desestimatorio, puesto que éste puede resolver conforme considere, pero motivando debidamente su decisión.

Mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo por haberse acreditado la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En consecuencia debe declararse la **NULIDAD** de la Resolución N° 54, de fecha 24 de setiembre de 2007, la Resolución de fecha 16 de setiembre de 2008 y la Casación N° 1409-2009-LIMA, de fecha 3 de noviembre de 2009, debiendo el juez emplazado emitir nueva resolución debidamente motivada. Asimismo se dispone el pago de los costos del proceso.

S.

VERGARA GOTELLI

UNIDAD II: DERECHO DE PROBAR

- 1) Fundamento del Derecho Procesal Civil (Hurtao Reyes).
- 2) Sentencia Del Tribunal Constitucional, Expediente N° 03997-2013-PHC/TC.

UNIDAD II: DERECHO DE PROBAR

1) Fundamento del Derecho Procesal Civil (Hurtao Reyes).

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL

“En fin la sentencia se confía a hombres a quienes se quiere creer tan superiores en sabiduría como en dignidad, hombres dedicados por su profesión a valorar imparcialmente los hechos y a no dejarse llevar por las ilusiones”: JEREMIAS BENTHAM.

1. ¿QUÉ ES PROBAR?

Probar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española deriva del latín *probāre* y entre otras acepciones significa justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de algo con razones, instrumentos o testigos. En el ámbito jurídico ARAZI citando a SENTÍS MELENDO 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.¹

De hecho, cuando queremos demostrar algo, la veracidad de una afirmación o convencer a otro respecto de un hecho ocurrido, recurrimos al vocablo *prueba*, pues a través de ella buscamos demostrar (probar) lo que sostenemos, con ella pretendemos probar lo afirmado respecto de un hecho o conjunto de hechos. Para ello requerimos de medios idóneos que nos ayuden a tal demostración, pues con éstos llevaremos a la convicción al sujeto a quien queremos convencer de nuestra posición.

La prueba, es un vocablo bastante común en la actividad cotidiana del hombre, suele utilizarse casi en todos los campos en el que el ser humano realiza sus acti-

¹ ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 31.

vidades para la satisfacción de necesidades o para el logro de sus fines. Así, este vocablo resulta de uso diario entre historiadores, psicólogos, periodistas, policías, funcionarios administrativos, paleontólogos, juristas, agricultores, etc.

Cuando en la vía cotidiana pretendemos *probar* algo, con el afán de convencer, crear convicción en otro sujeto, utilizamos los mecanismos más adecuados que nos ayuden en esta tarea, sin embargo este procedimiento si bien tiene utilidad en la vida cotidiana del hombre, porque le ayuda a resolver problemas domésticos, personales, amicales, familiares, de grupo, etc. no tiene importancia para el mundo jurídico, como cuando pretendemos demostrar que alguien mentía con respecto a un hecho acaecido en la realidad y lo desenmascaramos. Esta prueba y su procedimiento no son jurídicos.

Es por ello que se ha dicho que la prueba tiene utilidad en las actividades de verificación, en la cual se parte de un hecho, se busca convencer a otro sujeto respecto de la existencia del mismo, se utiliza un instrumento idóneo para probarlo, el propósito es finalmente crear *convicción* (generar seguridad, certidumbre, persuasión, convencimiento) en el otro sujeto de la existencia del hecho, darle *certeza* (conocimiento seguro y claro de algo, firme adhesión de la mente a algo conocible, sin temor de errar). El eje central de esta actividad probatoria es a no dudarlo el *convencimiento* (seguridad que tiene una persona de la validez de lo que piensa o siente: actúa por convencimiento de que es lo más correcto).

Cuando pretendemos crear convicción en el juez y afirmamos un hecho, necesitaremos utilizar los mecanismos que nos brinda el ordenamiento jurídico (medios probatorios con regulación previa), aquellos que sean los más idóneos, los más aptos, lícitos, pertinentes y conducentes. Esta forma de probar si es jurídica y se presenta en el proceso.

El vocablo prueba es generalmente utilizado para designar los distintos medios con los cuales puede² acreditarse la existencia de un hecho; en tal sentido decimos prueba de testigos, prueba de peritos, etc. Pero probar es algo más; el significado de tal verbo comprende una compleja actividad de los sujetos, encaminada a demostrar la existencia o las cualidades de persona o cosas. Dentro del ámbito del derecho procesal la teoría general de la prueba incluye el estudio del objeto, los medios y fuentes, la carga y la valoración de la prueba, entre otros.

Siendo ello así, el vocablo probar o prueba se comprende en la doctrina de dos formas: a) como la difícil tarea de generar *convicción* en otro sujeto respecto de la certeza de determinados hechos. En el caso de la prueba judicial, *crear convicción en el juez*, respecto de los hechos que afirman las partes, *buscando producir certeza* en él al momento de resolver el conflicto con la sentencia. De lo que tenemos que la actividad de probar requiere siempre de un hecho (afirmado o negado),

2 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 31.

luego debemos buscar el medio probatorio idóneo para probarlo, el objetivo de ello, es generar convicción en el juez, certeza respecto del hecho o de un conjunto de hechos vinculados al proceso; b) La otra tesis no concuerda necesariamente con la convicción, sino que se refiere a la *determinación de la verdad* de los hechos controvertidos.³ Así, sólo es posible hablar de prueba como la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de los hechos que se afirman existentes en la realidad.⁴

Se puede deducir entonces que *lo que se prueba en el proceso son hechos*, que *los medios de prueba son los instrumentos idóneos para esta tarea* y que la finalidad de éstos es *demostrar la verdad de los hechos* postulados por las partes, lo que determinará el resultado de lo que el juez decida en la sentencia.

2. DERECHO DE PRUEBA O DERECHO A PROBAR

En la Doctrina se viene manejando una nueva tendencia referida a la prueba, la misma que vincula directamente a la prueba con el derecho subjetivo, llamándole a este derecho el *derecho de prueba o derecho a probar*⁵. Hoy la Doctrina procesal va más allá de un mero estudio de la prueba como carga procesal o como actividad de las partes en el proceso para otorgar certeza en el juez de los hechos del proceso o una actividad psicológica del juez al momento de emitir la sentencia. Es ahora estudiada como un derecho que le asiste a todo sujeto de derecho y que lo ejercita en un proceso o procedimiento para defender sus alegaciones o en el ejercicio de su defensa, siendo considerado como un elemento del debido proceso.⁶

Las constituciones contemporáneas vienen estableciendo este derecho fundamental en su contenido, así tenemos a la Constitución Española de 1978 que lo ha consignado en su artículo 24⁷, en tanto que nuestra Constitución no lo menciona de forma

3 "(...) entendemos por probar a aquella actividad de convencer al juzgador y a todos los sujetos del proceso sobre la verdad de los hechos controvertidos en él, sobre cuya base se deducirá el derecho". Casación No. 4068-2006-Lima. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.05.08.

4 GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Colex. Madrid 2005. Pág. 199.

5 "El derecho a la prueba en el proceso civil": PICÓ I JUNOY Joan; "El derecho a la prueba en el proceso civil Español": SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. "Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba": De Marino.

6 "El derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos por las partes; d) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación de éstas; y e) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas. Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derecho sobre la propia prueba, sino también el derecho de tener la oportunidad de impugnar y controlar los medios probatorios de la parte contraria...". Casación No. 2284-03-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.04.

7 Artículo 24: 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribuna-

expresa⁸ en el emblemático artículo 139, aunque el nuevo Código Procesal Constitucional se refiere a este derecho dentro del contexto de la tutela procesal efectiva.⁹

El derecho subjetivo a la prueba está estrechamente asociado al proceso y tiene la misma jerarquía y naturaleza que el derecho de acción, el derecho de contradicción, el derecho a un debido proceso y el derecho de impugnación. Es decir, se trata de un *derecho fundamental*, de un derecho humano y que corresponde a todo sujeto de derecho que interviene en un proceso judicial o en cualquier otro procedimiento, sea como demandante, demandado o tercero legitimado. Por ello COUTURE¹⁰ ha sostenido brevemente que la ley que haga imposible la prueba es tan inconstitucional como la ley que haga imposible la defensa.

MÉNDEZ DE CONTRERAS, TURCIOS Y MONTIEL han señalado que configurado el derecho a la prueba como un derecho fundamental implica una doble proyección; es un parámetro para fijar la constitucionalidad de las normas, es decir un límite al legislador, que no podrá dictar normas que contravengan este derecho fundamental, en definitiva que de uno u otro modo impida a los ciudadanos la posibilidad de participar en condiciones de igualdad de armas en un proceso para hacer valer en él sus derechos e intereses, lo que a su vez se divide en la necesidad de un juicio previo y en la necesidad de que en él se respete la garantía de defensa, incluido el

les en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

8 Se entiende en nuestro medio que nuestra Constitución considera implícitamente el derecho a probar dentro del derecho de defensa (Art. 139 inciso 14 que contiene el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso), pues para defender las afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de un hecho requerimos de este derecho fundamental. Aunque aparece con mayor fuerza la idea de que es un componente implícito del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el legislador debería establecer con precisión que en todo proceso o procedimiento las partes tienen el derecho fundamental a probar. La norma primaria de nuestro ordenamiento jurídico debe considerar expresamente este derecho fundamental, propiciando el respeto irrestricto en todo proceso o procedimiento. Asimismo se debe expresar que el juez o autoridad que dirige el proceso o procedimiento, respectivamente, tienen el deber de hacer efectivo e irrestricto este derecho, haciendo respetar su vigencia.

9 Artículo 4: Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal. Ver sobre "tutela procesal efectiva" en artículo de mi autoría en Suplemento Jurídica N° 241 Diario Oficial El Peruano del 10.03.09.

10 COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. Editorial Desalma. Tomo I. Pág. 66.

derecho al uso de los medios de prueba pertinente. Pero, por otro lado es un deber que corresponde a los tribunales respetarlo, y un derecho de los ciudadanos directamente ejecutable y aplicable por los mismos.¹¹

Señala CAROCCA PÉREZ que el reconocimiento del derecho a la prueba genera las siguientes facultades a las partes: a) tienen derecho a que se abra un término probatorio suficiente, que la causa se abra a prueba y que exista un lapso razonable en el cual las partes puedan desarrollar su actividad probatoria; b) tienen derecho a utilizar los medios de convicción idóneos para producir las afirmaciones que sirven para formar el convencimiento del juzgador, estos son los medios de prueba; c) el derecho a que el medio de prueba sea admitido, siempre que la proposición se haya hecho válidamente; d) el derecho a que la prueba sea practicada, de lo contrario se produciría la denegación tácita del derecho a probar, por tanto una indefensión; e) el derecho a que la prueba propuesta, admitida y rendida sea valorada por el juzgador. Esta última se trata de una exigencia de tal relevancia que constituye el momento decisivo y culminante de toda actividad probatoria.¹²

En nuestro medio el profesor BUSTAMANTE ALARCÓN ha sostenido la tesis del derecho a probar, señalando que es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que tiene todo sujeto de derecho por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento en que el que intervine o participa, *conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido*, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.¹³

Asimismo encontramos la opinión del magistrado Solís Espinoza quien expresa que el derecho a la prueba es aquel que posee la parte consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para acreditar lo que afirman y de esta manera formar convicción en el juez acerca de lo discutido de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. La prueba tendrá existencia en la medida que sirve para acreditar las afirmaciones contenidas en los actos desarrollados dentro de la etapa postulatoria y, excepcionalmente, entre otras, que ley autoriza. Es un derecho constitucional implícito. Constituye un derecho fundamental implícito de los litigantes de producir la prueba necesaria para acreditar los extremos de su pretensión o defensa. Se trata de un derecho que tiene diversas manifestaciones como el derecho a ofrecer medios probatorios, de ser admitidos, sometidos al contradictorio, debidamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba,

11 MÉNDEZ DE CONTRERAS, MARIA LIDIA, TURCIOS CHICAS, NELSON ERNESTO Y MONTIEL ARGUETA, LUIS RAMÓN. *Derecho a la prueba como categoría jurídica protegible en el proceso civil*. En www.monografias.com.

12 CAROCCA PÉREZ, ALEX. "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile". Revista Ius et Praxis de la Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Año 4 No. 2. Chile 1998. En <http://derecho.utalca.cl>.

13 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho fundamental a probar y su contenido esencial*. En *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial ARA Lima, 1997. Pág. 65.

de ser valorados adecuadamente con la motivación debida.¹⁴

Es más que evidente que las partes en el proceso son titulares del derecho a probar, aunque este derecho también le corresponde a todo sujeto que legitimado ingresa al proceso, este derecho tiene la misma jerarquía que los derechos constitucionales antes mencionados, aunque de naturaleza distinta.

Devis ECHANDÍA prefiere referirse al *derecho de probar*,¹⁵ señalando que se trata de un *derecho subjetivo procesal* que corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, o coadyuvantes o litisconsortes de éstos, o terceristas o intervinientes ad *excludendum*, e incluso, como intervinientes incidentales o transitorios. Señala que el sujeto pasivo de este derecho es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas con las formalidades legales, siempre que no exista razón para considerarlas inadmisibles. El derecho de probar se vincula a la pretensión, cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable. Sostiene finalmente que el derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hechos afirmados, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique las pedidas o presentadas por las partes y las tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación).¹⁶

KIELMANOVICH señala que se trataría de un verdadero derecho *constitucional* a la prueba, con un consiguiente deber del juez de facilitarlo, desde el momento en que nadie puede ser juzgado sin otorgársele una razonable oportunidad para ser oído y para valerse funcionalmente de los medios probatorios previstos por el ordenamiento.¹⁷

El mismo Montero Aroca señala que el derecho a la prueba¹⁸ es un verdadero

14 Solís Espinoza, Jorge Alfredo. "La constitucionalización de los derechos procesales: "la configuración del derecho a probar como garantía constitucional del proceso y derecho fundamental". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional". Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

15 "(...) en reiteradas ejecutorias emitidas por este Supremo Tribunal se ha establecido que el derecho de prueba no sólo importa el derecho a su ofrecimiento oportuno y su actuación respectiva, sino también comprende 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 actuada, correspondiendo en todo caso a las instancias de mérito señalar si las pruebas obrantes generan o no prueba a favor de las partes que las ofrecen, toda vez que la valoración conjunta de las pruebas que propugna el artículo 197 del CPC se efectúa sin perjuicio de que el magistrado utilice para ello su apreciación razonada". Casación No. 1936-2006-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de julio de 2007.

16 Devis ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis SA. Quinta Edición. Tomo I. Bogotá 2002. Pág. 27 y 28.

17 KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría de la prueba y medios probatorios. Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2004. Pág. 140.

18 "(...) el derecho a probar, es uno de los derechos que comportan el debido proceso. En principio,

derecho subjetivo, de contenido procesal y de rango fundamental, sin perjuicio de que se trate de un derecho de configuración legal. Cuando se dice que el derecho a la prueba es un derecho de configuración legal lo que se está diciendo realmente es que no se trata de un derecho ilimitado, puesto que el mismo debe conformarse por el legislador ordinario, de modo que éste ha de atender a su configuración tanto desde una perspectiva propia de la función de la prueba en el proceso, los que se han llamado requisitos intrínsecos de la prueba (pertinencia, utilidad, licitud), como desde otra relativa a las circunstancias del tiempo y de forma que regulan la prueba, que son los que se han llamado requisitos extrínsecos (en realidad sujeción a la legalidad procesal).¹⁹

Con una fórmula más restrictiva Carolina SANCHIS precisa citando a MONTERO AROCA que el derecho que nos ocupa incluye: el derecho a proponer prueba, el derecho a que la prueba pertinente propuesta sea admitida, y en su caso de no serlo, a una inadmisión motivada, razonable y no arbitraria, y a practicar la prueba admitida. Junto con todo ello será necesario, para poder estimar el recurso de amparo por lesión del derecho, que la vulneración producida haya causado indefensión a la parte recurrente. Agrega que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa es un derecho fundamental autónomo y, por lo tanto distinto y no incluido, en el de tutela judicial efectiva.²⁰

Acorde a VALLESPÍN el derecho a la prueba según TARUFFO comporta el derecho para las partes de emplear todas aquellas pruebas de las que disponen, con el objetivo de demostrar la veracidad de los hechos que fundan su pretensión.²¹

Como vemos la Doctrina apunta a la consolidación del *derecho a probar*,²²

debemos anotar que entendemos por probar a aquella actividad de convencer al juzgador y a todos los sujetos del proceso sobre la verdad de los hechos controvertidos en él, sobre cuya base se deducirá el derecho. La actividad probatoria está regulada por una serie de principios o reglas jurídicas que en conjunto, comprenden las fases relativas al ofrecimiento de los mecanismos probatorios, su admisión, su actuación, llegando finalmente a la valoración de los propios medios procesales empleados para acreditar los hechos". Casación No. 4069-2006-Lima, publicada el 30.05.08. "(...) si bien el derecho a la prueba, lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor, sin embargo, dicho derecho no puede ser ejercido al libre albedrío de las partes, sino que por el contrario debe regirse de acuerdo a lo que nuestro ordenamiento adjetivo dispone, esto es, respetándose ciertas garantías y principios (como el de *preclusión* y *eventualidad entre otros*) ello con la finalidad de no afectar el derecho al debido proceso de las partes". Casación N° 100-2007-Ica.

19 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Editorial Thompson-Civitas. Navarra 2005. Pág. 100.

20 SANCHIS CRESPO, Carolina. "El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional". En Revista Peruana de Derecho Procesal No. 03. Estudio De Belaunde & Monroy Abogados. Pág. 279 y ss.

21 VALLESPÍN PÉREZ, David. *El modelo constitucional del juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Editorial Atelier. Barcelona 2002. Pág. 75.

22 "El derecho a la prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos funda-

como un derecho fundamental de las partes y terceros legitimados que participan en el proceso y a todos aquellos que participan en cualquier procedimiento distinto al judicial.

Este derecho no busca convencer al juez de la existencia o inexistencia de un hecho, tampoco sirve como exigencia al juez (el destinatario de este derecho) respecto de un pronunciamiento favorable, sino que garantiza que las partes del proceso tengan reconocido el derecho a un actividad del juez que permita probar los hechos (su veracidad) que sustentan la pretensión o los que sustentan la defensa, ofreciendo pruebas, logrando su admisión, actuación y sobre todo, una valoración correcta y adecuada²³ del material probatorio en la sentencia. Aunque este derecho como cualquier otro, no es un derecho absoluto, está sujeto a algunas limitaciones o restricciones propias de su ejercicio, como por ejemplo no se puede exigir el derecho a la admisión y actuación de medios de prueba cuando éstos resultan impertinentes, inconducentes, ilícitos, etc. Como no se puede exigir el derecho a una valoración del material probatorio sin tomar en cuenta que las pruebas no son de las partes, sino del proceso, en aplicación al principio de comunidad de prueba. Es aquí donde se aprecia la importancia de los principios procesales vinculados al ejercicio de este derecho, los cuales regulan de alguna forma el ejercicio de este derecho en el proceso.

3. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba, es un vocablo bastante común en la actividad cotidiana del hombre, suele utilizarse casi en todos los campos en el que el ser humano realiza sus actividades para la satisfacción de necesidades o para el logro de sus fines. Así este vocablo resulta de uso diario entre historiadores, psicólogos, periodistas, policías, funcionarios administrativos, paleontólogos, juristas, agricultores, etc.

mentales: 1) el derecho de ofrecer la prueba en la etapa del proceso correspondiente, salvo los casos excepcionales de ley; 2) el derecho a que el juez admita las prueba pertinentes ofrecida en la oportunidad de ley; 3) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; 4) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regula de éstas; y 5) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica. Casación 2710-05-La Libertad. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de octubre de 2006.

23 "...este supremo tribunal advierte que el citado expediente penal y, por consiguiente, los resultados finales de la investigación policial, incluidos los exámenes médicos y el análisis de las circunstancias en que tuvieron lugar los hechos, no han sido valorados por el juez de la causa, pues dichas pruebas sólo se han tenido a la vista por el colegiado superior, lo que da lugar a que se hay resuelto en primera instancia con autos diminutos, vulnerando el derecho del demandado a obtener una sentencia en la que se valoren los medios probatorios más relevantes al litigio, que pueda dar lugar a una decisión justa sustentada en lo actuado y conforme a derecho". Casación 1102-06-Piura. Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de abril de 2007.

Así, cuando en la vida cotidiana pretendemos *probar* algo, con el afán de convencer, crear convicción en otro sujeto, utilizamos los mecanismos más adecuados que nos ayuden en esta tarea; sin embargo, este procedimiento si bien, tiene utilidad en la vida cotidiana del hombre, porque le ayuda a resolver problemas domésticos, personales, amicales, familiares, de grupo, etc. no tiene importancia para el mundo jurídico, como cuando pretendemos demostrar que alguien mentía con respecto a un hecho acaecido en la realidad y logramos demostrar lo contrario desenmascaramos. Esta prueba y su procedimiento no son necesariamente jurídicos.

Debido a que el vocablo prueba tiene usos diferentes dependiendo del ámbito en el que se utilice, conviene separar y determinar cómo funciona en los mismos. Los planos en los que tiene uso pueden denominarse: *plano extra jurídico*²⁴ y en un *plano propiamente jurídico*, dentro de este último, su uso vinculado al derecho sustantivo y también al derecho procesal.

En el *plano extra jurídico*, el vocablo prueba es de uso común en la vida cotidiana, en este ámbito hemos de probar todo aquello que tenga que ver con nuestras múltiples relaciones interpersonales, con nuestros familiares, con nuestros amigos, con nuestras parejas, con nuestros hijos, con nuestros vecinos, en fin con todas aquellas personas naturales o jurídicas con las cuales tengamos que relacionarnos de forma permanente.

En este ámbito, la prueba no se reduce a probar hechos meramente cotidianos sin más importancia y trascendencia que para aquellas que integran la relación jurídica en la cual se usa, sino, que ésta trasciende e involucra e incluso muchas veces solidifica o debilita un determinado grupo social, pues de la prueba dependerá la credibilidad de la personas, su honorabilidad, su aceptación o rechazo en el ámbito en el que se desarrollan.²⁵

En esta línea presenta Quevedo Mendoza su opinión "en nuestra relaciones personales, en el ámbito de la familia, del club o de las amistades utilizamos permanentemente la idea de prueba, sea como medio de confiabilidad en la gente que nos rodea, sea para adoptar decisiones que puedan afectar nuestros intereses o,

24 Sostiene Taruffo que el tema de la prueba se presta, en menor medida que otros, a agotarse en la dimensión jurídica y tiene, en cambio, a proyectarse fuera de ella y a penetrarse en otros campos: de la lógica, de la epistemología y de la psicología. TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Madrid 2002. Pág. 22 y 23.

25 En nuestro medio se vio con mucha claridad cómo en un tema de mucha publicidad generó el uso del vocablo prueba, el cual incluso dividió a la población, nos referimos a la difusión de unas fotografías de un conocido jugador de fútbol de nuestra selección nacional en una revista local y comentadas por una conductora de televisión en su programa diario. Aquí se puso en tela de juicio la conducta de un jugador de fútbol cuando se encontraba concentrado para jugar un partido de fútbol y salió de la concentración para supuestamente divertirse a altas horas de noche, la revista sostenía que las fotos se tomaron a las dos de la mañana y el jugador sostenía que salió a tomar un café a las ocho de la noche. Esto creo mucha polémica en la población y el problema culminó en un proceso penal de querrela que condujo a prisión a la periodista. Ver caso Magali Medina con Paolo Guerrero sobre querrela.

de alguna manera, a los de un componente de nuestro círculo social próximo. Aunque no se perciba fácilmente esta función que cumple el instituto que nos ocupa, lo cierto es que la prueba se erige en un elemento de importancia para las relaciones intersubjetivas y aun para la protección de valores fundamentales de los individuos en su relación con el grupo social".²⁶

Entonces, en la vida cotidiana la prueba es necesaria y se encuentra presente de forma permanente, pero no tiene trascendencia jurídica propiamente, pero ayuda a convivir saludablemente y en paz.

Siempre en un plano extrajudicial el vocablo prueba tiene mucha relevancia en el ámbito científico, respecto de ciencias que se vinculan a la comprobación y experimento "aquí se habla de "prueba" para significar una operación que confirma una hipótesis –científica- previamente formulada –en el sentido de "experimento", en las ciencias experimentales- o el control de la exactitud de una operación realizada –en el sentido de comprobación, en las ciencias deductivas (lógica, matemática)-. En cuanto a la ciencias reconstructivas, entre las que encontramos –antes que ninguna- a la historia y junto a ella, a la arqueología, la paleontología, la sociología y, últimamente, las llamadas ciencias de la información, caracterizadas, todas ellas, por proponerse la reproducción de hechos del pasado o que no se encuentran presentes al momento de formular la construcción científica o técnica, por lo que ésta debe fundarse, básicamente en la prueba de aquellos."²⁷

En el ámbito científico, la prueba es un punto de apoyo importante para el desarrollo del conocimiento científico, tiene absoluta trascendencia, ya que es el elemento indispensable para comprobar las hipótesis formuladas, vía comprobación o experimento, o en todo caso para reconstruir los hechos del pasado.

Ya en el campo jurídico, la prueba tiene absoluta relevancia, antes del proceso y dentro del proceso,²⁸ en el primer caso, siguiendo a Carnelutti se debe sostener

26 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 23 a 51.

27 Ibidem.

28 Gusp distingue entre prueba material y prueba procesal, la primera es una actividad dirigida a proporcionar fundamento para actos de derecho material, en cuanto sea necesaria para ello una comprobación o demostración de datos concretos realizada de acuerdo con unas reglas determinadas. Esa necesidad existe si aquellos actos han de ser dictados por órgano del poder público, lo cual ocurre ordinariamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pero también puede darse en materias de Derecho Privado como sería el caso del régimen de los medios de prueba necesarios para que puedan producirse asientos en el Registro Civil, en registros de la propiedad inmobiliaria, mercantil o relativos a patentes y marcas. Esta actividad puede ser denominada prueba o de otro modo (acreditamiento, comprobación, etc.), pero, en todo caso, es evidente que la misma y sus efectos jurídicos se producen fuera de un proceso y, aunque tengan una utilidad dentro del mismo si llega a iniciarse, estarían igualmente justificados prescindiendo de la consideración de un posible proceso. En todo caso, las normas que la regulan son de derecho material. La prueba judicial es, por el contrario, una actividad necesaria de un proceso. ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi A Thomson Company. Segunda edición. Navarra 2001. Pág. 370.

que la prueba tiene existencia antes del proceso y sirven fuera de éste cuando deben valorarse hechos desde el punto de vista jurídico". Aquí, el vocablo "prueba" se vincula a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas que describen determinadas conductas que deben asumir los sujetos que integran el sustrato social o aquellas que reconocen derechos o determinan un status o situación jurídica que debe cumplirse en la realidad, normas que establecen un sujeto o conjunto de sujetos al que se le reconoce un derecho o situación jurídica y a otro sujeto o sujetos que deben mostrar una conducta que no perjudique el derecho o situación jurídica reconocida.

Así, tenemos que poner de relieve la importancia de la prueba en el Derecho en General. El Derecho dentro de las diversas concepciones puede ser entendido como orden completo, instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral externa y coercitiva son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público (García Maynes).

Dentro del Derecho encontramos una serie de principios y teorías que los integran. Dentro estas teorías encontramos la denominada *Teoría de la Prueba* o la cual ha evolucionado para convertirse en lo que conocemos como el *Derecho a Probar*, reconocido como derecho fundamental, lo que implica que la prueba no sólo tiene un espacio importante en el Derecho Procesal, sino también en el Derecho Constitucional, ambas ramas que integran el Derecho. El Derecho y en particular el Derecho Procesal ha elucubrado bases epistemológicas que han culminado con la prueba, como elemento importante en la solución de conflictos de trascendencia jurídica.

En tal sentido, la prueba en el Derecho tiene una enorme importancia, pues, no se entiende un sistema jurídico sin la prueba, es decir, sin los mecanismos procesales, reglas y principios que nos dan la posibilidad de probar los derechos que se derivan de las normas jurídicas que integran el Ordenamiento Jurídico. De ahí que Plianol y Ripert expresan que "*un derecho no es nada sin la prueba del acto jurídico o del hecho material del cual se deriva. Solamente la prueba vivifica el derecho y lo hace útil*".

Sin la prueba, en la vida jurídica (regulada por el Derecho) "los derechos subjetivos de una persona serían, frente a las demás personas o al Estado y entidades públicas emanadas de éste, simples apariencias, sin solidez y sin eficacia alguna diferente de la que pudiera obtenerse por propia mano..." (Devis Echandía).²⁹

La prueba en la vida jurídica, es decir, en la inmensa cantidad de relaciones jurídicas (conducta humana en sociedad con relevancia jurídica) que realizamos en el día a día, tiene importancia singular, sin ella, no podríamos realizar una serie de actos, así podremos describir sólo algunas de la gran cantidad de las que se pro-

29 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Editorial Temis. Bogotá 2002.

ducen en el mundo real: Si en la vida cotidiana que es regulada por el Derecho por ejemplo no podríamos "probar" que somos propietarios de un bien que pretendemos involucrarlo en el tráfico jurídico de bienes, simplemente no podríamos venderlo y el sujeto que desee comprarlo no tendría la seguridad de la adquisición, la prueba en este sentido apunta a la seguridad jurídica en el tráfico de bienes. Igualmente, si no podríamos "probar" que tenemos la condición de padre de un menor no podríamos ejercer la patria potestad del mismo. De la misma forma si no podemos "probar" que somos socios de sociedad comercial no podríamos ejercitar los derechos que nos asigna la ley dentro de la misma. Asimismo, si no podríamos "probar" que cumplimos con todos los requisitos para contraer matrimonio, entonces no podríamos casarnos.

La prueba —expresa Varela— constituye un capítulo de fundamental importancia en la vida jurídica, puesto que se puede afirmar que sin su existencia el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de ningún conflicto en forma racional.³⁰

Con lo cual podemos concluir preliminarmente que la prueba juega un rol preponderante en el conjunto de relaciones intersubjetivas reguladas por el Derecho, pues está presente en todas manifestaciones de conducta humana. "Nadie escapa a la necesidad de probar, de convencerse de la realidad o de la verdad de algo" (Devis Echandía).

En el segundo, plano, es decir, *la prueba en el proceso*, debemos indicar que si el proceso es el instrumento adecuado para la solución de los conflictos intersubjetivos, no se puede entender entonces el proceso sin la prueba. El proceso está basado en hechos que han ocurrido en la realidad, se llega al conocimiento de ellos a través de la prueba. "Ese indispensable contacto con la realidad de la vida se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez conozca los hechos que le permitan adoptar la decisión legal y justa para cada caso concreto".

Ello ha llevado a sostener a Jeremías Bentham que el "arte del proceso no es esencialmente otra cosas que el arte de administrar las pruebas".

Se puede decir que el hábitat natural de la prueba es el proceso, claro está en sentido técnico, pues el vocablo prueba en sentido absolutamente lato es de uso en toda manifestación humana. Es en el proceso donde la prueba se constituye como el instrumento indispensable no solo para las partes (quienes afirman hechos) sino también para el juez, quien debe comprobar la veracidad o falsedad de dichas afirmaciones.

La importancia de la prueba llevó a Carnelutti a sostener que "el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba".

30 VARELA, Casimiro A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. Pág. 60.

La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad de los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno (Devis Echandía).

Por su parte Varela sostiene que la norma jurídica regla conductas humanas y para la solución de controversias se hace indispensable la prueba del derecho, pues la administración de justicia se haría imposible sin el cumplimiento de este requisito y la seguridad del tráfico jurídico en general naufragará en la más completa incertidumbre.³¹

En un intento de esbozar el concepto de prueba Ortells señala que sería el de considerarla como una actividad para demostrar la verdad de los hechos relevantes para la resolución sobre la pretensión procesal, aunque admite la existencia de importantes discusiones filosóficas respecto al concepto de verdad y la asequibilidad o no de la verdad. Afirma que la prueba judicial es una actividad necesaria de un proceso. Esto determina una serie de particularidades de la misma en los aspectos subjetivos, objetivos y en el modo o la forma de realización de esa actividad. Esta generalmente proviene de las partes y va destinada al juez. El objeto de la actividad probatoria se delimita en función de la pretensión y resistencia formuladas en el proceso y de los criterios que rijan la introducción del material de hecho en el mismo (aportación de parte o investigación oficial).³²

Probar en el proceso implica la existencia de un método o procedimiento para hacerlo (pre establecido en la norma procesal), no es una actividad que se deja al libre albedrío de las partes y del juez, por el contrario se encuentra sujeto a parámetros, reglas y principios.³³

Esta operación nace de la necesidad de las partes de probar las afirmaciones que hacen respecto de la existencia o inexistencia de un hecho en un lugar y en determinado momento, pero no de cualquier hecho, sino de hechos por cierto vinculados a la pretensión que se postula en el proceso (hechos del proceso), hechos que forman parte importante de éste, fundamentalmente los que se contraponen, llamados también controvertidos (porque no son admitidos por la parte contraria sino más bien negados). La forma correcta para intentar demostrar la existencia real de los hechos en el proceso requiere de instrumentos idóneos que lleven la información que existe fuera del proceso a su interior (en las fuentes de prueba), esos

31 Ibidem. Pág. 60.

32 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 368-370.

33 No siempre todas las normas que se refieren a las pruebas pueden entenderse que son normas procesales. Hay que distinguir entre las normas *generales de prueba*, que no están dadas en razón de una determinada relación jurídica, sino en razón de la generalidad de las relaciones jurídicas, y las normas *particulares de la prueba* cuya función es simplemente regular un determinado derecho o situación jurídica. La función de la norma general es obtener un mejor convencimiento judicial; la función de la norma particular es regular un determinado derecho poniendo, normalmente, limitaciones en los medios de prueba. GIMENO SENDRA, VICENTE. *Derecho procesal civil*. Tomo I. Editorial Colex. Madrid 2005. Pág. 200.

instrumentos se denominan medios de prueba, y por ello, es que habrá que buscar aquellos que sean los más pertinentes, útiles, lícitos. Luego de la incorporación al proceso de la información extraída de las fuentes de prueba corresponderá al juez ejercitar la delicada función de valorar de forma integral y razonable el material probatorio, a fin de determinar si las tesis de las partes resultan admisibles o no, si una de las partes logra convencer al juez de su tesis; entonces, se dirá que se produjo convicción en el juez para que resuelva con certeza al momento de emitir sentencia, llegando a establecer la veracidad de las afirmaciones o negaciones de las partes.

Un concepto de prueba debe involucrar todos los aspectos antes mencionados de la actividad probatoria en un proceso:

- a) Necesidad de probar las afirmaciones sobre la existencia o inexistencia de hechos en un lugar y en determinado momento³⁴, sólo si se prueba su veracidad se logrará convencer al juez para recibir una respuesta favorable con respecto a la pretensión postulada, de lo contrario el resultado será negativo. No debe perderse de vista nunca que en el proceso sólo se prueban hechos. Igualmente que el juez se vale de la prueba para la *verificación* de las proposiciones sobre hechos que postulan las partes en el proceso, entendida esta actividad como *comprobación* o *corroboración* de lo afirmado por las partes.
- b) El juez es el destinatario de la prueba, es el sujeto pasivo, porque la actividad en materia de prueba realizada por las partes está embarcada en la misión de convencer al juez de la veracidad de sus afirmaciones. Esta actividad busca dar certeza al juzgador. La prueba sirve para averiguar la verdad, aunque esta sea sólo "relativa", aunque CALAMANDREI contrapone la verdad a la *verosimilitud*.
- c) Se requiere de mecanismos idóneos para probar las tesis sostenidas en el proceso por las partes, pre establecidos en la norma procesal, de los cuales las partes deben utilizar los más idóneos (si la actividad probatoria es dispositiva) o el juez en caso de deficiencia probatorias de las partes (si se rige por el sistema publicístico, llamada también inquisitivo), éstos deben servir para trasladar la información que contienen las fuentes de prueba al proceso, para que se introduzca al proceso y sea conocida por el juez.
- d) La actividad probatoria de las partes requiere de reglas y procedimientos cla-

³⁴ Con relación a la pretensión, es más que evidente que estos hechos deben estar referidos a la situación de hecho contenida de manera abstracta en la norma o conjunto de normas que se invoca como sustento de la pretensión o lo expresado en el contradictorio. No debemos perder de vista en este punto que la norma material contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, solo se podrá hacer merecedor de la consecuencia jurídica cuando se ha probado que en la realidad se ha producido el supuesto de hecho de la norma llamado también antecedente, el ordenamiento civil señala "en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios" (Art. 1428). Habrá que acreditar la falta de cumplimiento de la prestación (supuesto de hecho) para lograr la resolución contractual (consecuencia jurídica).

ros y precisos que permitan ejercer de manera irrestricta el derecho subjetivo de prueba, actualmente conocido como derecho a probar, se deben establecer no formas rigurosas sino más bien flexibles para que las partes en el proceso puedan ejercer este derecho en términos de igualdad; al igual que la actividad psicológica que realiza el juez cuando ejercita la valoración de los medios de prueba del proceso.

- e) La prueba debe estar regida por principios de orden procesal, pautas rectoras escritas o no, que permitan el pleno ejercicio del derecho a probar (ofrecimiento, admisión, actuación) y que hagan igualmente que la actividad de valoración sea adecuada. Con una valoración correcta del material probatorio se abre camino a un proceso justo.
- f) Es necesario un juez que de manera imparcial valore los hechos del proceso, que dicha actividad de orden psicológico realizada por el juez al momento de emitir la sentencia sea producto de lo actuado en el proceso, que todo el material probatoria acopiado sea valorado en forma integral, utilizando criterios de razonabilidad, auxiliado en algunos casos por la prueba indiciaria, las presunciones, máximas de experiencia, etc. Es en esta etapa donde el juez debe declarar la existencia de los hechos afirmados por las partes durante el proceso, debiendo señalar cuál es la tesis que admite y en qué medios de prueba se sustenta la misma. Como es lógico solo una de las tesis propuestas por las partes debe ser admitida, la otra debe necesariamente ser rechazada, pues no es posible admitir la certidumbre de un hecho y negarlo a la vez, el pensar del juez sería ilógico si se plasma así en la sentencia (principio de no contradicción). Esta es la etapa en la cual el juez realiza una actividad eminentemente psicológica en la cual si le satisfizo la tesis de una de las partes con respaldo en el material probatorio actuado; entonces, se podrá afirmar que se generó convicción en el juez respecto de las proposiciones de esta parte, sólo entonces podrá resolver con certeza, sin duda. La prueba así entendida apunta a una finalidad: la convicción. Aunque otra tesis sostenga que lo que se busca es establecer la verdad de las proposiciones.

Como señala COUTURE los problemas de la prueba consisten en saber *qué* es prueba; *qué* se prueba; *quién* prueba; *cómo* se prueba, *qué* valor tiene la prueba producida. En otros términos: el primero de estos temas plantea problema del *concepto* de prueba; el segundo, el *objeto* de la prueba, el tercero, la carga de la prueba; el cuarto, el *procedimiento probatorio*; el último, la *valoración* de la prueba.³⁵ Podemos rescatar de la posición de este reconocido procesalista que la prueba involucra diversas actividades en el proceso que no sólo recaen en las partes, sino también en el juzgador

³⁵ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Editorial IB de F. Montevideo- Bs. As 2005. 4ta. Edición. Pág. 178.

PALACIO en cambio vincula a la prueba como una *actividad procesal*, señalando que la prueba es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, y tendiendo a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas.³⁶ Omite este concepto una etapa fundamental y decisiva de la prueba que es la valoración, aunque tangencialmente se refiere a la convicción. Sin embargo, debemos señalar que la prueba en el proceso implica necesariamente una actividad procesal, a cargo de las partes sustancialmente y con participación directa del juez en manejo correcto en el procedimiento de incorporación y actuación de material probatorio, y como tarea fundamental en la valoración del mismo.

La prueba se define como actividad, regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero de los instrumentos de cuya valoración aquel extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.³⁷

Todos los aspectos referidos en los puntos a) al f) precedentes, están vinculados estrechamente al concepto de prueba, considero que si se encuentra ausente algún elemento de los mencionados el concepto estará incompleto.

Nuestro CPC no define la prueba, solo se refiere en el numeral 188 a la finalidad de los medios probatorios, señalando que tienen por finalidad "acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

4. FINALIDAD DE LA PRUEBA

En la actualidad la doctrina sobre prueba tiene una disyuntiva aun no resuelta y de vieja data,³⁸ claro está desde el punto teórico y no necesariamente práctico, así en la dogmática se discute:

36 PALACIO, LINO Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Editorial LexisNexis Abeledo-Perrot. 17ma. Edición. Bs. As. 2003. Pág. 392.

37 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

38 TARUFFO considera como una tendencia de muchos ordenamientos procesales lo concerniente a la concepción del proceso como procedimiento dirigido a la verificación de la verdad de los hechos relevante para una decisión determinada. Históricamente, es una afirmación muy común que la justicia depende de la verificación de la verdad de los hechos en los cuales se funda la controversia. Ello no amerita ponerse en discusión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta concepción de la finalidad del proceso es refutada por muchos: como dice ALVIN GOLDMAN sobre el plano epistemológico general, los *veriphobics* (palabra para calificar a aquellas personas que consideran que ningún tipo de verdad puede ser alcanzada y, por tanto, tienen "fobia" a la verdad) son numerosos y podemos decir que se les encuentra frecuentemente entre los procesalistas. TARUFFO, MICHELE en "Verificación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria". Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Pena y Derechos Procesal Constitucional. Universidad de Lima, Octubre de 2007.

- a) *La prueba busca la verdad de los hechos del proceso*³⁹ (llamada tesis del cognoscitivismo), o
- b) *La prueba busca lograr la convicción del juez para que resuelva el conflicto admitiendo las posturas de la parte que logró convencerlo* (conocida como la concepción persuasiva).⁴⁰
- c) *La prueba busca determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos* (conocida como fijación de los hechos).⁴¹ Aunque conviene advertir que el mayor debate se ha centrado en las dos primeras tesis.

Es posible que con la prueba, las partes busquen que se determine la verdad de los hechos propuestos en la *causa petendi*, pero, no se trata de encontrar la verdad en términos absolutos correspondiendo al juez tomando las afirmaciones y negaciones de las partes y contrastando el material probatorio determinar qué hechos son verdaderos y cuáles no lo son, logrando así establecer la verdad. Aunque conviene decir que las posiciones en doctrina han llegado a sostener que en el proceso resulta imposible encontrar la verdad (entendida ésta en términos absolutos).⁴²

39 Esta posición es defendida en la actualidad por MICHELE TARUFFO en su obra *La prueba de los hechos*, Op. Citada. Pero tiene como predecesores a BENTHAM y BONNIER, esta tesis lanza la premisa de que una proposición está probada si es verdadera y hay elementos de juicio suficientes a su favor. Aunque esta tesis tiene su derivado en aquella posición (sostenida por Ferrajoli y Chiarloni) que manifiesta que "la relación existente entre la prueba y verdad es más bien teleológica; esto es, no adjudica a la verdad ningún papel definitorio de la prueba, sino que la considera el objetivo último de la actividad probatoria. La finalidad principal de la actividad probatoria es alcanzar el conocimiento de la verdad acerca de los hechos ocurridos y cuya descripción se convertirá en premisa del razonamiento decisorio (...) La diferencia entre ambas es que la primera supone la vinculación entre la verdad y la prueba como resultado y la segunda plantea una relación entre la verdad y la prueba como actividad probatoria". FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales SA. Madrid 2005. Pág. 55-56.

40 Entre otros autores esta posición la defiende Devis ECHANDÍA en su libro *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Themis S.A. Bogotá 2002. Parte de la idea de que la teoría de la verificación de la verdad de los hechos como fin de la prueba ha sido abandonada por la mayoría de los autores. El fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad, lo cual le permite adoptar su decisión.

41 Esta tesis es sostenida por FRANCESCO CARNELUTTI en "*La proba civile*": de forma general, probar significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación normal. Si la ley da cuenta de estos procesos bajo el nombre de prueba, esto supone que el contenido propio del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acayú. Buenos Aires. Pág. 55.

42 Dijo GENUZIO BENTINI (en su libro *La mentira en los tribunales*): "La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce (...) Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito celebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle". Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba" en *Revista de derecho procesal* 2005.1. Prueba - I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Págs. 77 a 103.

consideramos que con la prueba se debe buscar una aproximación a la verdad, se debe intentar, tentar reconstruir el pasado buscando acercarnos a la verdad de lo que ocurrió en la realidad.⁴³ En el proceso no se debe renunciar a la búsqueda de una aproximación a la verdad⁴⁴ de los hechos vinculados al conflicto.⁴⁵ Esta última tesis sustentada en la verosimilitud, tampoco es pacífica, ya que el propio Devis ECHANDÍA sostiene que no es admisible considerar como fin de la prueba el obtener la verosimilitud del hecho, es decir, su mayor probabilidad y citando a WACH y a CARNELUTTI si se excluye la certeza del campo de los resultados de la prueba, "sería tan sólo prueba lo que no produce prueba alguna, porque no aporta certeza alguna" (Op. Citada).

De otro lado, al tener la prueba un destinatario -el juez-, las partes con la prueba buscan crear convicción en otro sujeto, su objeto es la búsqueda del convencimiento en un tercero imparcial respecto de los hechos del proceso, busca convencer al juez de que éstos corresponden a la realidad, con lo cual tenemos que la prueba igualmente busca la convicción, convencimiento a quien tiene en sus manos la resolución del conflicto, convencer al juez de lo que sostenemos es verdadero es importante en el proceso, pues es él quien debe decidir a cuál de las partes le corresponde la razón en el proceso.

La posición bivalente de estos dos fenómenos en el proceso: verdad y convicción, de alguna manera es considerada por CARDOSO para el cual la prueba en general busca la verdad y la prueba judicial busca la convicción del juez, por lo cual, sostiene que de forma general el fin de la prueba es establecer la verdad. Pero tal cosa no es absoluta si se trata de la prueba judicial porque su finalidad es, además, eminentemente procesal puesto que sirve de fundamento para la decisión del juez. Por lo que concluye que el fin de la prueba consiste en dar al juez convicción sufi-

43 La verdad, en el sentido de cómo son las cosas, no está en juego en el proceso. Lo que interesa al proceso judicial es la correspondencia entre lo que se dice que las cosas son (afirmaciones) y las pruebas. SOSA, TORIBIO Enrique. "El fin de la prueba". En Revista de derecho procesal 2005. 1. Prueba - I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 243 a 251.

44 Si en el proceso el juez reconstruye el pasado, lo hace con hechos propuestos por las partes, en los cuales no estuvo presente, reconstruirlo entonces, no es fácil, más aun si tiene la limitación que en la aproximación a la verdad sólo se debe basar en los hechos propuestos por las partes y que llegan al proceso muchas veces no precisamente en su estado original, de ahí la expresión de que el juez tiene en el proceso "hechos de segunda mano", por lo cual la tarea de encontrar la "verdad" con los hechos suministrados por las partes resulta ser una labor harto difícil, por lo cual, consideramos que no es posible con la prueba judicial "hallar" una "verdad absoluta", incontrastable, incontrovertible, pero, ello no significa que el juez y las partes deban renunciar a una aproximación a la verdad, a un acercamiento a la misma.

45 Aunque esta tesis es rechazada tajantemente por TARUFFO al sostener que es habitual encontrar la afirmación de que el proceso está dirigido hacia la determinación de la verdad de los hechos o, al menos de su verdad probable. Sin embargo, es habitual que esta afirmación carezca de justificación o de análisis crítico y se reduzca a una mera petición de principio fácilmente destinada a ser contradicha hasta por el propio autor cuando se ocupa de otros aspectos del proceso o al definir las funciones de este. TARUFFO, MICHELE. Op. Citada. Pág. 56.

ciente para que pueda decidir con certeza sobre el asunto.⁴⁶

Así entendido el problema, tenemos que la búsqueda de la verdad⁴⁷ en el proceso a través de la prueba es un gran punto de controversia en la doctrina, ya que se sostiene -por un lado- que no es posible encontrarla en puridad, quien la descubre al final del proceso es el juez, pero lo hace a través de los hechos propuestos por las partes, la cual no necesariamente coincide -muchas veces- con la verdad ocurrida en la realidad. Por lo cual, un sector de la doctrina parte de la premisa de que si metafísicamente no es posible encontrar la verdad, pues este es un concepto etéreo, entonces, ello tampoco es posible en el proceso. La verdad según Devis ECHANDÍA es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habrían cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella (Op. Citada). PARRA QUIJANO expresa la idea de que toda verdad es relativa no cualitativamente, sino cuantitativamente, ya que no hay verdades absolutas, las cuales requerirían instrumentos ilimitados y sin ninguna utilidad. Esa verdad absoluta sólo tiene "realidad" en la imaginación.⁴⁸ En su oportunidad GOLDSCHMIDT señalaba sobre este debate que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, siendo la verdad que se persigue sólo relativa, es decir, simple verosimilitud, debe sustituirse el patrón objetivo para apreciarla por uno objetivo: el convencimiento del juez. Con lo que tenemos que la posición de la verdad en el proceso es relativizada por la doctrina. Por su parte WACH afirma que la comprobación de la verdad no es la finalidad del proceso civil, ni puede serlo.

En esta misma línea encontramos a CABAÑAS quien afirma que la palabra "prueba" identifica en su mejor acepción técnica y pura, al ya referido estado psicológico de convencimiento del juez sobre la veracidad de todos o algunos de los hechos alegados por las partes. En efecto, una afirmación de hecho no estará "probada" aunque se utilice en tiempo y forma oportunos alguno de los instrumentos previstos por la legislación, si finalmente tal actividad no excita en el juez la certidumbre de la realidad física del acontecimiento descrito en esa afirmación.⁴⁹

Y de otro lado, se considera que entre las finalidades del proceso se encuentra "la de verificación de la verdad de los hechos de la causa. Considerando el plano filosófico y epistemológico general en donde se va recuperando el valor ético-político

46 CARDOSO ISAZA, Jorge. Pruebas Judiciales. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1986. Pág. 19.

47 El concepto de verdad se relaciona estrechamente con la esencia del conocimiento. Un conocimiento es verdadero cuando su contenido concuerda con el objeto mentado, implicando el concepto de verdad la relación existente entre el sujeto y el objeto. VARELA, CASIMIRO A. Valoración de la prueba. Editorial Astrea. Buenos Aires 2004. Pág. 68.

48 PARRA QUIJANO, Jairo. La concepción ideológica de las pruebas en el proceso civil en Revista Jurídica Advocatus 11-2004-II.

49 CABAÑAS GARCÍA, JUAN CARLOS. La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil. Editorial Trivium SA. Madrid 1992. Pág. 21.

y científico de la verdad, existen razones válidas para sostener que la verdad es también un *valor procesal*, en el sentido que el proceso debe estar dirigido a la consecución de decisiones justas y correctas" (TARUFFO). Sobre la verdad del proceso PARRA QUIJANO expresa: i) Limitamos esa averiguación a los hechos y se ha sostenido sensatamente que el hombre teóricamente sí tiene acceso a la verdad; ii) Ideológicamente resulta muy difícil sostener que una decisión sobre los hechos es justa, si no se ha logrado averiguar la verdad de los mismos; iii) Es posible prácticamente averiguar la verdad, con más dificultad en aquellos países donde no hay limitaciones a los medios probatorios y no existe tarifa legal. Sin embargo, cuando no existen esas libertades no se puede negar que no sea posible averiguar la verdad.

La aspiración de encontrar la verdad en el proceso – sostiene MONTERO AROCA – es un mito en el proceso con el cual se debe acabar, por lo cual expresa que sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa.⁵⁰ Aunque la tesis persuasiva del juez no escapa a las objeciones de la doctrina ya que se sostiene que estas propuestas alimentan una concepción *persuasiva* de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable. Por ello, la prueba, en cuanto actividad consistente en comprobar la verdad de enunciados fácticos, es un sinsentido: ni siquiera puede discutirse si el conocimiento⁵¹ del juez es correcto o equivoco; simplemente está persuadido.⁵²

Trionfetti estima que el proceso civil no busca la "verdad" sino la seguridad jurídica, y que la eventual coincidencia de determinados eventos históricos con lo expresado en la sentencia es una probabilidad, no una necesidad, para que el proceso sea dirimido.⁵³

50 Así sostiene el mismo autor que de los hechos controvertidos debe recordarse que la actividad probatoria no es investigadora, sino simplemente verificadora, por lo cual la búsqueda de la verdad no puede ser función de la prueba civil. Si los hechos controvertidos pueden ser sólo los afirmados por las partes, sin los medios de prueba a practicar han de ser únicamente los propuestos por las partes y si todo se reduce a que mediante éstos se trata de verificar aquellos, no hace falta más para convencernos de la verdad ésta fuera del alcance de la prueba procesal. MONTERO AROCA, Juan en *La Prueba*. Op. citada. Pág. 24-25.

51 Ya Platón, en su diálogo con Teetetos, había dicho que son tres los requisitos para que pueda hablarse de conocimiento: creencia, verdad y prueba. En primer lugar, quien formula la afirmación debe creer en ella; en segundo lugar, el conocimiento expresado debe ser verdadero, y, en tercer término, debe haber pruebas de aquel. VARELA, CASIMIRO A. Op. citada. Pág. 69.

52 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. *Concepciones de la prueba*. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de MICHELE TARUFFO. En www.cervantesvirtual.com

53 TRIONFETTI, VÍCTOR. "La construcción de los hechos en el proceso". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 105 a 112.

La doctrina ha cuestionado la tesis persuasiva por estar basada en el subjetivismo del juez, en el estado psicológico al momento de resolver. En este caso – sostiene Ferrer – tampoco se deja ningún espacio para el error: si el juez alcanza la convicción, el hecho está probado. En caso contrario, no lo está. Y ello depende únicamente del aspecto subjetivo psicológico del juez, que nadie más que él puede determinar, conduciendo necesariamente a una concepción irracional de la prueba. La concepción analizada conlleva un problema añadido. Así, se confunde la noción de prueba con la actitud proposicional del juez acerca de los enunciados que se declaran fundados. Y se vincula, además, la prueba con la creencia (la convicción), de modo que no se puede dar cuenta de un importante número de casos, en los que por razones muy diversas el juez se ve obligado a declarar hechos probados con independencia (y hasta en contra) de sus creencias acerca de los hechos del caso.⁵⁴

Consideremos que ambas posiciones (tesis cognosvistiva y concepción persuasiva) no son excluyentes ni contradictorias, pues *lograr la verdad* de los hechos (las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad": BONNIER⁵⁵) y *crear convicción en el juez*⁵⁶ ("la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones": Palacio), son dos elementos sustanciales y que coexisten en el proceso. La posición de Marina Gascón se torna relevante en este aspecto, pues, considera que por lo general estas concepciones de la prueba (se refiere a la tesis persuasiva y cognosvistiva) no suelen presentarse en estado puro sino que en todo proceso se entremezclan y conviven puntos de vista e intereses adscribibles a ambas, creo que no sólo es posible sino también útil confrontarlas desde una perspectiva (más amplia) que teorice la prueba desde la concepción dominante del proceso, y no desde el punto de vista de cada uno de los sujetos que participan en él.⁵⁷ Descartando de alguna manera que la tesis persuasiva tiene que ver con el punto de vista del abogado y la cognosvistiva con

54 FERRER BELTRÁN, JORDI. Op. Citada. Pág. 67.

55 Citado por MONTERO AROCA, Juan en *La Prueba*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2000. Pág. 23.

56 ARAZI expresa como postura tradicional de la prueba que cuando nos referimos a la convicción del juez, no identificamos esta noción con la verdad, no podemos decir que el juez tiene que llegar a la verdad, ya que ésta puede ser inaccesible; pero sí tiene que procurar convencerse de que ha alcanzado la verdad; ésta existe de por sí, en forma independiente de toda relación con el sujeto; en tanto que la certeza es la que lleva al juzgador a creer, sin lugar a dudas, que su conocimiento coincide con la verdad, y veremos seguidamente que, para lograr tal certeza, tiene que utilizar todos los medios probatorios que autorizan las leyes procesales. Sólo en caso de imposibilidad absoluta de lograr certeza, recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba y fallará en contra de quien dejó incumplida tal carga. Sosteniendo que actualmente el juez tienen la posibilidad de investigar en el proceso la existencia de fuentes de prueba aun cuando ellas no hayan sido mencionadas por las partes. ARAZI, Rolando. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 32.

57 GASCÓN ABELLÁN, MARINA. Op. Citada.

el punto de vista del juez. Esta posición bivalente la encontramos en la definición de prueba que nos proporciona QUEVEDO MENDOZA prueba al definirla como la actividad, regulada por la ley procesal, que realiza el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero los instrumentos de cuya valoración aquél extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.⁵⁸

La posición de CARNELUTTI respecto a que la finalidad de la prueba es determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos, tiene varios seguidores y de ella podemos rescatar que niega enfáticamente que el vocablo prueba en sentido jurídico sirva para la búsqueda de la verdad a través del control de los hechos controvertidos. Lo cual lleva a CARNELUTTI a sostener que la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede ser conocida en todo y mediante cualquier medio, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: no se trata de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos.⁵⁹ Con esta tendencia –alega GOZAINI– se concreta la idea de una sola versión para la verdad. CARNELUTTI elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la *litis* con justicia y razón.⁶⁰

Sea cual fuere la posición de mayor aceptación en la doctrina⁶¹ o la que maneje el lector (no pretendemos ahondar ni agotar esta discusión), lo cierto es que el juez se encuentra en medio de ambas posiciones, el juez es el destinatario de la prueba producida por las partes, es el juez quien valora la prueba, siendo él quien finalmente resuelve el conflicto con la sentencia, y cuando lo resuelve lo hace llegando a la verdad de los hechos conforme a lo suministrado por las partes y emite sentencia a favor de la parte que mejor lo convenció respecto de la veracidad de

58 QUEVEDO MENDOZA, EFRAIN. "Prueba: ensayo de un concepto general". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 23 a 51.

59 CARNELUTTI, FRANCESCO. Op. Citada. Pág. 33-34. El maestro italiano precisó que el proceso de búsqueda sujeto a normas jurídicas, que restringen y deforman su pureza lógica, no puede ser sinceramente considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los hechos, sino como una fijación o determinación de los propios hechos, que puede coincidir o no con la verdad de los mismos y es absolutamente independiente de ello.

60 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

61 Nuestro Tribunal Constitucional se ha plegado al parecer a la tesis de la convicción conforme se aprecia de la STC No. 4226-2004-AA al precisar que "el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agosta en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos al proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido al juzgador" (resaltado nuestro).

estos hechos. Ello sin perder de vista que en el proceso civil cada parte cree tener la verdad de los hechos y busca afirmarlos como mejor conviene a su defensa, si ambas partes sostienen afirmaciones falsas, no verdaderas, entonces el juez resolverá como medias verdades.

Lo expuesto sirve para rescatar lo trascendente de la labor del juez en el proceso, aun ante la interrogante si lo que ¿debe primar es la verdad de los hechos de la causa o la tesis de lograr la convicción en el juez, o ambas?, ahí es donde justamente radica la importancia que el juez tenga un manejo adecuado de la prueba, más concretamente en la etapa de valoración del material probatorio, de lo contrario el resultado de su labor será incorrecta e insatisfactiva, no solo para las partes sino para la sociedad en general.

5. VERDAD MATERIAL Y VERDAD FORMAL

Si la tesis de la verdad a la que hemos hecho referencia tiene suma complejidad y expresa posición contrapuesta a la tesis de la convicción al juzgador, tenemos en la doctrina otro tópico igual de polémico, el mismo que está referido a dar respuesta a si en el proceso se busca la "verdad formal" (llamada también como verdad judicial o forense o se busca la "verdad material" (conocida como verdad objetiva o real). La verdad formal en expresión de GOZAINI sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la verdad material es la que luce en el mundo de los fenómenos reales.⁶²

Tradicionalmente se pensó que la verdad material de los hechos se podía lograr en el proceso penal y la verdad formal es producto del debate probatorio en el proceso civil debido a la vigencia del principio dispositivo, aunque esta posición a la fecha fue superada.⁶³

La diferencia entre verdad material y formal es expresada por Ferrer, la primera es aquella de la que se habla fuera del proceso judicial. Por ello, también puede hacerse referencia a la misma mediante la denominación de verdad *tout court*, sin más calificativos. No está claro cuáles son las condiciones de verdad, en este sentido, en las que estaban pensando los teóricos que propusieron la distinción, pero es plausible sostener que 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

62 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

63 A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el juez debía estar íntimamente convencido para condenar al proceso; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de aquellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba de solucionar con verosimilitudes. GOZAINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". Op. Citada.

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 civil. 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 judicial con independencia de la coincidencia con los hechos realmente ocurridos, se atribuye la calificación de verdadera formalmente a la decisión de hechos probados realizada por el juez o tribunal en la sentencia.⁶⁴

Definitivamente en este aspecto la doctrina no se puso de acuerdo, pues algunos alegan que no es posible ya lograr la verdad material en el proceso, pues "no se trata de trasladar los hechos tal como ocurrieron o de demostrar las afirmaciones tal como se produjeron, la actividad probatoria no busca, pues, con la prueba un resultado formal que sea operativo y que sirva para que en la mayoría de las ocasiones podamos decir que existe coincidencia entre los hechos realmente ocurridos y los hechos probados".⁶⁵

La distinción entre verdad formal y verdad material –sostiene TARUFFO– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medios de las pruebas.

La verdad en el proceso es un punto muchas veces dramático. La historia ha recogido la famosa pregunta de Pilatos: "¿Y qué es la verdad?". Todo juez tiene que preguntárselo algún día, porque los contrastes entre la verdad real y la verdad formal constituyen una de las tantas artificiosidades del derecho de las que nos servimos para nuestras construcciones técnicas, a falta de otra cosa mejor.⁶⁶

En el proceso no se debe buscar la verdad material ni la verdad formal, se debe apuntar a la verdad jurídica objetiva. Sobre ésta última se ha sostenido que ninguna decisión es justa si está fundada 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. La doctrina de la verdad jurídica objetiva constituye pues un importante aporte para superar ambas verdades (se refiere a la material y formal) al marcar la

64 FERRER BELTRÁN, Jordi. Op. Citada. Pág. 61-62.

65 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200. Este mismo autor precisa que con la prueba no se pretende conseguir la verdad absoluta es algo obvio y lógico: primero, porque la verdad absoluta es inalcanzable; segundo, porque al sistema procesal para ser eficaz le basta con que el juez adquiera o se convenza de la certeza o de la verosimilitud de los hechos.

66 RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005. Pág. 33.

necesidad de obtener una verdad única, cimentada en la realidad objetiva, sea cual fuere el tipo de proceso o procedimiento en que ella se obtenga.⁶⁷

Conviene decir que esta vieja clasificación de verdad fue abandonada por la doctrina, en esta posición encontramos a MONTERO AROCA, GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, entre otros.⁶⁸

6. PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Conforme a lo expresado hasta aquí podríamos decir siguiendo lo establecido por la doctrina que prueba es el género del cual se desprende la especie que es el medio de prueba. La prueba está conformada por un conjunto de actos procesales, desde la afirmación de hechos que forman parte de la proposición de las partes hasta la valoración del juez sobre el material probatorio aportados por las partes. En cambio el medio de prueba desde esta óptica es una parte de este conjunto de actividades de orden procesal, con el cual las partes buscan los mecanismos más idóneos, eficaces, pertinentes, lícitos para llevar al proceso la información contenida en las fuentes de prueba.

Prueba y medio de prueba, son dos elementos de un mismo universo, sin embargo, uno es más amplio que el otro, la prueba comprende al medio de prueba,

67 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. Ara Editores. Lima 2001. Pág. 282.

Nuestra Corte Suprema se ha pronunciado sobre la verdad jurídica objetiva: "(...) así expuestos los hechos, se llega a la conclusión de que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de la motivación adecuada y suficiente, sustentada en hechos objetivos y constatables, pues contiene una decisión que no se sustenta en la valoración conjunta y razonada de los medios probatorios aportados al proceso, sino en apreciaciones subjetivas, carentes de fundamentación fáctica y jurídica, que impiden que se establezca la verdad jurídica objetiva en el caso concreto; por tanto, se trata de una resolución que no se ajusta al mérito de lo actuado, contraviniendo el inciso tercero del artículo 122 del antes acotado Código Procesal, así como el inciso quinto del artículo 139 de la Constitución Política del Estado". Casación No. 1382-2007-Lima.

68 La pregunta que viene ahora es crucial a la vista del corsé que impone el derecho probatorio. ¿Cómo puede el juez, a pesar de tantas cortapisas, averiguar la verdad de lo sucedido? Mi respuesta es que no puede, pero necesitamos creer que sí puede. Y de ahí el invento de la teoría de las *dos verdades* merced a la cual el derecho probatorio lava su cara. La teoría de las dos verdades viene a significar que en el proceso, aunque indudablemente debe aspirarse a conseguir la verdad material o histórica, cabe contentarse con la verdad formal, es decir, la que resulta de las admisiones de hechos y de la valoración, libre o tasada, de las solas pruebas practicadas en el proceso: *quod non est in actis, non est in mundo*. La célebre frase de Carnelutti "la verdad es como el agua: o es pura o no es agua", no ha logrado por tanto relegar el mero recuerdo la teoría de las dos verdades, que sigue imponiéndose por la sencilla razón de que el papel del juez en la búsqueda de los hechos y el marco de actuación del mismo no son los mismos que los del historiador. Curiosamente a este respecto la realidad se desenvuelve en una inevitable paradoja: cada vez más se insiste en la búsqueda de la verdad histórica, pero al mismo tiempo una hipergarantismo judicial secundariza a veces el valor de la misma. Al paso que vamos ya no resulta escandaloso poder afirmar pues, que el mayor enemigo de la prueba es el derecho probatorio. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*, LEC 1/2000. Editorial Bosch. Barcelona 2001. Pág.39.

este último facilita que la información relevante respecto de la *litis*, sean llevada de fuera del proceso a su interior.

Ambas no son incompatibles entre sí, por el contrario forman parte de una actividad procesal en el que se complementan, ambas ayudan a las partes a probar sus afirmaciones y al juez a tomar en cuenta toda la información introducida al proceso, buscando la generación de convicción en el juez, con el ánimo de que resuelva con absoluta certeza.

Toma partida en esta distinción Devis ECHANDÍA quien señala que en sentido estricto, por pruebas judiciales se entiende *las razones o motivos que sirven para llevarle al juez a la certeza sobre los hechos*; y por medios de prueba, *los elementos o instrumentos* (testimonios, documentos, etc.) *utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o esos motivos* (es decir, para obtener la prueba).⁶⁹

7. FUENTE DE PRUEBA Y MEDIO DE PRUEBA

Evidentemente las partes en el proceso parten de la afirmación de hechos vinculados a su pretensión o su defensa, estos hechos deben estar estrechamente relacionados a lo que se discute en el proceso; sin embargo, toda la información para la verificación, contrastación, comprobación de la existencia o inexistencia de estos hechos, se ubica fuera del proceso, existe antes que él, es por ello que se requiere de mecanismos idóneos, útiles, lícitos, pertinentes para llevar la información fuera del proceso a su interior.

La información relevante para el proceso se encuentra en las *"fuentes de prueba"* y los mecanismos de los que se valen las partes y el juez - en su momento - para incorporar dicha información al proceso se denominan *"medios de prueba"*.

La *fuerza de prueba* contiene información sobre hechos vinculados al proceso y que resultan relevantes para el propósito de las partes, en la tarea de convencer al juez respecto de la veracidad de sus afirmaciones, no obstante esta información se encuentra fuera del proceso, por lo que, se dice que la fuente es pre procesal, porque existe antes del proceso y además es extraprocesal, debido a que se encuentra fuera del proceso. Aunque la doctrina ha puesto objeción a la afirmación de que la fuente es anterior al proceso y que se ubica fuera de él, poniendo como ejemplo a la pericia, la cual no es posible ubicarla antes del proceso. Aunque para que cuadre en el criterio esbozado se señala que se debe ubicar un hecho que realmente sea exterior al proceso, que deba ser examinado por el perito e informar sobre el particular al juez.

69 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Op. citada. Pág. 20.

Es Sentis Melendo quien expresa magistralmente la idea de fuente de prueba y medio de prueba:⁷⁰ "Todas las fuentes son anteriores al proceso y se incorporan a él haciendo uso de los medios de prueba, la fuente es el documento, el medio es su aportación a los autos, las fuentes es el conocimiento que tiene el testigo, el medio es la declaración que preste, la fuente es la cosa u objeto que se somete al perito, el medio de este examen juntamente con el dictamen pericial."⁷¹

EFRAIN QUEVEDO⁷² precisa que el debate acerca de las fuentes y los medios de prueba se ha visto perturbado más de una vez por diferencias terminológicas, dificultándose, por esa vía, el intercambio de ideas; es por ello necesario hacer un esfuerzo para describir, primero, la realidad del proceso, someterla a una cuidadosa interpretación científica y por último, proponer rótulos para su designación. Esta última tarea conviene ajustarse, en todo lo posible, a los usos tribunales y la tradición legislativa, para que la construcción final resulte inteligible para los prácticos y no ofrezca resistencias su utilización; en este punto, quizás, haya que repensar la ideas Canneluttianas para adaptarlas a nuestro tiempo y realidad. Cuando los prácticos y las legislaciones emplean el término "medio" de prueba (no es usual el vocablo "fuente") no entienden referirse a la actividad perceptiva y deductiva del juez (elemento subjetivo) sino a la realidad externa que con aquella se aprehende para llegar al conocimiento de los hechos o en todo caso, al procedimiento regulado por la ley para que esa realidad quede a disposición del juzgador.

Es posible que la información que contienen las fuentes de prueba nunca llegue al proceso o es posible que sí. Estas fuentes contienen datos fácticos de lo que en alguna oportunidad y lugar ocurrió en la realidad, hechos reales, acontecimientos. Ahora bien, si las partes requieren llevar al conocimiento del juez la existencia de estos hechos de la realidad porque son relevantes para sustentar su pretensión o su defensa, entonces, deben hacer uso de aquellos instrumentos procesales que posibiliten el ingreso de toda aquella información de la fuente de prueba al proceso, para lo cual harán uso de los *medios de prueba*.

Entonces, podemos decir que la *fuerza y medio de prueba* son dos conceptos vinculados estrechamente, el primero es necesariamente preprocesal en tanto

70 " (...) Ello debido a que a partir de la distinción existente entre fuente de prueba (entendida como realidad extra procesal independiente al proceso) y medio de prueba (que vendría a ser un acto procesal, esto es, una realidad interna al proceso, y por medio del cual la fuente de prueba es ingresada al proceso), es posible determinar que la declaración de nulidad de un proceso únicamente acarrea la invalidez de los medios de prueba inherentes al mismo, mas no así de las fuentes de prueba (Cfr. STC Exp. N° 00003-2005-AI/TC, fundamentos 128, 129; Exp. N° 00010-2002-AI/TC, fundamento 160)". STC No. 05822-2007-PHC/TC.

71 Citado por FALCÓN, Enrique M., en "La recolección probatoria en el proceso civil". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 113 a 130.

72 QUEVEDO MENDOZA, EFRAIN I. *Medios y fuentes de prueba*. En La Prueba. Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Librería Editora Platense SRL. La Plata 1996. Pág. 127.

que el segundo sólo se presenta en el proceso. Los medios de prueba sirven para que el juez pueda tomar conocimiento de los hechos extraprocesales vinculados al proceso. La *fuerza* tiene existencia aun sin que se genere el proceso, pre existe al proceso⁷³, el conocimiento que tiene de determinados hechos, se introducirán al proceso a través de los *medios de prueba*. Por ello, los medios de prueba sólo tienen utilidad y se desarrollan dentro del proceso, es su hábitat natural, fuera de él no tienen ningún tipo de relevancia.⁷⁴ Medios de prueba son los instrumentos que permiten al juez la apreciación sensible del objeto de la prueba; si lo queremos decir de otra manera, son los instrumentos de que se valen las partes para hacer posibles la apreciación judicial de dicho objeto.⁷⁵

Así, el sujeto que presencié un accidente de tránsito, en el que una persona con su vehículo atropella a otra y la deja gravemente herida y apoya al herido para su conducción a centro médico, constituye evidentemente *fuerza de prueba*, pues a partir de este acontecimiento, tiene en su poder información relevante sobre lo ocurrido, de primera mano, por lo que se podría decirse que es fuerza primaria. Es posible que si el sujeto que sufrió el accidente nunca se enteré que hay alguien que observó el evento, por tanto esa fuerza de prueba nunca brindará información al proceso, pero si lo sabe por alguna circunstancia hará uso de la prueba testimonial (medio de prueba), para que toda la información que tiene esta fuerza con su declaración testimonial llegue al proceso y sea de conocimiento del juez. En este caso como vemos la calidad de *fuerza* recae sobre un sujeto, quien tiene conocimiento sobre determinados hechos del pasado⁷⁶. Lo mismo ocurriría si la fuerza de prueba fuera una o ambas partes del proceso y se les solicita la *declaración de parte*.

73 La noción de fuerza de prueba se haya constituida por el dato obtenido merced a los medios previstos o autorizados por la ley adjetiva (el testimonio, el documentos, la confesión, etc.) y existe, a diferencia de lo que ocurre con éstos, con prescindencia del proceso. DE SANTO, Víctor. La prueba judicial, teoría y práctica. Editorial Universidad. Buenos Aires 1992. Pág. 31.

74 Sobre la discusión *numerus clausus* o *apertus* de los medios de prueba el procesalista español MONTERO AROCA ha señalado que si la fuerza es algo extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que la leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas, porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventado o descubriendo nuevas fuentes. Estas, por tanto, deben quedar indeterminadas. Lo que las leyes deben regular son los *medios de prueba*, entendidos como actividad que es preciso realizar para incorporar la fuerza al proceso, y estos medios, después de la regulación legal, serán siempre *numerus clausus* porque las únicas actividades procesales posibles son las legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad. MONTERO AROCA, JUAN, Gómez Colomer, Alberto Montón y Silvia Barona. El nuevo proceso civil. Editorial Tirant lo Blach. Valencia 2000.

75 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200.

76 CABAÑAS GARCÍA sobre el particular tiene un punto de vista interesante, señala que si la fuerza es el hecho mismo sometido a captación, que sólo tiene una coordenada espacio-temporal, su realidad es finita, pretérita e instantánea, porque se trata del suceso histórico en sí. La fuerza entonces, siendo en sí la circunstancia histórica, nace y muere como tal en el mismo momento de consumarse, y no es posible preservarla, hecha la salvedad de aquellas de tipo permanente. Esto convertiría en la mayor parte de las ocasiones a la fuerza de prueba en un objeto ideal e incognoscible. De hecho la fuerza no sería tal por falta de control sobre su materialidad. CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium SA. Madrid 1992. Pág. 24.

Las partidas de nacimiento, de matrimonio o de defunción son documentos públicos que contienen información sobre un evento ocurrido en lugar y fecha determinada, dan cuenta de hechos sucedidos en el pasado con respecto a personas, nacimiento, nupcias y fallecimiento, respectivamente. Sin embargo, esta información es extra procesal, sólo formará parte del proceso, si las partes o el juez las incorporan a través de los medios de prueba, en este caso concreto a través de la prueba documental (medio de prueba), sólo así el juez podrá en su momento tomar conocimiento de estos hechos ocurridos antes del proceso. En este caso la fuerza de prueba no corresponderá a una persona, sino a un documento que contiene información sobre hechos del pasado, relevantes para el proceso. Igualmente tendrán la condición de fuerza de prueba los contratos privados, las minutas, las escrituras públicas, los títulos valores y cualquier otro documento privado en el cual se hayan insertado hechos o acontecimientos, que sean producto de una declaración de voluntad válida o inválida.

Determinado lugar en el que se llevó a cabo un hecho (que no es documento ni persona) puede ser fuerza de prueba en un proceso judicial, por ejemplo el lugar donde se produjo el accidente de tránsito que hemos hechos referencia anteriormente, si las partes pretenden que el juez tome conocimiento de la señalización, de que se trata de una vía rápida, que hay un puente peatonal, que es una zona de alto tráfico, de las condiciones climatológicas del lugar, la visibilidad, etc. por ejemplo para afirmar que el accidente se produjo por imprudencia de la víctima, entonces utilizarán la prueba de *inspección judicial*.⁷⁷ Aquí la fuerza de prueba no es un sujeto ni un documento, la información o el conocimiento de determinados hechos no está contenida en esta fuerza, ésta más bien es distinta, se trata de que el juez a través del medio probatorio (de parte o *ex officio*) tome conocimiento de hechos que son gravitantes para el proceso y que fueron propuestos por las partes al sustentar su pretensión o en su defensa. Durante la labor de observación (*inspección*) realizada por el juez, éste podrá constatar hechos vinculados a lo afirmado por las partes en el proceso, luego procesará esta información (utilizado el método inductivo y deductivo) para llegar a la conclusión de si el hecho afirmado por los sujetos del proceso corresponden a la realidad o no. Esta misma operación la realiza el juez cuando actúa una inspección judicial en los procesos judiciales en los que se pretende determinar el área ocupada, cuando hay discrepancia sobre la misma, en tema de linderos y áreas, en los interdictos, pretensiones de reivindicación para definir el área del predio a restituir, medianería, etc.

Ahora bien, conviene precisar que no siempre la fuerza de prueba aporta información al juez para generarle convicción, pues es importante precisar que de toda

77 La prueba directa por *percepción*. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrían que demostrarse en juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermediarios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Pág. 216.

la información recibida a través de estos mecanismos, el juez deberá previamente procesar todos los datos recibidos respecto de los hechos ocurridos en la realidad y aceptar como verdaderas sólo las premisas que según su entender se encuentran corroboradas con los hechos que aportan las fuentes de prueba. Es el típico ejemplo de los testigos (prueba muy venida a menos y con poca ascendencia sobre el juez) no todo lo que diga el testigo respecto de lo que le consta de los hechos del proceso le generará convicción al juez, pues estas testimoniales deben siempre aparecer corroboradas con otro medio de prueba o con un indicio, por si solas muchas veces no sirven para generar convicción en el juez respecto de que un hecho se produjo de tal o cual forma en la realidad. Corresponderá exclusivamente al juez efectuar una valoración adecuada de la información proporcionada por esta fuente.

Es importante la distinción efectuada por ARAZI quien busca la utilidad de la diferencia, reserva al término medio de prueba a la actividad del juez, de las partes o de terceros, desarrollada dentro del proceso, para traer fuentes de prueba; esa actividad se realiza de la manera indicada en cada ordenamiento procesal. En cuanto a las fuentes de prueba, ellas son las personas o las cosas cuyas existencias son anteriores al proceso o independientes de él, que tiene conocimiento o representan el hecho a probar. Cuando el conocimiento o la representación no se refieren directamente al hecho a probar sino a otros de la que puede deducirse la existencia de aquél, las personas o las cosas son fuentes de presunciones o indicios.⁷⁸

Fuentes de prueba –sostiene ORTELLS son los elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuente de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal, ni prácticamente. Medio de prueba es, en cambio, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados.⁷⁹

Los medios de prueba –afirma Trionfetti– son los que nos permiten extraer el conocimiento de las fuentes para el proceso. Los medios de prueba son, entonces, una serie de instrumentos y actividades destinadas a hurgar en las fuentes probatorias a través de diversos métodos, para extraer de ellas el conocimiento de los hechos que hacen al proceso. Esta extracción podrá ser mayor o menor, mejor o peor, según el medio utilizado, el avance científico, las posibilidades económicas, la completitud de la fuente, etc.⁸⁰

Finalmente, conviene citar a Sentis Melendo quien aclara el panorama sobre la diferencia entre fuente y medio de prueba, así *fuentes* es, como hemos señalado, un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que *medio* es un concepto

78 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 124.

79 ORTELLS RAMOS, MANUEL. *Derecho procesal civil*. Op. Citada. Navarra 2002. Pág. 377 a 378.

80 FALCÓN, Enrique M., en "La recolección probatoria en el proceso civil". Op. Citada.

jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas. El medio nacerá y se formará en el proceso.⁸¹

8. ¿QUÉ SE DEBE PROBAR EN EL PROCESO?: OBJETO DE LA PRUEBA

En esta parte del trabajo la tarea central está dirigida a responder a la interrogante ¿qué se prueba en el proceso? La doctrina conoce a esta parte de la prueba judicial como el *objeto de la prueba*. "El objeto típico de la prueba es el hecho o la alegación fáctica".⁸²

La respuesta inicial a esta interrogante es que en el proceso sólo se prueban hechos⁸³, lo que significa que el objeto de la prueba lo constituyen los hechos, pero no un hecho cualquiera, los hechos que son materia de prueba son los hechos *controvertidos*, es decir aquellos hechos que propone una de las partes y no es aceptado por la otra. Objeto de prueba –señala ARAZI– puede ser cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso; pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados: no lo son los admitidos, los notorios, los evidentes los normales, etcétera.⁸⁴

Conforme lo señala COUTURE sólo los hechos *controvertidos* son objeto de prueba. Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenezcan serán irremisibles.

81 SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1979. Pág. 151.

82 Objeto de la prueba es el tema o materia a la que se refiere la actividad probatoria y sobre el cual se persigue generar la convicción del juez o la fijación en la sentencia por aplicación de una norma de valoración legal. En principio puede decirse que objeto de la prueba son los datos alegados por las partes. Pero, a continuación debe advertirse que: 1) fundamentalmente se trata de los datos de hecho; 2) pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas y las reglas y juicio técnicos o de valor de naturaleza no jurídica; 3) no todos los datos de hecho necesitan ser objeto de la prueba. ORTELLS RAMOS, Manuel. *Derecho Procesal Civil*. Op. Citada. Pág. 371.

83 Aunque la doctrina no es pacífica en este caso, ya que existen posiciones que sostienen que el objeto del proceso no son precisamente "los hechos" sino más bien la "afirmación". Aquí encontramos la posición de Muñoz Sabaté: "mi posición ha estado siempre a favor de la segunda tesis, es decir, aquella que reconoce a la afirmación como único objeto de la prueba. Los hechos que se investigan, a partir de una hipótesis o de una mera sospecha, pero una vez hallados no se exponen en el proceso como un capitel etrusco se exhibe en un museo, sino que procesalmente se trasmutan en afirmaciones. Esas afirmaciones son necesarias porque, sin ellas no habría fase de alegaciones, y por ende no habría proceso, y una vez formuladas exigen su debida verificación a través de la prueba. El objeto de investigación es el hecho; el objeto de la prueba, la afirmación". Agrega este autor que también es evidente que esta polémica carece de suma utilidad práctica y puede zanjarse con una proposición tan ecléctica y transaccional como la que propone Garcimartín Montero, cuando considera que tal vez lo más lógico sea afirmar que constituyen el objeto de la prueba los hechos en cuanto afirmados, o las afirmaciones en la medida en que contienen unos hechos. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*. Op. Citada. Pág. 102.

84 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 61.

mente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.⁸⁵

Corresponde al juez como director del proceso determinar cuáles son los hechos admitidos por las partes de manera expresa o tácitamente, cuáles fueron admitidos parcial o totalmente y cuáles son los hechos en que las partes mantienen posiciones discrepantes, fueron negados o rechazados por una de las partes. En fin, se trata de todos aquellos hechos vinculados a la pretensión y a la defensa, sobre los cuales las partes no se han puesto de acuerdo.

La doctrina se refiere en cuanto a este punto a la tesis de la *admisión*, señalando que todos los hechos que fueron admitidos (expresa o tácitamente) por las partes y sobre los cuales no hay ninguna confrontación, no configuran los hechos controvertidos, *contrariu sensu* los serán todos aquellos hechos que no fueron de ninguna forma admitido por las partes.

Entonces, tendremos que la regla general en materia de prueba judicial, es que en el proceso se prueban hechos⁸⁶, sustancialmente hechos controvertidos.^{87 88}

85 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos... Op. Citada. Pág. 183.

86 La posición de Trionfetti estiliza un poco esta tesis, señalando que "los hechos" del proceso no se descubren ni se encuentran. Se construyen. Sostengo que en el proceso no hay "hechos", sino versiones o relatos. En el proceso no hay hechos, al menos no están los hechos que se deben probar. Aunque agitemos el expediente una y otra vez, aunque estemos presentes en todas las audiencias, observemos todos los documentos, etcétera, jamás veremos "los hechos" porque ellos sencillamente ya ocurrieron y son irreproducibles. Agrega este autor que si en el proceso "estuviesen los hechos" no sería necesaria la prueba. Pero porque los hechos no están, sino sólo versiones de ellos, resulta necesario para dirimir la contienda, o que la versión del actor no sea refutada (incontestación de demanda, rebeldía, confesión expresa, etc.) o que siendo poco verosímil o refutada en sus aspectos fácticos, se pueda desplegar un sistema de representaciones (pruebas en sentido estricto) o de inferencias de clausura (carga de la prueba y presunciones) o ambas conjuntamente que defina cuál de las versiones encontradas es la correcta y en qué extensión, o si la versión del actor, no refutada por incumplimiento de las cargas de refutación del demandado, resulta verosímil. Confundir "hecho" con la "el relato de los hechos" es confundir el territorio con el mapa que lo representa. TRIONFETTI, Víctor. "La construcción de los hechos en el proceso". Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 105 a 112.

87 Sostiene FRANCESCO CARNELUTTI que entre los hechos no afirmados por ningún de las partes, hechos que no existen para el juez, y los hechos afirmados por todas las partes, que para él existen sin más, se encuentra la zona neutra de los hechos *afirmados tan sólo por una o alguna de las partes*, es decir, hechos *afirmados pero no admitidos*, que pueden existir o no. Son los llamados hechos *controvertidos*, que constituyen la regla en materia de prueba. El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la *discusión* de un hecho: es necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión, o sea para *fixar* en la sentencia el hecho *no fijado por las partes*. CARNELUTTI, FRANCESCO. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acayú. Buenos Aires. Pág. 15 a 17.

88 Aun sustentando la tesis de la afirmación Muñoz Sabaté se acerca a la propuesta del *hecho controvertido*, al sostener que la afirmación hace que el hecho ocupe su lugar de combate. Esta metáfora nos permite percibir todo el conjunto de afirmaciones como una línea de ataque o de resistencia

Aunque conviene señalar que en doctrina también se expresa la idea que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes.⁸⁹

Se sostiene que el hecho es un segmento de la historia y, por eso, una abstracción; lo concreto no es el hecho en sí, sino el hecho en la historia. En último análisis, es *tiempo*, o sea, un pasar, algo que aparece y desaparece; en síntesis, el hecho no está firme, por eso es una materia rebelde a la obra que el juez debe cumplir sobre ella y, al mismo tiempo, un instrumento que -mientras lo trabaja- corre el riesgo de que se le escape de las manos. El juez, como Fausto, debe detener el tiempo. El hecho no es otra cosa que tiempo, precisamente porque éste, a su vez, no es sino cambio. Por lo tanto, que el juez opere sobre el hecho quiere decir que opera sobre el tiempo.⁹⁰

No obstante, existe una variedad de hechos que es posible se presenten en el proceso, pero que muchas veces no es necesario ejercitar sobre ellos actividad probatoria alguna, es decir, no requieren de prueba, así tenemos:

a) Hechos admitidos por las partes:

Si la premisa general es que en el proceso sólo se prueban hechos y fundamentalmente los hechos controvertidos, es decir aquellos propuestos por una parte y negado por la otra, entonces, tendremos que si un hecho del proceso fue admitido por la parte contraria a la que lo propuso, como un hecho que existió y se produjo

dispuesta a penetrar en las afirmaciones adversas destruyendo su antagónica y paralela pretensión de certeza o a resistir el embate de los mismos manteniendo la declaración de certeza de las suyas propias. Puesto que el hecho, ontológicamente sólo puede ser uno, pero existen dos afirmaciones antagónicas acerca del mismo, el hecho se convierte procesalmente en *hecho controvertido* planteando la subsiguiente necesidad de su prueba. Ya tenemos, pues, -agrega- una primera consecuencia. La afirmación controvertida es la determinante de la necesidad de prueba del hecho en el proceso. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Op. Citada. Pág. 126.

89 Esta posición es asumida por Xavier Lluch al expresar que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos, efectúan las partes, tal como apunta Serra Domínguez o los enunciados sobre los hechos como indica Taruffo. Los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones. Incluso autores que han defendido que en el proceso se prueban los hechos han matizado su postura. Así Stein, tras afirmar que son objeto de prueba los hechos, añade que "el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En todos los demás casos, se le presentan como afirmación de las partes". Y en nuestra doctrina García Martín Montero precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba "los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos". Concluye el magistrado español que el objeto de la prueba las afirmaciones de los hechos que las partes tiene la carga de alegar e introducir al proceso. LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". En Objeto y cargo de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 22.

90 RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar. Op. Citada. Pág. 01.

en la fealdad y en determinado tiempo, entonces ya no habrá discusión sobre ese particular, se debe sostener por tanto que sobre este hecho las partes no ha manifestado objeción alguna.

Cabe hacer una precisión sobre el particular, señalando que hay hechos en el proceso, que no obstante de ser controvertidos (es decir sobre los cuales no hay consenso de las partes) no requieren de prueba, tal es el caso de los hechos presu- midos por ley y los hechos notorios

Entonces, tenemos que *hecho admitido es aquel sobre el cual las partes no tienen ninguna discrepancia y en consecuencia no será objeto de prueba*⁹¹, pues, es innecesaria esta actividad, se encuentra desterrada toda posibilidad de actividad probatoria sobre un hecho no controvertido.

En cuanto a las partes disponen del material de hechos de la sentencia sólo necesitarán probarse los hechos alegados por aquellas que estén en contradicción. Los hechos en los que las partes estén de acuerdo no sólo necesitan probarse sino que la ley prohíbe su prueba. Por tanto, los hechos admitidos no pueden ser objeto de prueba.⁹²

Ello no significa que estos hechos (no controvertidos)⁹³ no sean mencionados por el juez en la sentencia, de seguro lo hará, no obstante, sobre ellos no habrá actividad probatoria. La sentencia no es nula si el juez invoca *hechos admitidos* para sustentar su decisión. En cambio, la sentencia si será nula si el juez emite pronun- ciamiento basado en hechos no afirmados por las partes.

Nuestra legislación ha precisado la improcedencia de actividad probatoria (ofre- cimiento de medios de prueba) cuando se trate de hechos que fueron afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de demanda, de la recon- vención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos (Art. 190 inciso 2), sin embargo, da la oportunidad al juez de realizar actividad probatoria en este supuesto, cuando existen indicios de fraude procesal o se trate de derechos indisponibles.

91 Así, si en el proceso de desalojo por vencimiento de contrato la parte demandante sostuvo que celebró con el demandado un contrato de arrendamiento sobre el inmueble "X", con fecha "Z" y por una renta "R" y el demandado al ejercitar el contradictorio admite estos argumentos fácticos, entonces diremos que el hecho fue aceptado por el demandado, siendo así será un hecho admitido, sin oportunidad de convertirse en controvertido, en consecuencia sin necesidad de actividad probatoria.

92 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 200.

93 En el proceso regido por el principio de oportunidad y sus consecuencias quedan fuera de la necesidad de prueba los hechos no controvertidos. Esto es manifiesto cuando se trata de hechos que han sido afirmados por las dos partes, pero no es menos cierto respecto de los hechos afirmados por una y admitidos por la contraria. Los hechos afirmados por las dos partes y los hechos afirma- dos por una y admitidos por la otra, no es ya únicamente que no están necesitados de prueba, es que la ley prohíbe que sea intentada su prueba. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 75.

Ahora bien, los hechos admitidos por las partes pueden ser de dos clases: hechos admitidos *de forma expresa* y los admitidos *de manera tácita*.⁹⁴

En cuanto a la *admisión expresa*, ella implica la declaración de voluntad de una de las partes para aceptar de forma explícita uno o varios hechos propuestos por su parte contraria, en este caso no debe haber lugar a duda, respecto a su admisión, es por ello que se requiere que sea expresa y no implícita. Por lo cual, tendremos que si la parte demandante propone como cierto y real el hecho N y la parte deman- dada admite que en la realidad este hecho N se produjo, entonces estaremos frente a una admisión expresa, no cabe duda de su aceptación o admisión. Hay también admisión expresa en caso de *reconocimiento de la demanda*, conforme lo expresa el numeral 330 del nuestro CPC, pues en este supuesto habrá no sólo aceptación de la pretensión, sino la admisión de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y la fundamentos jurídicos de ésta.

En cambio, podemos mencionar como posibilidad de una *admisión tácita* de un hecho del proceso, cuando la parte demandada al contestar la demanda omite pronunciamiento expreso sobre el mismo, es decir, no hace ningún tipo de referen- cia a este hecho en el contradictorio, dejando abierta la posibilidad de su admisión implícita, se puede deducir que la omisión de pronunciamiento expreso de un he- cho determinado muestra una conducta de admisión del mismo. Sobre el particular nuestro legislador es enfático al precisar los alcances del hecho admitido tácitamen- te, señalando en el numeral 442 inciso 2 como un deber de las partes al contestar la demanda de emitir pronunciamiento de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. Precizando como efecto jurídico de su silencio, respuesta evasiva o la negativa genérica, que estos pueden ser apreciados por el juez como reconocimien- to de verdad de los hechos alegados.

Queda claro que los hechos que no merecen prueba son los hechos admitidos de manera expresa por la partes, en tanto que la admisión tácita, debe ser evaluada por el juez, en el contexto del caso concreto, para definir su sometimiento o no a la prueba.

En los supuestos de rebeldía también se pueden mencionar a los hechos ad- mitidos, pues el rebelde en un proceso es aquel que no ejercita por su propia y libre decisión su derecho de defensa, pudiendo y teniendo la oportunidad de hacerlo, esta conducta puede ser equiparada como una aceptación de la pretensión y los hechos que la sustentan. Es por ello, que acorde a nuestra legislación (artículo 461) el estado de rebeldía genera una presunción relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda. Aunque esta regla tiene excepciones como la existencia

94 La admisión puede ser expresa o tácita: la primera torna innecesaria la prueba, excepto en ciertos procesos donde, por estar interesado el orden público, el hecho tiene que probarse a pesar de la admisión de la contraria: tal es lo que sucede en los divorcios contenciosos, por ejemplo, donde la admisión pasar a ser un medio de prueba que el considerará en la sentencia junto con las demás pruebas producidas. ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 63

de varios demandados y uno de ellos contesta la demanda, en caso de derechos indisponibles, falta de documento que acredita documentalmente la pretensión o cuando al juez no le produce convicción la sola declaración de rebeldía.

b) Hechos notorios:

La doctrina y derecho comparado coinciden en la posición de que no es necesario realizar actividad judicial para probar hechos que resultan notorios. *Notorio* viene del latín *notorius*, que significa público y sabido por todos.

Hay hechos que no es necesario probar por su notoriedad pública. La máxima del derecho canónico –*notoria non agent probatione*– es aplicable en nuestro medio, aun cuando no haya disposición legal que la consagre expresamente. No obstante, se ha decidido que hay hechos notorios que puede ser tenidos en cuenta sin prueba cuando de ellos se extrae una consideración de carácter general; pero, en cambio, requieren prueba cuando debe determinarse en qué cantidad concreta inciden en la sentencia de condena.⁹⁵

Es notorio un hecho, cuando no hay duda que este hecho es conocido por todos, sin que exista ninguna duda de su conocimiento por alguna persona. Su conocimiento por todos lo convierte en un hecho evidentemente público y que se trata de un hecho aceptado así por todos. Es un hecho no oculto sino más bien público. "El hecho notorio es conocido por el juez fuera del proceso, pero se trata de afirmaciones consideradas como verdad indiscutible por una colectividad": CALAMANDREI.

Sin embargo, esta definición será parcial e impráctica, sino hacemos la objeción de que el hecho es considerado notorio, así sea ignorado por un gran grupo de persona. Por ejemplo hay grupos de personas alejadas de la civilización que ignoran el uso de La Internet y de la posibilidad de comunicarse fácilmente a través de ella, la ignorancia de este grupo de persona no hace que este hecho sea notorio. Este conocimiento igualmente tiene carácter relativo y no absoluto, pues se llega a su conocimiento a través de fáciles mecanismos de información. Así, es notoria la existencia del País de Serbia y Montenegro de lo que algún día fue la República Federativa de Yugoslavia y notoria es la reciente separación de Montenegro y la declaración de independencia y soberanía de cada uno de ellos, a este conocimiento podemos llegar por un simple mecanismo de consulta de fuentes de información. Tampoco se requiere que todos los integrantes de un grupo social determinado tengan conocimiento efectivo del hecho (conocimiento directo), para considerarlo como notorio.

Es por ello que compartimos lo expresado por COUTURE cuando señala que el concepto de notorio no puede tomarse como concepto de *generalidad*, tampoco equivale a *conocimiento absoluto*, tampoco a *conocimiento efectivo o real*, tampoco debe interpretarse en un sentido tendiente a abarcar el *conocimiento por todos los hombres*

95 ARAZI, Ronald Op. Citada. Pág. 67.

de un mismo país o de un mismo lugar. Por ello es que citando a CALAMANDREI señala como hechos notorios aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo social y a un momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión.⁹⁶

PALACIO se mueve en la misma línea de pensamiento al señalar que en el estudio del hecho notorio se deben excluir las siguientes características: *generalidad*, no es necesario que el hecho sea conocido por todo el mundo, pues la notoriedad se halla referida necesariamente a un determinado círculo social; *conocimiento absoluto*, basta pues, el conocimiento relativo, o sea la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que se trate mediante el auxilio de una simple información; *conocimiento efectivo*, no se requiere la percepción directa del hecho, pues basa su difusión en el medio respectivo.⁹⁷

GÓMEZ DE LIAÑO citando a PRIETO CASTRO llama a los hechos notorios como de "fama pública", por pertenecer a la ciencia y al arte, a la vida social, a la historia y en general a la nociones que se manejan en el trato social de la gente, distinguiéndose entre la notoriedad en general, notoriedad local y notoriedad del tribunal, que son aquellos que conoce el juez por su función.⁹⁸

El hecho notorio es un evento concreto, o un estado de una cosa concreta, cuyo conocimiento general convierte en irrelevante la prueba sobre el mismo (*notoria non egent probatione*). La cualidad de hecho concreto contribuye aun que no siempre con éxito, a diferenciarlo de la máxima de experiencia, y la de conocimiento general lo aparta de lo que pudiera ser considerado como mero conocimiento privado del juez, que como sabemos no puede ser utilizado como prueba.⁹⁹

Montero Aroca sostiene que tienen la condición de notorios aquellos hechos cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en el que produce la decisión judicial, incluyendo naturalmente al juez. Sobre estos hechos el brocardo medieval ya sostenía que *notoria non agent probatione*, es decir, que sobre los mismos no es necesario practicar prueba. Su noción guarda íntima relación con la cultura normal dentro de un determinado ámbito social, con lo que se está diciendo: a) para que un hecho notorio no es preciso que sea conocido por todo el mundo, es decir, por todos los habitantes del Planeta; b) tampoco es necesario que el hecho sea conocido por todas las personas que residen en el ámbito geográfico del que se predica la notoriedad, pues ésta atiende a las personas con grado de cultura medio, entre las que naturalmente ha de contarse el juez; c) de la misma manera tampoco es necesario que la notoriedad del hecho

96 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Págs. 192 y 193.

97 PALACIO, LINO Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Op. citada. Pág. 394.

98 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLES, Fernando. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Forum. Oviedo 2001. Tomo I. Pág. 392.

99 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de la prueba civil*. Op. Citada. Pág. 149.

sea permanente, pues el paso del tiempo puede alterar la notoriedad misma, de modo que la notoriedad pueda ser transitoria.¹⁰⁰

Debemos diferenciar el *hecho* como acontecimiento ocurrido en la realidad de su *notoriedad*, ésta última exonera al hecho de la prueba. *Bastará que el juez conozca de la notoriedad* del hecho para eximir a la parte que lo propuso la prueba de la existencia del hecho, pues en este caso no habrá duda alguna de que el hecho se produjo en determinado momento. Esto quiere decir que basta que la notoriedad le conste al juez, aun que la parte en contra de quien se hace valer el hecho notorio se encuentra habilitada para negar la naturaleza del hecho, ello en virtud al irrestricto derecho de contradicción. Sin embargo, esta discusión resulta improductiva, pues la finalidad de la prueba es crear convicción, certeza en el juez respecto de la existencia de un hecho vinculado al proceso, sin embargo, en el hecho notorio el juez ya tiene conocimiento de su existencia, por lo cual recalcamos resultaría estéril cualquier debate sobre el mismo.

La propia naturaleza de los hechos notorios, hace que no se encuentren sujetos a prueba, pues ésta no nos llevaría a ningún lugar, resultaría ocioso probar algo que es conocido por todos. Así lo expresa nuestra norma procesal que señala en su artículo 190 inciso 1 del CPC que no es procedente actividad probatoria cuando se trata de hechos que sean notorios.

El hecho notorio¹⁰¹ debe ser incorporado en juicio por el juez, cuando es afirmado por una de las partes, sin exigir su demostración. No es admisible admitir actividad probatoria para desvirtuar un hecho notorio, porque esa actividad resultará inútil. Es admisible que en la sentencia el juez invoque un hecho notorio vinculado a la *litis* para sustentar su decisión, sin exigir que el mismo se haya probado.

En doctrina se ponen como ejemplo de hechos notorios: el conocimiento que tenemos de que el año está formado por meses, los meses por semanas y las semanas por días. El conocimiento que tenemos que existe día y noche. Que el ser humano es producto de la concepción natural o de la intervención del hombre a través de medios científicos. De acontecimientos históricos como las Guerras Mundiales y acontecimientos transcendentales para la humanidad como la llegada a la luna y la clonación. La existencia de los accidentes geográficos. El uso de la computadora y de La Internet en el mundo. Fue un hecho notorio que todo el sistema de telefonía en el Perú se encontraba a cargo de la empresa Compañía Peruana de Teléfonos, cuando ejercía el monopolio en este rubro y que en su tiempo la empresa ENAFER Perú era propietaria de todo el sistema ferroviario de nuestro País.

100 MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 83-84.

101 "Si dicha notoriedad es conocida por el Juez, no merece ser probado el hecho o dicha calidad, contrario sensu, en caso de ser desconocida por el juzgador será suficiente acreditar la notoriedad más no la producción del hecho. En ese orden de ideas el hecho notorio no necesita ser acreditado porque no hay duda acerca de su existencia; más aún en el caso de ser negado, deberá la parte que así lo sostiene suministrar la prueba pertinente". Casación No. 1567-2003-Ucayali, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28.02.05.

Javier Arribas siguiendo a Fernández Urzainqui clasifica los hechos notorios en: a) *por razón del espacio*: diferenciando entre notoriedad general, que abarca la mayor parte de los ciudadanos de la nación, y notoriedad local, cuyo conocimiento se extiende al conocimiento de los habitantes de una determinada localidad; b) *por razón del tiempo*, entre notoriedad permanente, que se refiere a los hechos que forman parte de la cultura general del cuerpo social por su carácter fijo e inmutable; y la notoriedad ocasional, por haberse dado en un determinado lugar y tiempo cesando posteriormente en sus efectos; y c) *por razón de los sujetos*, entre notoriedad social o común y la estrictamente judicial, es decir el conocimiento de los hechos adquiridos por el mismo juez entre otros procedimientos.¹⁰²

c) Hechos evidentes:

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia lo evidente es lo cierto, claro, patente, indudable. Será un hecho evidente lo que se configura de esa forma a los sentidos y a la experiencia del juez, por lo cual la evidencia que rodea al hecho lo convierte en un hecho que no requiere de prueba, ya que el juez no necesita de ninguna actividad probatoria que le dé convicción de la existencia o inexistencia del hecho. Evidente —expresa ARAZI— es aquello claro, patente, que no ofrece la menor duda.

Para entender el hecho evidente proponemos los siguientes ejemplos: el impacto frontal entre un vehículo pesado y un automóvil ligero mostrará como resultado evidente un daño extremo en este último. El impacto de un vehículo a 120 Km/h en contra de una persona mostrará como resultado evidente la muerte de esta última. Es evidente la imposibilidad de detener a un vehículo que se desplaza a más de 120 km/h en un corto espacio. Resulta evidente que la población que vive en inmediaciones de la actividad minera se encuentre afectada por enfermedades neumológicas que a mediano plazo les producirán la muerte. Es igualmente evidente que el clima a nivel mundial está cambiando, que existe un calentamiento de la tierra. Como es evidente que en invierno en la Ciudad de Lima tenga un clima de muy bajas temperaturas y de mucha humedad. Cualquier vehículo motorizado es más rápido que el ser humano. O que la lluvia trae precipitaciones de agua, etc.

La luz del sol facilita la visibilidad de las cosas que nos rodean y la oscuridad hace mas difícil esta tarea, o que los efectos de la luz llegan primero a los sentidos del ser humano que los del sonido (COUTURE).

Por la propia naturaleza de los hechos evidentes, hace que no se encuentren sujetos a prueba, pues ésta no nos llevaría a ningún lugar, resultaría ocioso probar algo que es evidente al conocimiento y experiencia del juez, es por ello que nuestra

102 ARRIBAS ALTARRIBA, Javier. "La prueba del hecho notorio". En Objeto y cargo de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 343.

norma procesal señala en su artículo 190 inciso 1 del CPC que no es procedente actividad probatoria cuando se trata de hechos que sean públicamente evidentes. Cuando en el proceso se invocan hechos evidentes es necesario recurrir al conocimiento que tiene el juez del mismo y de la experiencia que cuenta sobre el particular, pues del análisis y decisión que tome definirá si se requiere de actividad probatoria, si de la experiencia que tiene el juez puede definir que es un hecho evidente, entonces, no requerirá de prueba. Se rescata en consecuencia el uso de las máximas de experiencia - las que trataremos más adelante- en el tópic de los hechos evidentes.

d) Hechos imposibles:

Un hecho imposible es un hecho que no se pudo producir en la realidad bajo ninguna circunstancia, es por su propia naturaleza, imposible de existir.

Los hechos que son materia de prueba en el proceso no sólo deben estar referidos a la controversia, que no hayan sido admitidos por la contraria, sino que deben tener necesariamente la posibilidad de existir. Si su imposibilidad es manifiesta entonces, no tiene razón de ser que se someta a prueba.

En la calificación del hecho imposible toma partida el conocimiento y experiencia del juez, será este sujeto del proceso quien califique la existencia de un hecho imposible y en consecuencia de la innecesaria actividad para probar lo que nunca pudo existir. En caso de duda deberá propiciar la admisión de medios de prueba ofrecidos por las partes y no hacer un rechazo *in limine* de la prueba, que puede afectar el derecho a probar de las partes.

Los hechos imposibles están referidos concretamente a los hechos que tuvieron imposibilidad material de existir, esta precisión la hacemos pues existen situaciones conocidas como imposibles jurídicos, es decir, aquellas que existen en la realidad pero que por contravenir el ordenamiento jurídico no producen ningún efecto jurídico. Lo que quiere decir que dentro de hecho imposible no resulta admisible el criterio de imposibilidad jurídica, si la de imposibilidad material o fáctica.

Es necesario tomar en cuenta para la calificación de estos hechos el contexto y momento histórico en el que se producen, ya que la calificación de "imposible" está vinculado en muchos casos a situaciones que por avances de la ciencia, pueden pasar de hechos imposibles a materialmente posibles, por ejemplo en el siglo pasado no era ni siquiera pensada la clonación de seres humanos, en cambio hoy en día es un hecho más que cotidiano en la ciencia.

A continuación precisamos algunos supuestos de hechos imposibles, tomando en cuenta para ello que por la naturaleza de las cosas nunca pudieron existir, tomando en cuenta igualmente el momento histórico en el que vivimos: No se requerirá de actividad probatoria cuando el comprador ha negado haber firmado un contrato de compraventa, si demuestra que desde su nacimiento carece de

miembros superiores. Será un hecho imposible que este comprador haya firmado directamente el contrato, en la realidad materialmente es imposible que ello hubiera ocurrido. Será un hecho imposible que se le impute la paternidad de un hijo a una persona que durante la época de la concepción estuvo inconsciente en cuidados intensivos de un centro médico por haber sufrido un accidente de tránsito, porque no tuvo la posibilidad de sostener relaciones sexuales (salvo que le hayan sustraído material genético para esa finalidad, lo cual si es posible). Será imposible que una mujer conciba un hijo si después de una operación quirúrgica le fue extirpado el útero por una enfermedad oncológica. Será imposible que una persona fallecida haya producido un accidente de tránsito o que haya celebrado un acto jurídico.

e) Hechos presumidos por ley:

Cuando se mencionan a los hechos presumidos por ley que no requieren de prueba, es evidente que nos referimos a aquellos hechos que por disposición expresa de la ley se encuentran presumidos sin admitir prueba en contrario, es decir, que la ley contiene una *presunción iure et de iure*, llamada también presunción absoluta, por no admitir prueba en contrario.

Cuando la ley prohíbe la actividad probatoria en situaciones determinadas, lo que hace es dar por ciertos e incontrovertibles los hechos que presume, aun en los casos que exista imposibilidad material sobre el particular. Aquí no se discute la imposibilidad material del hecho, si es posible que se haya producido o no, la ley presume que el hecho ocurrió como lo describe y no hay forma de probar lo contrario.

Si la propia ley prohíbe la prueba en casos de hechos pre establecidos en la misma como presunciones *iure et de iure*, entonces éstos no se encuentren sujetos a prueba, si se actúa en forma contrario se estaría vulnerando la misma ley. La prohibición de actividad probatoria en este tipo de presunciones se encuentra reconocida por nuestra legislación, concretamente en el contenido del artículo 190 inciso 3 del CPC que señala la improcedencia de actividad probatoria cuando se trata de hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario.

En estos casos la prueba referida al hecho presumido por la ley o lo que busque demostrar lo contrario será una prueba inútil, impráctica, pues la propia ley ha señalado determinados hechos como si en la realidad se produjeran, sobre el cual no es admisible discusión alguna.

En lo que se refiere a la presunción de derechos, la parte que se vea favorecida por ella, no tiene que alegar ni probar el hecho constitutivo de la relación jurídica o de la situación jurídica presumida.¹⁰³

103 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 210.

La típica presunción que no admite prueba en contrario en nuestro sistema jurídico, es aquella por la cual la ley presume que todos sin excepción conocemos la exactitud de todo lo que existe inscrito en los Registros Públicos.¹⁰⁴ Aquí aunque resulta materialmente imposible que una persona conozca todos los registros existentes en esta institución pública, la ley lo da por cierto, es más sin admitir afirmación y en consecuencia, prueba alguna tendiente a demostrar lo contrario.

El sistema jurídico admite igualmente el conocimiento de la ley, no se puede alegar ignorancia de la misma, pues se entiende que todos la conocen. Al igual que un padre no puede alegar la falta de conocimiento de sus obligaciones y deberes de padre frente a su hijo. Como el cónyuge no puede alegar desconocimiento de tener el deber de fidelidad con relación al otro cónyuge.

En líneas posteriores trataremos las presunciones relativas y absolutas, llamadas también sucedáneos conforme a nuestra norma procesal.

f) Prueba del derecho nacional:

El derecho interno, la normas que integran nuestro sistema jurídico, no son pasibles de prueba en un proceso judicial, pues el juez tiene el deber de resolver el conflicto de intereses inclusive en ausencia de norma legal, el juez es el llamado a aplicar la norma que corresponde al caso concreto. Si las partes en un proceso judicial invocan determinada norma cuya aplicación solicitan se aplique al caso concreto, no están obligados a probar su existencia, porque el juez está obligado a aplicar la pertinente, aunque las partes hayan errado en su propuesta en la demanda o en la contradicción.

La premisa es: el derecho nacional no requiere de prueba, lo que es absolutamente obvio si tomamos en cuenta que el juez es el sujeto del proceso que debe no solo conocer el derecho (no puede alegar ignorancia) sino también aplicar la norma que corresponda al caso concreto, aunque la invocación de la partes resulte errado. Artículo VII y VIII del TP del CC y artículo VII del TP del CPC.

La prohibición de actividad probatoria en cuanto al derecho nacional se encuentra reconocida por nuestra legislación, concretamente en el contenido del artículo 190 inciso 4 del CPC que señala la improcedencia de actividad probatoria cuando se trata de derecho nacional, debido a que los jueces están obligados a aplicarlo de oficio.

En cambio, el *derecho extranjero* si requiere de actividad probatoria, pues es lógico que escapa del conocimiento del juez la legislación que no corresponde a

¹⁰⁴ Artículo 2012 del CC: "Se presume, sin admitirse, prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".

nuestro sistema jurídico. Es por ello que en el caso que las partes invoquen derecho extranjero, *estarán obligadas a probar su existencia y el sentido de estas, en todo caso su vigencia*. Para la aplicación del derecho extranjero en determinada relación jurídica, dependerá directamente del contenido de los tratados internacionales ratificados por el Perú y a las reglas establecidas en el Libro referido al Derecho Internacional Privado de nuestro Código Civil. Aunque esta posición no es pacífica, pero si generalizada.¹⁰⁵

g) La costumbre:

Conforme a nuestra legislación la costumbre¹⁰⁶ no entra dentro de aquellas que se encuentran eximidas de prueba, ello se desprende del contenido del artículo 190 del CPC cuando señala *"los medios de prueba deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión"*.

La carga de la prueba de la costumbre corresponde en el proceso a quien la invoca como sustento fundamental de los derechos o intereses que defiende en el proceso.

Existen procesos en el cual las partes fundamentan su pretensión en la costumbre, la cual como sabes también es fuente de derecho (aunque no se ha reconocido en el título preliminar del CC ni del PCC). Si el actor alega en la demanda que le corresponde ser beneficiado por determinada situación o relación jurídica, entonces debe acreditar la existencia de la costumbre, entendiéndola por cierto ésta en sentido jurídico.

Por ejemplo en materia de colación en derecho sucesorio, podemos citar el artículo 837 del CC que señala no son colacionables (restituibles) lo que se hubiese

¹⁰⁵ Hoy día cabe sostener que no es preciso alegar la norma de conflicto, ni la ley material extranjera a que remite. Lo único que es preciso introducir en el proceso en el momento procesal oportuno son los puntos de conexión que justifican la aplicación de la norma de conflicto. Estos puntos de conexión, tales como la nacionalidad, el domicilio, el lugar de situación de la cosa litigiosa, el lugar de cumplimiento, etc., son hechos que deben probarse o que deben darse por probados por admisión de la contraparte. Por lo que respecta estrictamente a la prueba de la norma extranjera, desaparece la exasperante atribución a la parte y se instaura un régimen de "colaboración". MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Op. Citada. Pág. 114.

¹⁰⁶ Conforme a la opinión de Muñoz Sabaté la costumbre puede ser entendida desde dos perspectivas, como fuente de derecho o como experiencia incardinable en el silogismo fáctico. Para la prueba -agrega- se debe se debe considerar la costumbre como peculiar norma jurídica. Dicha prueba ha sido considerada siempre como difícil: *consuetudo est difficillimae probationis, quia modo est alba, modo migra*. Mucho más en una sociedad compleja y cambian como la actual, cuyas pautas de comportamiento esta repletas de matices. Exigir que la prueba de la costumbre se sujetase a la misma disciplina que la fijación del derecho, obligaría al juez a un trabajo diabólico, pues obviamente no se hallaría en condiciones de "dar el derecho" (*dabo tibi ius*) con la misma agilidad que si se tratara de una ley o de un reglamento. Por tanto, es a las partes a quien corresponde su prueba. Entiendo -afirma- que en puridad el concepto aplicable no es tanto el de prueba sino el de acreditamiento. MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Pág. 119.

gastado en alimentos del heredero, o en darle alguna profesión, arte u oficio, los demás gastos mientras estén de acuerdo con la condición de quien los hace y *con la costumbre*. La encontramos también en materia de contratos, concretamente en la aceptación tácita, cuando no se acostumbra que ésta sea expresa, en tal caso *la prueba de la costumbre corresponde al oferente* (artículo 1381 del CC). Asimismo en las obligaciones de saneamiento en materia contractual en la cual encontramos la presunción del destino normal del bien, por la cual se presume que la voluntad de las partes es darle al bien el destino normal de acuerdo a sus características, la oportunidad de la adquisición y *la costumbre del lugar*.

La costumbre también es tomada en cuenta por el juez para la valoración del material probatorio, por ejemplo determinadas causales de divorcio deben ser apreciadas por el juez teniendo en cuenta entre otros aspectos *la costumbre* (Art. 337 del CC).

Entonces, la costumbre si es alegada en el proceso debe ser probada por el sujeto que la invocó, para ser favorecida con ella.

9. CARGA DE LA PRUEBA

En este punto del trabajo corresponde hacer el análisis respecto de qué parte en el proceso está a cargo de la prueba. Para esta parte del trabajo debemos preguntarnos quién prueba en el proceso.

Antes de iniciar el análisis respecto de la *carga de la prueba*, debemos enfrentar el tema de *la carga procesal*, género de la cual se deriva la especie que está referida concretamente a la prueba, llamada también carga de la prueba.

9.1. LA CARGA PROCESAL:

La carga procesal es una institución de muy larga data, estudiada en la Teoría General del Derecho, vinculada inicialmente a la actividad probatoria, sin embargo, su contenido hoy se extiende a otros aspectos del proceso como son la interposición de la demanda, la contestación de la demanda, el impulso del proceso, la impugnación, la ejecución de sentencias.

La *carga procesal* está basada fundamentalmente en lo que se conoce como *autonomía privada*, el sujeto en el proceso no tiene la obligación de realizar determinados actos procesales, sino que más bien la realización de los mismos dependen de la decisión personal que tome de ejecutarlos, es decir, que el sujeto ostenta la *facultad* de realizarlo, queda dentro de su *dominio*, de su *atribución*, de su *libre albedrío* la posibilidad de llevar a cabo el acto procesal. Ello nos lleva al correlato de los *intereses* que tiene cada sujeto en el proceso y que motivan la realización de actos procesales; así, si no se realiza por propia voluntad (auto-

nomía privada) un acto procesal, los intereses que el sujeto tiene cifrados en el proceso se podrían ver afectados, en cambio si éste realiza el acto procesal estos intereses pueden verse reforzados o robustecidos. La inactividad procesal en suma puede generar *resultados adversos* en el proceso para aquel que no produjo determinado acto procesal, inclusive este resultado puede abarcar el resultado final del proceso.

En lenguaje forense –expresa Arazi- la palabra “carga” indica la conveniencia de la persona a la que se le atribuye, de cumplir una actividad a fin de conservar determinado derecho o facultad. Existen cargas en el Derecho sustancial y en el Derecho Procesal. Dentro del primero podemos mencionar, en el contrato de seguro, la denuncia del siniestro en el plazo estipulado, la de no obrar con reiterancia, etcétera; en el Derecho Comercial, la del comerciante de llevar sus libros en forma a fin de poder hacer valer sus asientos como prueba, la de protestar la letra de cambio para conservar las acciones contra los endosantes, etcétera. Pero es dentro del Derecho Procesal, y en especial en el proceso civil, donde el tema de las “cargas” adquiere mayor relevancia. Ello así porque las partes obran dentro del proceso estimuladas por cargas y son pocas las obligaciones.¹⁰⁷

La *carga* en el proceso es una noción contrapuesta a la noción de *obligación* o *deber de contenido jurídico*, punto de partida que sirvió de base para el estudio realizado por el alemán James GOLDSCHMIDT¹⁰⁸ creador de la tesis de la *situación jurídica* como forma de explicar el proceso, quien hace una distinción entre carga y obligación.

Existen marcadas *diferencias entre carga procesal y obligación*, Devis ECHANDIA lo resume en los siguientes puntos: a) la obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación jurídica activa; b) en la obligación y el deber existe un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga; c) en la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en la carga conserva completa la libertad de ordenar su conducta; d) en la obligación o deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga; e) el incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y por lo tanto, no es sancionable; f) el cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observación de la carga sólo beneficia al sujeto de ella; por esto puede decirse

107 ARAZI, Roland. “La carga de la prueba”. Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 187 a 199.

108 Señala GOLDSCHMIDT que la antítesis del Derecho Procesal es la carga procesal, es decir, la necesidad de prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativas del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad. GOLDSCHMIDT JAMES. Teoría General del Proceso. Editorial Labor S.A. Barcelona 1936. Pág. 82.

que aquellos satisfacen un interés ajeno y ésta sólo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir libertad). El mismo DEVIS ECHANDÍA conceptúa la carga procesal como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.¹⁰⁹

Se entiende entonces que, determinados actos procesales del proceso se encuentran enmarcados dentro del concepto de *carga procesal*, es decir, que corresponden estrictamente a la voluntad del sujeto que va a realizar el acto, decidir de manera autónoma y libre, si lo realiza o no. Siempre mirando el beneficio o perjuicio que se puede generar en los intereses sino realiza el acto procesal. Pues para su actividad en el proceso no existe medio coercitivo de su contraparte o del juez, que lo obligue a realizarlo, siendo necesario solamente que tenga la oportunidad para ejercer dicha facultad (debe ser notificado de la posibilidad de realizar el acto y de un plazo razonable). El análisis de lo desfavorable que pueda ser la inobservancia en el cumplimiento del acto procesal correrá cargo del sujeto llamado a realizarlo, pues le puede traer graves y negativas consecuencias respecto al resultado del proceso mismo.

Según MICHELI¹¹⁰ existe carga cuando un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado; pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma.

Por su parte el reconocido procesalista uruguayo Eduardo COUTURE conceptúa la carga como una situación jurídica en que se hallan los litigantes en el proceso, cuando la ley o el juez requieren de ellos una determinada conducta de realización facultativa, dándoles por consiguiente la opción de omitirla o realizarla, trayendo la omisión aparejado un gravamen y constituyendo la realización un imperativo de su propio interés.¹¹¹

Los caracteres de la carga procesal —sostiene ARAZI— son: i) no existe sanción alguna por no adecuarse la conducta a la prevista en la norma que consagra la carga; ii) en la carga no hay coacción, tratándose de cargas procesales, los litigantes adecuan sus conductas a la prevista en la norma que crea la carga, estimuladas por el deseo de triunfar; iii) la adecuación de la conducta a la norma se hace, en la carga, en interés propio; iv) las consecuencias derivadas de la inobservancia de la carga, son generalmente de carecer mediato y eventual.¹¹²

109 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Editorial Themis S.A. Bogotá 2002. Tomo I. Pág. 401.

110 MICHELI, GIAN ANTONIO. *La carga de la prueba*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1961. Pág. 60. Traducción Sentis Melendo.

111 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Ediciones Depalma. Bs.As. 1976. Pág. 132.

112 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada.

De lo expresado hasta aquí, debemos indicar que la carga procesal, si bien es un instituto procesal de larga data y que fue apuntalado por la tesis de GOLDSCHMIDT referida a la situación jurídica, convive con nosotros hasta la actualidad, pues tiene utilidad y está relacionada en su contenido a la realización de diversos actos procesales que por su propia naturaleza se enmarcan dentro del concepto de carga procesal, pues dichos actos procesales y su realización dependen exclusivamente de la voluntad del sujeto llamado para el efecto, pero que su inobservancia le puede generar diversos grados de afectación a los intereses cifrados en el proceso.

9.2. MANIFESTACIONES DE CARGA PROCESAL:

La carga procesal se manifiesta en la realización de diversos actos procesales. Cabe precisar que no en todos los actos del proceso funciona la carga procesal, ésta sólo está restringida para actos procesales cuya realización dependa exclusivamente de la voluntad del llamado a realizarla, sin que exista un mecanismo coercitivo para obligarlo a realizar determinada actividad procesal.

Así tendremos que no estamos frente a una carga procesal cuando el juez ordena al depositario entregar los bienes que mantiene en custodia debido a una medida cautelar dictada en autos. Igualmente cuando ordena a los peritos realizar una actividad vinculada a su ciencia u oficio. Cuando requiere a pedido de parte el cumplimiento de una sentencia a la parte vencida. Cuando se ordena el pago de costos y costas. Pues, en todos estos casos existe la *obligación* de realizar los actos procesales, también mecanismos coercitivos para obligar a determinada conducta en el proceso. Cuando se cita a un testigo para que comparezca a declarar sobre hechos del proceso, etc.

Veamos ahora los actos procesales en los cuales es posible hablar de carga procesal.

9.2.1. Carga de la interposición de la demanda:

El proceso civil sólo se debe iniciar a pedido de parte, el juez en esta materia no puede nunca promover un proceso *ex officio*, ello tiene su sustento en el principio dispositivo. Ello se desprende también del contenido del artículo IV del TP del CPC.

Nadie puede obligar a otro a presentar una demanda ante el órgano jurisdiccional para discutir una determinada pretensión vinculada a un derecho o interés determinado. La interposición de una demanda y por ende de la pretensión está sustentada en la autonomía privado del demandante, sólo él decide si presenta la demanda o no lo hace. No hay disposición legal alguna que lo obligue, lo comine a interponer la demanda, sólo dependerá de su voluntad.

En tal sentido la interposición de demanda es una carga procesal para el demandante, no es una obligación en tanto no existe mecanismo de coerción alguno que lo coacte a la realizar dicho acto, no hay sujeto que de forma jurídica lo inquiera para hacerlo. La interposición o presentación de la misma ante el órgano jurisdiccional depende de su voluntad, sin embargo, su inactividad puede producir efectos nocivos a los intereses que pudiera tener de tras de esta demanda. Pues su inactividad prolongada en el tiempo (no presentar la demanda) puede afectar la pretensión por la prescripción extintiva o caducidad. Aun así la interposición de demanda se configura como una conducta de realización facultativa y por ende es una carga procesal, sin embargo, por esta inactividad del sujeto que no se libera de la carga debe ser consciente que ello trae consigo un gravamen que puede perjudicar su propio interés.

El perfil de esta carga procesal resulta aplicable a los sujetos que por encontrarse dentro de su esfera de decisión y autonomía el decidir si presentan la demanda o no. Por tanto, ello no resulta aplicable a los sujetos que reciben de manera extraordinaria legitimidad para participar en un proceso como demandante, es el caso del Ministerio Público cuando toma conocimiento de actos jurídicos que son nulos, aquí no podemos hablar de una carga procesal sino de un deber jurídico, pues corresponderá en el ejercicio de sus funciones al Ministerio Público presentar la demanda de nulidad de acto jurídico.

9.2.2. Carga del ejercicio del contradictorio

Habíamos señalado que el llamado a realizar los actos procesales sujetos a carga, debe estar en la posibilidad de tomar conocimiento que tiene la oportunidad de hacerlo. En el caso de los actos procesales una vez iniciada la relación jurídica es necesario que el sujeto de quien se espera la realización de un acto o conducta deba estar validamente notificado y debe tener además un plazo razonable para el efecto.

Así ocurre en el caso del ejercicio del contradictorio el cual es reconocido como un acto procesal sujeto a carga, pues si bien sabemos el derecho de contradicción es un derecho fundamental y prioritario para la estructura de un debido proceso y una tutela jurisdiccional efectiva. Es igualmente cierto que el ejercicio de este derecho constitucional también está basado en los fundamentos teóricos que esbozan a la carga procesal; es decir, basta que el demandado en un proceso se encuentre debidamente emplazado (válidamente notificado para realizar el acto procesal de contestación de demanda) para que decida si contesta la demanda o no lo hace.

En el caso de la contestación de demanda (como manifestación tangible del derecho de contradicción) estamos frente a una carga procesal, pues ni la parte demandante ni el juez poseen mecanismos procesales para obligar a la parte demandada a realizar dicha actividad. Sólo que si el demandado permanece inactivo pese haberle hecho saber (con un emplazamiento válido) de la existencia de una

demanda con cuyo contenido (pretensión) le exige o reclama algo, puede verse afectado directamente en el resultado del proceso, sus intereses directos en el proceso pueden sucumbir, ya que en estos casos asumirá en el proceso la situación jurídica de *rebelde*¹¹³, con lo cual inclusive pueden resultarle de aplicación determinadas presunciones, aunque estas son *iuris tantum*, lo ponen en desventaja desde el punto de vista procesal frente a su demandante.¹¹⁴

Si bien, la falta de contestación de demanda por el demandado no garantiza necesariamente el éxito de la pretensión del actor ya que corresponderá realizar el análisis del caso concreto al juez para definir si declara la fundabilidad o infundabilidad de la pretensión. No obstante debemos indicar que cuando el demandado se encuentra en situación de rebelde en el proceso de alguna manera le facilita las cosas al actor ya que el juez sólo cuenta con los hechos y medios de prueba del demandante, sin haber escuchado al demandado.¹¹⁵

9.2.3. Carga del impulso de parte del proceso:

El sujeto que inicia el proceso busca que éste termine con una sentencia con pronunciamiento sobre el fondo, pretende que el juez se pronuncie sobre su pretensión. Su objetivo en el proceso es el éxito de su pretensión. Para llegar al estado procesal de dictar sentencia se debe pasar por varias etapas del proceso, las cuales se van cerrando para dar paso a una nueva, es decir son preclusivas.

Desde la admisión de la demanda hasta la sentencia las partes están vinculadas al impulso del proceso, este comportamiento que asumen las partes del proceso es una carga procesal porque es posible que decidan no hacerlo, sin embargo, esta inactividad puede perjudicar los intereses cifrados en el proceso, ya que por la falta de actividad procesal se puede llegar a la declaración de *abandono* o perención de la instancia, dándose por concluida la relación procesal.

113 Artículo 458 del CPC "Si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado a quien se le ha notificado válidamente ésta no lo hace, se le declarará rebelde".

114 Artículo 461 del CPC "La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda".

115 "(...) el artículo 458 del CPC dispone que, si transcurrido el plazo para contestar la demanda, el demandado no lo hace, se le declarará rebelde; como puede advertirse, dicha norma no establece expresamente que el Juez deba declarar la rebeldía de oficio, sino que se limita a señalar un presupuesto para la declaración de rebeldía, como es la falta de contestación de la demanda. La verificación del estado del proceso para la declaración de rebeldía no puede ser imputada únicamente al Juez, sino que corresponde ser incoado también a la parte interesada, a cuyo mérito e interés se ha iniciado y viene tramitando la causa para dar solución a sus pretensiones; en consecuencia, junto al deber de impulso oficial corre el deber de impulso a instancia de las partes y – particularmente en este último-la carga procesal del demandante de impulsar la evolución del proceso a través de sus diversas y sucesivas etapas; y siendo esto así, no corresponde aplicar lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 350 del CPC, desde que el A quo no le puede ser imputada la falta de expedición de la resolución que declare la rebeldía, pues correspondía a la parte interesada coadyuvar en la preclusión de las etapas procesales". Casación N° 1066-2007-Arequipa.

El abandono, perención o caducidad de la instancia es una institución del proceso civil que determina la conclusión de la relación jurídica procesal por falta de impulso del procedimiento por las partes, el tiempo transcurrido y la inactividad de las partes genera la finalización de la instancia y por ende de la *litis pendencia*, esta conclusión del proceso se hace sin emitir declaración sobre el fondo; con la perención de la instancia pierden eficacia todos los actos procesales realizados, pero permite que el actor pueda iniciar un nuevo proceso con la misma pretensión. El abandono de la instancia se produce cuando el trámite se encuentra sin impulso durante 4 meses, conforme lo señala el artículo 346 del CPC modificado por la Ley No. 26691.

Así, si las partes deciden no impulsar el proceso, sobre todo en aquellos en los que sólo es admisible el impulso de parte y el juez no tiene facultades *ex officio* para ponerlo en movimiento, este impulso procesal se convierte en una verdadera carga procesal, pues depende exclusivamente de ellas ponerlo en movimiento hasta llegar a la sentencia.

En los procesos donde el juez tiene el deber jurídico de impulsar el proceso de oficio y evitar que se paralice igualmente se puede producir el abandono, por falta de impulso durante 4 meses, no obstante que el juez asume el compromiso de impulsarlo hasta su conclusión¹¹⁶. Ahora bien, si por la abrumadora carga de expedientes en giro el juez no lo hace debe ser auxiliado en esta tarea por las partes a quienes finalmente les interesa directamente resolver el conflicto, si ellas renuncian a esta actividad en el proceso se producirá de forma inexorable la perención de la instancia.

9.2.4. Carga de la impugnación:

Las decisiones judiciales dentro del proceso pueden ser objeto de impugnación¹¹⁷ por la parte que demuestre tener interés para hacer cesar sus efectos invocando la existencia de un agravio. Si la parte legitimada para impugnar no lo hace la decisión judicial (auto o sentencia) quedará consentida. En los casos en que la decisión judicial sea una sentencia y ella no fuera recurrida no cabe duda que se producirán todos los efectos de la cosa juzgada.

El no ejercitar impugnación contra la decisión judicial que nos afecta produce que lo resuelto tome firmeza. Es por ello que la impugnación en el proceso se convierte en una verdadera carga procesal para las partes, pues dependerá de la exclusiva decisión del afectado con lo decidido para decidir si propone los medios

116 Artículo II del TP del CPC "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".

117 Nuestro CP se encuentra enmarcado dentro de la posición que expresa la existencia de actos procesales impugnables. Señalando de forma expresa en los casos donde no procede recurrir contra la resuelto por el juez.

impugnatorios que le faculta la disposición procesal. Si no se libera la parte de dicho gravamen (es decir no apela) la cosa juzgada producirá sus efectos, generándose la conclusión del proceso para pasar inmediatamente a la ejecución de lo decidido si fuera sentencia de condena.

Si por el contrario la parte agraviada formula la impugnación liberándose del gravamen entonces impedirá que la decisión judicial quede firme, produciendo en caso de sentencias el efecto suspensivo de la impugnación, es decir, que quedará en suspenso lo decidido hasta que la autoridad judicial inmediata superior resuelva la impugnación.

Ahí es justamente donde radica la importancia de esta carga procesal, pues tenemos que si el afectado con la decisión judicial requiere cautelar los intereses que tiene en el proceso, entonces será necesario que se libere de dicho gravamen (impugnando), de lo contrario al no liberarse de dicha carga, se producirán los efectos de la cosa juzgada. Sin embargo, conviene precisar que el afectado tiene un plazo para impugnar, correspondiendo a su decisión libre y espontánea decidir si ejercerá su derecho de impugnación. En esta actividad no es posible inferir la impugnación o considerarla como tácita o implícita, por el contrario el derecho de impugnación se ejercita de forma expresa e inequívoca.

Es preciso señalar que el afectado con la decisión judicial se libera del gravamen formulando la impugnación con el mecanismo que sea más idóneo, correspondiendo elegir entre los medios de impugnación que le ofrece el ordenamiento procesal el más adecuado, los cuales pueden ser: *reposición, apelación, casación o queja de derecho*. La consulta no es medio impugnatorio y en el proceso civil no es admisible la impugnación de oficio. Es por ello que si las partes no ejercitan la impugnación, el proceso por expresa disposición de orden procesal puede ser elevado en consulta al órgano jurisdiccional correspondiente para la revisión de lo resuelto, el cual puede aprobar o desaprobado la sentencia, pero ello no es impugnación es un mecanismo procesal que en casos concretos permite abrir la puerta para que el órgano superior revise lo resuelto (divorcio, procesos con curador procesal, etc.).

No es posible que el proceso sea elevado (nunca) por impugnación otorgada *ex officio* por el juez, esta facultad que fue concedida en época pasada a los jueces en los procesos en los que el Estado era parte fue abolida, justamente porque la impugnación es una carga procesal, la cual sólo procede cuando se ejercita de manera expresa.

9.2.5. Carga de la ejecución:

En los procesos donde se ha obtenido sentencia de condena favorable a una de las partes es posible abrir la etapa de ejecución. Es decir, en aquellos procesos donde se ha ordenado en la sentencia el cumplimiento de alguna prestación a cargo

del vencido, que puede ser de dar, de hacer o de no hacer. La etapa de ejecución sirve para que el vencido cumpla con lo ordenado y se logre la satisfacción al actor, el juez a pedido de parte puede hacer uso de los medios de coerción que brinda el ordenamiento procesal para hacer cumplir lo decidido.

Así como el juez civil no puede abrir un proceso *ex officio*, tampoco puede promover la ejecución del mismo, esta actividad le corresponde estrictamente al beneficiado con lo resuelto en la sentencia, ya que la ejecución se regula por el principio *nulla executio sine actore*, es decir, que la ejecución debe ser promovida por el sujeto favorecido con la sentencia nunca por el juez a cargo del proceso.

Promover la ejecución de una sentencia de condena es también una carga procesal, ya que corresponde al sujeto vencedor darse satisfacción de lo ordenado en la decisión final. Si el vencido (ejecutado) no cumple pese al requerimiento de cumplimiento que hace el ejecutante a través del juez, entonces se podrá hacer uso de los mecanismos con los cuales normalmente se logra la eficacia de las decisiones judiciales: medidas de ejecución, medios compulsorios, astreintes, etc. Pero esta actividad a realizarse en el proceso corresponderá estrictamente a la voluntad del ejecutante, si decide mantenerse inactivo con relación a la ejecución y decide no requerir su cumplimiento entonces se podría ver afectada su satisfacción por el transcurso del tiempo, pues, lo decidido en juicio debe ser ejecutado necesariamente en el plazo no mayor a 10 años, conforme lo dispone en nuestro ordenamiento jurídico el numeral 2001 inciso 1 del CC.

9.3. CARGA DE LA PRUEBA

El término *carga* tiene un significado propio en el lenguaje jurídico y es la traducción que en español se acepta de la voz latina *onus*. Antes de que la expresión *carga* fuera adoptada y aceptada por todos los juristas, el *onus* latino o el *onore* italiano eran traducidos como *peso*; por ello en algunas traducciones de libros italianos leemos *peso* de la prueba. Actualmente, y más allá de lo que indique los diccionarios de la lengua, *carga* es un vocablo que tiene su propio significado dentro de la teoría general del derecho. La carga señala la conveniencia para el sujeto de obrar de determinada manera a fin de no exponerse a las consecuencias desfavorables que podría ocasionarle su omisión.¹¹⁸

La carga procesal es uno de los temas más polémicos y discutidos en la doctrina dentro de la Teoría de la Prueba a la cual nos vamos a referir en esta parte del trabajo con el propósito de aclarar el panorama con relación a ella. Sin embargo, dejamos constancia que las aguas en este aspecto no están del todo calmas, por el contrario hay diversas posiciones teóricas, las cuales consideramos necesario compartir con nuestros lectores.

El Maestro Devis ECHANDÍA precisa que para saber con claridad que debe entenderse por *carga de la prueba*¹¹⁹, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es *una regla para el juzgador o regla de juicio*, porque le indica como debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un *non liquet*¹²⁰, esto es una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es *una regla de conducta para las partes*, porque indirectamente les señala cuáles

119 "(...) uno de esos principios es el relativo a la *carga de la prueba* consagrado en el artículo 196 del Código Procesal Civil, el mismo que preconiza que "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". Al respecto, cabe señalar que si bien la carga de probar corresponde a quien alega los hechos o a quien los contradice alegando nuevos hechos, la valoración de éstos lo hace el Juez en forma razonada, expresando en la resolución las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión. Las pruebas en realidad están mezcladas formando una *secuencia integral*, un todo, un conjunto armonioso; debiendo ser la preocupación del Juez reconstruir, en base a los medios probatorios, los hechos que dan origen al conflicto; ninguna prueba deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva, sino en su conjunto; dado que sólo teniendo una visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones *en busca de la verdad*, que es el fin del proceso" Casación N° 3511-2007-PIURA.

120 El Tribunal Constitucional Español en el Exp. No. 446-2004 del 29.11.04 ha resuelto un proceso de amparo donde se invocó el *non liquet*: "Las entidades demandantes de amparo *alegan vulneración del art. 24.1 por violación de la prohibición de non liquet por no dictarse un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada*. Las alegaciones vertidas en el trámite al que se dio lugar en aplicación del art. 50.3 LOTC, sin embargo, conducen a confirmar la falta de contenido constitucional de la presente demanda de amparo que justifique un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por parte de este Tribunal. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la efectividad de la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre). *Todo ello pone de manifiesto que existe un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada sustentado en una de las pruebas aportadas, el propio contrato, y de la interpretación y determinación judicial de su alcance y de su proyección al presente litigio. Sin que el hecho de que las partes no estén conformes con dicho alcance o pronunciamiento pueda ser reconducido a una ausencia de pronunciamiento y a la prohibición de non liquet que se alega infringida*, pues, además, el pronunciamiento descrito se fundamenta en una aplicación de la legalidad y en una apreciación de la prueba y de los hechos enjuiciados que, como hemos reiterado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 117.3 CE), por lo que no puede ser revisada por este Tribunal, máxime cuando - como ahora ocurre- se trata de una resolución no ilógica ni arbitraria y que aparece suficientemente motivada, satisfaciendo plenamente el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 148/1994, por todas)".

son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones. Es por ello que este procesalista define a la carga de la prueba como *una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medios de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no se encuentre en el proceso pruebas que le den la 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 evitarse las consecuencias desfavorables*¹²¹.

Podemos indicar entonces, que la noción carga de la prueba va mucho más allá de la simple premisa de que *quien alega un hecho en el proceso debe probarlo* (ello forma parte de la carga de la afirmación, que veremos en el siguiente punto), es por el contrario una noción compleja, porque ésta se configura en dos aspectos fundamentales que lo vinculan a la carga procesal en general, en primer lugar es una *regla de juicio para el juzgador* reservada para el momento de emitir sentencia, momento especial donde la prueba se desarrolla con plenitud, la cual le permite orientarse en el caso concreto cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión; y en segundo lugar referida a *la actividad procesal de las partes*, determinando a cuál de ellas le interesa la prueba de los hechos del proceso, con el propósito de evitar resultados desfavorables por su inactividad.

En esta misma línea de pensamiento expresa sus ideas CARNELUTTI al manifestar que las dos funciones de la carga de la prueba son: la de otorgarle al juez la regla de juicio para evitar el *non liquet*¹²² y fijar los hechos desconocidos, y la de estimular a las partes en su actividad probatoria. (Studi di diritto processuale civile. Pág- 210).

Al ser la carga procesal una noción compleja la doctrina se encargó de un estudio minucioso de la misma llegando a establecer (aun que no pacíficamente) que esta actividad por un lado es *subjetiva y concreta*, y también *objetiva y abstracta*. Sólo haremos una breve referencia a que se refiere cada una de ellas.

121 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 405 – 406.

122 Otro camino para evitar el *non liquet*, además de las reglas de la carga de la prueba y del análisis de la conducta de las partes, es el de buscar si el hecho propuesto del derecho invocado, pueda ser probado por indicios. COLERIO, Juan Pedro. El deber de dictar sentencia ante la falta de convicción por ausencia de pruebas En Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Op. citada. Pág. 231. El mismo SENTIS MELENDO nos muestra una reflexión sobre el vocablo *non liquet*, diciendo he aquí unas palabras que el juez de hoy no puede pronunciar como lo hacía oficialmente el juez romano; era una solución cómoda cuando no veía claro el caso planteado ante él, y que el juez de nuestros días no puede adoptar. SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba Los grandes temas de derecho probatorio. Op. citada. Pág. 301. En el derecho romano, en el antiguo proceso formulario, el juez, cuando no llegaba a obtener el íntimo convencimiento de la verdad podía eludir el pronunciamiento mediante el *non liquet*, vale decir: *no lo veo claro*, en cuyo caso se abstenia de pronunciarse sentencia de mérito y absolvía la instancia. En la actualidad el juez no puede dejar de juzgar en ningún caso: si la omisión fuese de derecho, por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, deberá recurrir a los principios de leyes análogas o a los generales del derecho; si se trata de una cuestión de hecho aplicará los principios que ordenan la distribución de la carga de la prueba. ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 94.

En *subjetiva* porque se refiere a la conducta de las partes, ellas determinan qué hechos del proceso les conviene probar para lograr una decisión favorable, aunque siendo una carga procesal tienen la libertad de decidir si lo hacen o no. Prima aquí el interés de las partes para que se produzca determinada prueba, sabiendo que se pueden afectar en la sentencia por una falta de prueba, es por ello que se habla de distribución de esta carga entre las partes. En resumen *la carga de la prueba subjetiva* implica que corresponde como actividad de las partes el suministrar la prueba necesaria para evitar una decisión contraria a sus intereses. No interesa en la carga de la prueba quién debe llevar la prueba, sino quién debe asumir el riesgo de que no se produzca, ello como corolario del principio de comunidad o adquisición de la prueba. Es *concreta* a su vez porque corresponde al interés de cada parte demostrar en el proceso los hechos particulares de cada proceso, tomando en cuenta lo que se debate en su interior, porque la cuestión sustancial debatida depende de los hechos concretos que las partes afirman.

De otro lado, es *objetiva* ya que se constituye una *regla de juicio* para el juzgador reservada para el momento de emitir sentencia, en la cual debe emitir una decisión de fondo desfavorable para la parte que tenía a cargo suministrar la prueba y no lo hizo, prohibiéndose el *non liquet*. Se debe decidir sobre el fondo aunque cuando no haya certeza o convencimiento de los hechos del proceso. Esta tarea es muy delicada en los magistrados tan es así que dicha situación puede traer responsabilidad a los magistrados que no la ejercen correctamente.¹²³ Pero debe dejarse constancia que esta *regla de juicio* no está vinculada a la valoración de la prueba ni a los medios de prueba, sino a cómo solucionar el conflicto cuando no hay certeza en el juez. El juez tiene el deber de fallar sobre el fondo de la controversia absolviendo al demandado (infundabilidad) o dándole la razón al actor (fundabilidad), pero no le está permitido negarse a resolver por la falta de certeza de los hechos del proceso (*non liquet*).¹²⁴

123 Sobre el particular de manera periférica encontramos un artículo escrito por Marcos Fernando Pablo intitulado "Tribunales sin Ley o cómo la pasión no juzga" en la que expresa "La anécdota que pretendo comentar no merecería la atención de la doctrina ni la consideración de la academia, si no fuera porque el momento especial en que atraviesan las Leyes Constitucionales españolas, forzadas por todas partes, a adaptarse a caprichosas ocurrencias políticas... o jurisprudenciales. Como se sabe, quizá para sonrojo de los publicistas españoles, el Tribunal Supremo español, en una Sentencia sin precedentes, ha condenado, en concepto de responsables civiles a los Magistrados del Tribunal Constitucional que, en ejercicio de sus funciones, inadmitieron a trámite un recurso de amparo presentado frente a una Sentencia del propio Tribunal Supremo. Se supone (y la lectura de la Sentencia no ayuda mucho a pasar del nivel de la suposición) que el reproche se realiza a título de negligencia profesional en el ejercicio del cargo, dado que el recurso fue inadmitido sin un atento examen y sin dar una respuesta suficientemente fundada en derecho". En www.usuarios.lycos.es

124 Sostiene MONTERO AROCA al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el tribunal puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades: a) el hecho alegado por alguna de las partes existió: debe extraerse la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar); b) el hecho alegado no existió: no habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictarse sentencia absolutoria); y c) el hecho no ha llegado a

La carga de la prueba es *abstracta*, ya que la *regla de juicio* se encuentra establecida de manera general, no está referida a casos particulares o concretos, es igual en todos los procesos. Utiliza el juez la regla de juicio para resolver en la sentencia sin tener convencimiento de los hechos en razón de una situación jurídica abstracta, sin interesar el proceso o litigio en particular.¹²⁵

ROSENBERG¹²⁶ postula el vocablo *carga de la prueba* en el sentido siguiente: como la carga que incumbe a una parte de suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso (carga de la sumministrazione de la prueba; *onus probandi*). Este procesalista Alemán acuñó el vocablo *carga de la certeza* (muy cuestionado por la doctrina). Hizo una análisis en su obra cumbre respecto de la *carga subjetiva y carga objetiva*; precisa que se ha conservado hasta hoy la formulación subjetiva del concepto de la carga de la prueba (carga de la prueba = carga de suministrar la prueba). En cuanto a la carga objetiva (a la que propiamente la llama *carga de la certeza*) señala que la carga de la certeza prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para se consiga la finalidad anhelada del proceso; además aquélla determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe las circunstancias de que una u otra parte, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en sentido de hacerlo constar. Concluye en que la relación entre la *carga subjetiva y la carga objetiva de la prueba*, sólo puede aparecer allí donde ambas clases existen una junto a la otra, es decir, sólo en un procedimiento en que rija la máxima dispositiva. Debe solucionarse en el sentido de que la carga objetiva de la prueba está, absolutamente, en primer lugar y que ella contribuye a determinar el alcance de la carga de la certeza, lo que deba hacerse constar para que venza el demandante o el demandado.

De hecho, con lo expresado hasta aquí podemos precisar como conclusión preliminar que la carga de la prueba sólo se entiende en su magnitud en un proceso sujeto

ser probado, colocando al tribunal en la situación de duda: esta situación de incertidumbre no le permite dictar una *sentencia de non liquet*, es decir, no puede dejar de resolver. MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" en La Prueba. Consejo General del Poder Judicial... Madrid 2000. Pág. 36-37.

125 Para aterrizar en el plano práctico respecto a la *carga concreta y abstracta* conviene citar a Devis ECHANDÍA quien presenta los ejemplos proporcionados por ROSENBERG: en el juicio de divorcio, la *carga abstracta de la certeza* comprende las características señaladas en la ley como causales de divorcio, como la conducta deshonesto o inmoral, mientras que la *carga concreta de la certeza* tiene objeto "las afirmaciones de hecho con las cuales el demandante trata de mostrar esas características legales como realizadas en el matrimonio de las partes"; en la demanda por devolución de un préstamo, la carga abstracta se refiere a las circunstancias que, conforme a la ley, constituyen ese contrato (entrega de dinero o cosas fungibles en calidad de préstamo) y la carga concreta "depende de la afirmación del demandante de que el demandado recibió de él 100 D.M. y se obligó a devolverlos". Devis ECHANDÍA, Hernando. Op. Citada. Tomo I. Pág. 417 - 418.

126 ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Editorial IB de F. 2da. Edición. Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002. Págs. 32, 35, 40.

al principio dispositivo, donde las partes deben asumir la conducta de suministrar la prueba y el juez facultado a decidir sobre el fondo desfavorablemente para la parte que tenía a cargo suministrar la prueba y no lo hizo, prohibiéndole el *non liquet*. En los procesos inquisitorios, donde el juez puede aportar pruebas *ex officio*, no es admisible hablar de carga de la prueba sólo a favor de las partes, porque el juez con su actividad complementa lo que debieron hacer oportunamente las partes.

COVIELLO aporta al tema señalando que probar los hechos jurídicos no constituye propiamente un deber, porque falta el derecho correlativo, y que el que no prueba, no puede ser constreñido a ello por ninguno, perjudicándose sólo a sí mismo, en cuanto su pretensión no será acogida por el magistrado. Por eso la prueba constituye una necesidad práctica, o, como más comúnmente se dice una carga.¹²⁷

La carga de la prueba importa la conveniencia para las partes de producir determinada prueba, y su inobservancia puede conducir al pronunciamiento de una sentencia desfavorable, excepto que dicha prueba haya sido producida por inactividad de la otra parte o del juez.¹²⁸

En definitiva, las partes tienen la carga procesal de promover la actividad probatoria, esto es, un imperativo fundado en su propio interés. Y es una auténtica carga y no una obligación jurídica por cuanto que su incumplimiento no determina la imposición de una sanción sin que la desatención de su carga les genera el riesgo procesal de que sus pretensiones o resistencia no encuentren amparo en la resolución judicial que ponga fin al conflicto judicializado. Las partes son libres para la proposición de los medios probatorios en orden a la consecución de la convicción psicológica del juzgado sobre los hechos por ellas afirmados.¹²⁹

9.3.1. Carga de la afirmación:

Llamada también *carga de alegación*, se entiende por carga de la afirmación a la carga que tienen las partes de introducir en el proceso, hechos relevantes que requieren probar para ser favorecidos con la sentencia mediante la afirmación.

Sostiene ROSENBERG que en un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes no sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia.¹³⁰

127 COVIELLO, NICOLÁS. *Doctrina General del Derecho Civil*. Editorial Hispano - Americana. Traducción Felipe de J. Tena. México 1938. Pág. 563.

128 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 92.

129 GARCÍA-CUERVA GARCÍA, Silvia. "Las reglas generales del *onus probandi*". En Objeto y carga de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007. Pág. 57.

130 ROSENBERG, LEO. *La carga de la prueba*. Op. Citada. Pág. 61.

Entendida así la carga de la afirmación se convierte en una limitación del juez en el sistema dispositivo, pues el juzgador no podrá considerar en la sentencia “hechos no invocados por las partes”, pues conforme comprendemos en el proceso civil los únicos que proporcionan los hechos son las partes y necesariamente deben hacerlo a través de la afirmación. Si el juez basa su decisión en hechos que no fueron invocados por las partes mediante la afirmación, la sentencia es nula, pues el origen de los hechos ya no sería la afirmación de la partes, sino que el juez estaría aportando hechos al proceso, lo cual le resulta vedado y convierte en nula su decisión.

Afirmación deriva del verbo *afirmar* del latín *affirmāre*, en líneas general significa poner firme, dar firmeza y para el caso concreto tiene el sentido de asegurar o dar por cierto algo.

La carga de la afirmación tiene relación directa con el segundo significado de *afirmar*, pues las partes cuando proporcionan hechos al proceso lo hacen con las seguridad de que ellos, son ciertos, aseguran su veracidad. Ahora, cuando una de las partes niega que un hecho se produjo de determinada forma o circunstancia o simplemente que nunca ocurrió, no significa que no está afirmando, lo está haciendo para afirmar pero en sentido negativo. De lo que deducimos que en la carga de la afirmación las partes pueden afirmar la existencia o inexistencia de un hecho vinculado con el proceso.

Si el demandante afirmó la existencia de un hecho, lo propone en el proceso como hecho relevante que sustenta su pretensión, indica que celebró un contrato de arrendamiento con el demandado con plazo de vencimiento a determinada fecha y que el mismo se encuentra fenecido. El demandado afirma por el contrario que el contrato celebrado entre las partes no está vencido, que hubo una prórroga tácita del mismo que le permite seguir ocupando el predio. De lo que inferimos que el demandado en el proceso civil al asumir la carga de la afirmación puede negar, admitir (parcial o totalmente) los hechos que fueron afirmados a su vez por su demandante.

Al proceso se introducen mediante la afirmación *hechos jurídicamente relevantes* y que probados o no van a servir de sustento de la sentencia. La afirmación es una carga porque está sustentada en el propio interés que tenga cada parte de afirmar los hechos que más le convienen, pues de ellos se puede derivar la consecuencia jurídica de la norma cuya aplicación se ha invocado en el proceso.

LOLI RODRÍGUEZ sostiene que la carga de la afirmación radica, fundamentalmente, en un riesgo-interés, es decir, en el *interés* de las partes en afirmar aquellos hechos jurídicamente relevantes con miras a obtener el éxito de su pretensión –aplicación de la norma que reconoce y protege su derecho subjetivo – y, en el *riesgo* que asumen las partes por omitir las afirmaciones de esos hechos importantes que interesa a su posición en el proceso, dado que los hechos no alegados no pueden ser fijados por el juez en la sentencia.¹³¹

En la actividad jurisdiccional las sentencias normalmente empiezan invocando la carga de la afirmación o alegación, señalando como premisa inicial que *quien alega o afirma un hecho en el proceso debe probarlo*. Sin embargo, debemos dejar aclarado que bajo nuestro punto de vista la carga de afirmación ayuda a las partes a introducir un hecho jurídicamente relevante al proceso como: contraje matrimonio con la demandada, fui conviviente del actor, celebré un contrato de mutuo con el demandado, etc. Para que ellos puedan ser considerados en la sentencia como hechos invocados por las partes. Con esta carga se introducen los hechos relevantes sobre la base de los que el juez debe decidir. Sin embargo, con la carga de la prueba cada parte está a cargo de probar los hechos que afirmó, esta actividad la realiza con el ofrecimiento de los medios de prueba idóneos que sirvan para probar la afirmación de un hecho del proceso. Con la carga de la afirmación las partes introducen hechos relevantes al proceso, con la carga de la prueba se determina a cuál de ellas le interesa la prueba de los hechos del proceso, con el propósito de evitar resultados desfavorables en caso de inactividad.

9.3.2. Distribución de la Carga:

En la Doctrina el debate fue arduo para determinar una regla general para la tarea de definir la distribución de la carga de la prueba en el proceso, se aportó mucho y más adelante veremos las tesis que la sostienen, sin embargo, es preciso dejar establecido que no sólo se trata en este punto del trabajo de determinar de cuál de las partes el juez debe esperar una actividad probatoria, sino que fundamentalmente se busca una regla de derecho con la cual podamos definir cuál de las partes debe soportar las consecuencia de la falta de prueba de un hecho que fue afirmado en el proceso.

De hecho que la actividad probatoria en el proceso recae fundamentalmente en las partes: demandante y demandado. Sin embargo, es necesario que esta actividad *sea distribuida*, es decir se debe definir de cual de las partes se debe esperar actividad probatoria para probar los hechos afirmados y que son fundamentales en el proceso. Por ello resulta indudable: la carga de la prueba se haya distribuida entre las partes.

Por ello no es exacta (en todo caso incompleta) la tesis que el demandante corre siempre con la carga de la prueba, *onus probandi incumbit actore*. No es posible en el proceso dejar todo el peso de la actividad probatoria en el actor, de allí la necesidad de distribuir la carga de la prueba entre las partes. Porque el demandado cuando formula excepción, entendida ésta como el ejercicio del contradictorio, concretamente contestar la demanda afirma también hechos, sobre los cuales también debe producir prueba, *reus in excipiendo actor est*. Es por ello que la Doctrina se ha puesto de acuerdo al señalar que quien afirma o alega hechos para obtener una decisión favorable, se convierte en actor, sin interesar que se encuentre en la posición de actor o demandado, es así como se debe entender la máxima romana *onus probandi incumbit actore*, y no de otra forma, porque constituiría un absurdo.

131 LOLI RODRÍGUEZ, GODOFREDO. *La carga probatoria, en materia civil y procesal civil*. Editorial Fecat. Lima 2000. Pág. 52.

Reducir a una fórmula universal la distribución de la carga de la prueba entre el demandante y el demandado, sólo puedo repetir mi convicción —sostiene ROSENBERG— no hay ni puede haber otra solución del problema de la carga de la prueba ni mejor guía a través de la plétora desconcertante de fenómenos y opiniones, que nuestro principio, según el cual cada parte soporte esa carga respecto de la existencia de los presupuestos de aquel precepto jurídico cuyo efecto hace valer en el proceso.¹³²

El maestro Devis ECHANDÍA nos presenta diversos criterios generados por la doctrina respecto de la distribución de la carga de la prueba, los cuales rebate¹³³, para finalmente resumir su posición indicando determinados criterios aplicables a la distribución de la carga de la prueba: a) No se trata de fijar quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que falte. b) Los criterios de normalidad y la innovación sólo sirven como guías de una política legislativa. c) Las máximas romanas "*onus probandi incumbit actore, reus in excipiendo fit actor*" y "*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" y sus equivalentes pueden adaptarse a los conceptos modernos. d) El criterio de lo constitutivo o impeditivo o extintivo, no sirve para elaborar la regla general.

Preguntándose cuál es el criterio que mejor informa a la distribución de la carga de la prueba, Devis ECHANDÍA señala que corresponde la carga de probar un hecho a la parte cuya petición (pretensión o excepción) lo tiene como presupuesto necesario, de acuerdo con la norma jurídica aplicable; o expresada de otra manera,

132 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Op. citada pág. 142.

133 a) *Tesis que impone al actor la carga de probar, pero le da este carácter al demandado que excepcióna*. Este criterio se conoce por las máximas latinas heredadas del derecho romano: "*onus probandi incumbit actore o necesitas probandi incumbit ei qui agit, o actore non probante, reus est absolvendus, y reus in excipiendo fit actor, o reus in excipiendo actor est*". b) *Teoría que impone la prueba a quien afirma y que exime de ella a quien niega*. Este criterio suele expresarse de tres maneras *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; affirmanti non neganti incumbit probatio y negativa non sunt probanda*. c) *Tesis que exige al demandante probar los hechos en que se basan sus pretensiones y al demandado los que fundamentan sus excepciones*, se sustenta en la siguiente posición "quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demanda o excepciones infundadas". d) *Teoría de lo normal y lo anormal* (regla y excepción), se impone la carga de la prueba a quien alega un hecho anormal, porque el normal se presume. e) *Teoría que impone la prueba a quien pretenda innovar*, entiende por innovación lo que modifica la normalidad, principalmente cuando se trata de hechos extintivos, impeditivos o modificativos, o demandar para que se altere una situación de hecho existente; f) *Teoría que recurre a la naturaleza constitutiva, o por el contrario, extintiva o invalidativa o impeditiva de los hechos*, explica cuáles hechos, los presentados en la demanda o en la excepción, debe probar cada parte, sea que los haya afirmado o negado. g) *Teoría que impone a cada parte la carga de probar los presupuestos o supuestos de hecho, de la norma jurídica que les es favorable*. Los hechos a probar precisamente son los presupuestos de las normas legales que regulan tales pretensiones o excepciones. h) *Teoría que distribuye la carga de probar según la posición de las partes respecto del efecto jurídico perseguido*. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 433-462.

a cada parte le corresponde la carga de prueba de los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.¹³⁴

Con un criterio similar ROSENBERG precisa que sólo es posible sentar una sola regla de distribución de la carga de la prueba si se toma en cuenta que la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin que se aplique un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la afirmación y de la prueba de que las características definidoras de ese precepto están realizadas en los hechos. Propone una fórmula muy breve "cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (de la norma cuyo efecto jurídico redunde en su provecho). Aunque precisa que las dificultades y controversias empiezan en el momento en que se plantea la cuestión de saber cuáles son las normas que deben considerarse favorable para el demandante, y cuáles las que son provechosas para el demandado".¹³⁵

Se debe entender por normas en "el sentido de normas constitutivas, impeditivas, destructivas, etc., no debe entenderse, necesariamente, los preceptos, por ejemplo, del Código Civil, por separado, aisladamente, sino que, por regla general, es todo conjunto de preceptos jurídicos concordantes que tiene por consecuencia la fundación del derecho, su impedimento, su destrucción, etc."

9.3.3. Carga probatoria dinámica:

Conforme sostenemos en este trabajo el principio general es que corresponde la carga probatoria a las partes de manera natural y de forma extraordinaria al juez. Así, con relación a las partes corresponde decir que quien afirma un hecho se encuentra obligada a probarlo, lo mismo ocurre con la parte que niega un hecho. Esto quiere decir que la carga sólo giraba alrededor del demandante y demandado.

Desde un enfoque de "riesgo procesal" Peyrano enseña que la regla de la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba; es decir, establece cuál de las partes corre el riesgo de que no sea satisfecho el *onus probandi* respecto de determinado hecho controvertido. En verdad, las plurales reglas de distribución del esfuerzo probatorio existentes se sintetizan de algún modo en la llamada regla áurea de todo el aparato distributivo del *onus probandi*: "quien afirma, debe probar". Ahora bien: ¿cuál es el riesgo procesal corrido? Pues que el juez deba fallar en contra de quien debía correr el riesgo procesal del caso en el supuesto de que no hubiera levantado la carga probatoria correspondiente. Si bien se mira, las disposiciones distributivas del *onus probandi* son más normas de decisión que de derecho probatorio.¹³⁶

134 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 462 – 468.

135 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Op. citada pág. 123.

136 PEYRANO, Jorge W. "Las reglas de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del siste-

Sin embargo, en la doctrina contemporánea esta situación que aparecía como regla estática, pétrea e inflexible, fue cambiando y hoy se sostiene no sólo la tesis de la prueba *ex officio* y también la teoría que apunta a la evolución de esta carga estática para convertirla en una carga más bien dinámica.¹³⁷

Así, la carga probatoria debe mirar el proceso y sus *circunstancias particulares*, pues por ellas este elemento importante de la prueba debe cambiar, dejando su rigidez, ya que, si seguimos pegados a sus parámetros el juez no podrá resolver el caso concreto. Conviene dejar aclarado pese a lo expuesto que la carga probatoria dinámica no se puede utilizar en todos los procesos de manera general, sino que es útil en casos muy concretos, de ahí que *tenga la condición de excepcional*, pues funciona ante la *falta o escasez de prueba*. Por ello la carga probatoria dinámica en estos casos *determina que el juez falle en contra de quien debió probar y no lo hizo, sin importar si tuvo la condición de actor o demandado*, haciendo de esta forma justicia al caso concreto, en otras palabras apegando su decisión a un adecuado estándar de justicia.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas¹³⁸ tiene fundamento en el prin-

ma". Ponencia presentada en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizado en la Universidad de Lima, octubre de 2008. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Pág. 400-405.

137 Era común antaño escuchar que la carga de la prueba recae sobre quien afirma y no sobre quien niega, dada la dificultad e imposibilidad de acreditar la existencia de un hecho negativo, al punto que se afirmaba, corrientemente, que era un principio pacífico en materia procesal que, al que afirma un hecho no reconocido por el demandado, le corresponde la prueba respectiva. Este derecho dogmático, excesivamente influido por la consideración del proceso como un combate judicial, no podía tener como correlato sino una férrea imposición del *onus probandi* en cabeza de quién afirmaba un hecho. No había espacio allí para las nuevas ideas, para las corrientes progresistas que finalmente vendrían a derribar esquemas vetustos, de la mano de las doctrinas de la CSJN del exceso ritual manifiesto y de la verdad jurídica objetiva, amén de las enseñanzas de importantes autores. Al soplar de nuevos vientos, más modernamente se ha sostenido que la carga de la prueba no es otra cosa que la necesidad de probar para vencer, pudiéndose hablar con asidero del riesgo de la prueba antes que de su carga, pues el precio de no probar es perder el litigio. Según ya se viera, antiguamente la atribución del *onus probandi* era rígida y se ponía en cabeza de quién afirmaba un hecho o de quién pretendía cambiar un status jurídico a través de su pretensión, pronto terminó por advertirse que necesariamente esta carga o este esfuerzo probatorio no podía sino contemplarse con un criterio flexible, puesto que no son las partes las únicas interesadas en arribar, por el camino del proceso, a la verdad real, a la verdad verdadera, por así decirlo. Algunos autores, a manera de teorías superadoras de los principios tradicionales, comenzaron a exponer doctrinas como las del activismo de los jueces o de los deberes de colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional, que en lo esencial significaban anteponer la búsqueda de la verdad real a la vigencia absoluta e incondicionada del principio dispositivo. En ese marco progresista surge la elaboración doctrinal de las cargas probatorias dinámicas, que si bien no significa un aporte original, viene a difundir entre nosotros ideas que datan de bastante tiempo atrás, constituyendo un mérito indudable de los Profs. Peyrano y Chiappini la divulgación de la idea y su recepción por parte de la jurisprudencia. LÓPEZ MESA, Marcelo J. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia argentina y española". En www.eft.com.ar/DOCTRINA/articulos/libros-carga-de-la-prueba.htm.

138 Nuestro Tribunal Constitucional en la STC No. 1776-2004-AA/TC ha señalado que "(...) 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 plan-

cipio de colaboración (o efectiva de colaboración) que a su vez radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe –en el decir de MORELLO–, se proyecta con particular relevancia en la redistribución del *onus probandi*, situación ésta que ha sido captada por la denominada Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas. Esta doctrina constituye un dispositivo de excepción del que podrán echar mano los jueces en determinadas y espacialísimas circunstancias. Es por ello que su incursión en el panorama procesal no ha tenido la virtualidad de "desplazar" a las clásicas reglas de distribución del *onus probandi*, sino la de "complementarlas" en aras de la obtención de una tutela judicial más efectiva. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigeran la tónica exitista que atiende sólo al logro y no al cómo se logra.¹³⁹

En definitiva señala Marcos PEYRANO citando a su hermano Jorge la teoría esbozada propugna una nueva concepción de las cargas probatorias, a la que se ha denominado "dinámica" para poner de resalto que, en supuestos excepcionales el *onus probandi* debía adquirir un tinte trashumante y así pesar sobre una parte distinta de la que – en principio y conforme a las reglas generales- debía soportar la carga probatoria en cuestión, procurando quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de reparto del esfuerzo probatorio en homenaje a la justicia al caso concreto.¹⁴⁰

teado. 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.º 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 materia".

139 EGUREN, María Carolina. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Págs. 201 a 213.

140 PEYRANO, Marcos L. La teoría de las "cargas probatorias dinámicas" en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). En www.urjc.es.

Las cargas probatorias dinámicas implican que la carga de probar determinado hecho recaer sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio.¹⁴¹ Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alegó 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. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quién los alegó.¹⁴²

La idea en el tópico de la carga probatoria dinámica es que las partes participen de forma activa y no pasiva en la aportación del material probatorio, ésta debe ser una tarea compartida, parte de la idea de *colaboración*. Como hemos dicho ya, esta tesis se aparta de las reglas rígidas de la carga probatoria convencional para hacer recaer esta *carga* en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar al proceso material probatorio vinculado a la materia controvertida, sobre todo a la prueba de hechos que están a su alcance, con total desinterés de si su posición en el proceso es la de demandante o demandado.

Aunque ya lo hemos precisado, la carga probatoria tiene utilidad no en todos los procesos sino en aquellos donde a una parte le resulte absolutamente difícil y en otros casos imposible proporcionar el material probatorio para acreditar los hechos afirmados, por ello se le llama a estos casos de "prueba difícil" o con carencia de material probatorio, por ejemplo en los casos de responsabilidad médica por mala praxis (en caso de paciente que no pudo poner en evidencia los secretos del quirófano)¹⁴³, responsabilidad profesional, en fin en temas de responsabilidad civil,

derechos del consumidor, etc. En estos casos le es exigible la producción de material probatorio a quien tenga por su situación en el caso concreto todas las facilidades para acreditar un hecho.

La moderna doctrina procesal conforme lo expresa FALCÓN¹⁴⁴ coloca a la carga procesal dinámica en cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones para producirla. De modo que la empresa prestataria del servicio de teléfono carga con la prueba de la fecha en que fueron reparadas las averías denunciadas, por ser la única que cuenta, o debe contar, con los medios técnicos aptos para hacerlo. Señala que esta teoría es una variante específica del principio *favor probationis* aunque precisa que esta figura presenta el inconveniente de que el litigante puede ser sorprendido por no rendir una prueba que no estaba dentro de su carga cumplir, por lo menos de manera explícita.

En la doctrina conocemos el tópico llamado *difficilioris probationes* (cuando probar resulta dificultoso por el tiempo transcurrido o por no tener disponible un instrumento probatorio, antiguamente no se contaba con medios científicos para determinar con mucha certeza la filiación paterna), para el cual se ha perfilado como posible solución a este problema de difícil prueba a las instituciones del *favor probationes*¹⁴⁵ (tesis que apoya a la parte del proceso a la que le resulta objetivamente muy difícil producción de la prueba) y las *pruebas leviores* (potestad de los tribunales de dar por acreditado un hecho sin que exista prueba absoluta sobre el mismo).

La carga probatoria ha sido desarrollada en el derecho argentino¹⁴⁶ a través

quien está en mejor condición de probar, así nos presenta la siguiente cita "tan sólo una persona del oficio, al menos tan perita como él y que hubiera seguido todos sus actos, podría declarar que el médico ha prestado cuidados concienzudos, solícitos y conformes con los resultados conseguidos por la ciencia". LORENZETTI, Ricardo Luis. Responsabilidad Civil de los médicos. Editorial Grijley. Lima 2005. Pág. 417.

144 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba...* Op. Citada Pág. 269, 278 y ss.

145 KIELMANOVICH precisa que el principio *favor probatione*, se constituye en una excelente herramienta para la solución de difíciles problemas vinculados con la materia de la prueba judicial, derivados de una incesante evolución de las ciencias y técnicas y de una cada vez más intrincada trama de las relaciones sociales. Agrega que este estudio supone así que en casos de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias, debe estarse por un criterio favorable en torno a la producción, admisión y eficacia de las pruebas en tales casos, y particularmente la indiciaria. KIELMANOVICH, Jorge L. El "favor probatione" y demás principios sobre la prueba. En Libro en memoria del Profesor Santiago SENTIS MELENDO. Librería Editora Platense SRL. La Plata 1996. Pág. 155.

146 Existe una posición discrepante en cuanto a la modernidad de esta institución y de que su origen se haya gestado en Argentina. Aquí encontramos a García Grande quien afirma que ni las cargas probatorias dinámicas son una teoría moderna ni tuvieron su origen en Argentina. La manifestación de la teoría data de 1823 y fue expuesta por el inglés Jeremías Bentham. Dicho autor denunció el abuso y las dilaciones causadas por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y propuso que la carga pese sobre quien esté en mejores condiciones de probar: "entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso en concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con

141 "(...) esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado resulta una carga excesiva, de difícil acreditación, e incluso, para algún denunciado, de acreditación prácticamente imposible. Tal exigencia constituyen un típico caso de "prueba diabólica", dado que significa exigir al denunciado una prueba de difícil e incluso, imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención". Esta consecuencia tiene como consecuencia que el denunciado se encuentre en desventaja con respecto al denunciante, en relación con la posibilidad de probar (probar algo de difícil acreditación y que por el contrario, puede efectuarlo fácilmente el denunciante) y, con ello, con la posibilidad de defenderse de manera efectiva; dicho de otro modo, la disposición cuestionada coloca en desventaja al denunciado frente al denunciante, con respecto al ejercicio de su derecho a probar y de su derecho de defensa. Esta circunstancia es por sí misma lesiva del derecho de igualdad procesal". STC No. 06135-2006-PA/TC.

142 GARCÍA GRANDE, Maximiliano. "Cargas probatorias dinámicas: ni nuevas ni argentinas, ni aplicables". En www.e-derecho.org.ar.

143 Sostiene LORENZETTI que en la responsabilidad médica, hay una mayoría autoral y jurisprudencial que considera que el médico es quien está en mejores condiciones probatorias, ya que él posee la prueba, tiene una explicación posible de lo sucedido y la información. Aunque precisa que existe posición contraria en doctrina como la expresada por MAZEAUD y TUC por la cual es el paciente

de la Jurisprudencia¹⁴⁷ y hoy en día fue recogida por la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)¹⁴⁸, siendo admitida jurisprudencialmente en España como la "regla o principio de la facilidad probatoria" por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Aparece desarrollada en el artículo 366 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires. Tenemos también precedentes en los Tribunales de Colombia¹⁴⁹ 150.

Hoy en día la teoría de la carga probatoria dinámica tiene mucha aceptación en la doctrina contemporánea, sin embargo, existen también voces discordantes que niegan su validez, en esta línea encontramos al argentino Omar BENABENTOS

menos dilaciones, vejámenes y gastos(...) Se dirá, es la partes que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuando más se le ha dejado seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido de dificultades para resolverlas". Por lo tanto, la teoría tiene poco más de 180 años y su origen es europeo. El instituto, lejos de quedarse en suelo británico, cruzo las aguas septentrionales y llegó al viejo continente, principalmente Alemania. GARCÍA GRANDE, Maximiliano. Op. Citada.

147 El favor probationis o la "teoría de las cargas probatorias dinámicas" se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime si la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico. (CN Civ. Sala D. 24.05.90. DJ. 1991-2-994).

148 Artículo 217 inciso 6 "para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en litigio".

149 "Lo que si es cierto es que el primer interesado en demostrar que su conducta fue negligente o cuidadosa debe ser la administración, pues un servicio debe prestarse en la forma descrita por las leyes o los reglamentos y si ocurre que no se prestó o se prestó inoportunamente, la primera inferencia lógica del juzgador será que el funcionamiento anormal se debió, en principio, a culpa, es decir a negligencia o descuido de la administración. Esta, entonces, tendrá la carga (entendida en el anotado sentido del interés) de demostrar que su conducta se ajustó a su obligación genérica de proteger a los administrados en su vida, honra y bienes (art. 16 de la Carta) y la específica que le señalen los reglamentos". Resolución emitida por el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Bogotá D.E. del 24.10.90. Expediente No. 5902. María Helena Ayala de Pulido con el Instituto de Seguros Sociales.

150 "...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 a 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 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". Sentencia del 04.09.97. Expediente No. 10251. Carlos Julio Ovalle y otros contra el Hospital Militar.

quien presentó la ponencia "Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas"¹⁵¹ en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal realizado en nuestro país (concretamente en Arequipa) el mes de octubre de 2005. BENABENTOS sostiene en primer lugar que la tesis de la carga probatoria dinámica sólo es aplicable al derecho procesal civil no al proceso penal, pues afectaría el principio de presunción de inocencia. En su ponencia presenta una crítica cerrada a la tesis de la carga probatoria dinámica con la que pretende demostrar su invalidez.¹⁵²

En el V Congreso de Derecho de Daños organizado por el Colegio de Abogados de Buenos Aires el 24 y 25 abril de 1997 la comisión de responsabilidad médica señaló: "con referencia a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, una posición sostuvo la conveniencia de su aplicación, precisando conceptualmente las hipótesis de debilidad fáctica y jurídica en que resultan aplicables. Otra postura sostuvo su inconveniencia fundando en que afecta la seguridad jurídica al no conocerse de antemano cuáles son las reglas a que deberán atenerse las partes al respecto y además por no constar dicha teoría en el derecho vigente".

De lo expuesto en este punto podemos decir que la tesis de las cargas probatorias dinámicas quiebra la premisa original de que *la parte que afirma un hecho o lo niega debe probarlo*, con las excepciones que se encuentran cuando se trata de hechos notorios, imposibles, presunciones legales absolutas, etc. Propone más bien como premisa en casos de prueba difícil o imposible que *la carga (onus probandi) recae en el sujeto del proceso que se encuentra en mejores condiciones, en mayor aptitud para proporcionar al proceso material probatorio vinculado a la materia controvertida*. Aunque conviene dejar resaltado que el uso de las cargas probatorias no tiene utilidad en todos los procesos, más bien en casos donde nos encontramos ante situaciones de prueba difícil.

De alguna forma la tesis de la carga probatoria dinámica hace más ligera la tarea probatoria de la víctima en los procesos de responsabilidad civil constituyéndolo

151 Podemos encontrar la versión digital en www.apdp.com.ar. Información general sobre el evento en www.uap.edu.pe/congresopanamericano/congreso.htm.

152 "El supuesto típico de aplicación de esta tesis se inserta en los pleitos de mala praxis médica. Se alega que cuando se demanda por una víctima la reparación del daño patrimonial o moral, producto de lesiones incapacitantes provocadas por una mala práctica médica, o bien cuando la víctima directa de la mala praxis médica ha fallecido y son los reclamantes legitimados para perseguir los daños materiales o extramatrimoniales que la muerte de la causante ha desencadenado, el demandante (en ambos casos) no sabe que ha ocurrido "en la soledad del quirófano" y, por tanto, se encuentra en una notoria orfandad para poder demostrar la culpabilidad del médico. Por el contrario, el médico, o su equipo "si sabe lo que aconteció". Él es el técnico, el experto, y sobre él recaer acreditar su "estado de inocencia". Conclusión: es el médico el que debe probar, aunque fue la víctima la que afirmó, como presupuesto de los hechos sobre los que asentaba su pretensión recaricatoria, el factor atributivo de responsabilidad, imputándole al galeno la imprudencia, impericia o negligencia". Sostiene este autor que las cargas probatorias dinámicas deben dejarse de lado y volver a la clásica idea que el que afirma un hecho ordinario está exento de probarlo y que el que se apoya en un hecho extraordinario debe acreditarlo.

se así en un mecanismo de protección a la víctima en el proceso referido al aspecto probatorio (lo cual es llamado en doctrina como principio protectorio *pro dammato*), precisamente porque se encuentra en situación especial en el proceso con relación a la prueba de determinados hechos que no se encuentran a su alcance.¹⁵³

Afirma Arazi que es necesario tener en cuenta que el tema de la carga de la prueba es relevante cuando la prueba esencial para la solución del litigio no se ha producido, pues ella puede producirse por iniciativa de cualquiera de las partes o del juez, con prescindencia de quien tenía esa carga. La distribución dinámica de la carga acentúa el principio solidarista pues los litigantes deben advertir la conveniencia de probar los hechos sin una regla que, desde el principio, le indique a quién le perjudica la omisión; durante el proceso tienen que probar todo aquello que interese a su derecho, tanto en lo que hace a su pretensión como a su defensa.¹⁵⁴

La tesis de la carga probatoria dinámica es una estructura teórica que aparece como una posición contraria, opuesta a las reglas inflexibles de aportación de prueba en el proceso. Teniendo como propósito hacer recaer el *onus probandi* en cabeza de quien tiene las mayores posibilidades de hacerlo.

Nuestro sistema procesal no tiene una disposición que facilite la aplicación de las cargas probatorias dinámicas; sin embargo, nada impide su aplicación en determinados procesos en los cuales se presenten las condiciones necesarias para el efecto. Nuestros tribunales se han pronunciado al respecto, concretamente en casos de nulidad de acto jurídico por simulación.¹⁵⁵

153 En los juicios de responsabilidad profesional –sostiene LORENZETTI– se parte de la base que quien tiene la información, la documentación, y quien puede explicar mejor las cosas es justamente el profesional. Evidentemente es más económico para el médico aprobar la prueba. El paciente en cambio tiene que asistir con un abogado a la primera consulta para poder preconstituir prueba y poder dar una idea razonable de lo que ha sucedido. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad Civil de los médicos*. Op. Citada. Pág. 418.

154 ARAZI, Roland. "La carga de la prueba". Op. Citada.

155 "El colegiado ha desestimado pues las máximas de experiencia no demuestran el acto simulado, obviando que la doctrina refiere, como en el expediente 4871-98 del 21 de junio de 1999, que 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 de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98 (...)". Casación 1385-2004-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 31 de mayo de 2005. "La controversia no debe resolverse bajo el esquema que el actor 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 de producirla". Expediente No. 4116-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Lima 20 de mayo de 1999. Citadas por NÚÑEZ MOLINA, WALDO. *La simulación del acto jurídico*. Teoría y prueba judicial. Editorial Grijley. Lima 2008. Págs. 187-188.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas –afirma Eguren– viene entonces a jugar como un factor equilibrante que propicia la igualdad real de las partes en el proceso, a la vez que morigerar la tónica exitista que atiende sólo al logro y no al cómo se logra.¹⁵⁶

10. SISTEMA DISPOSITIVO

Más que un sistema, podríamos sostener que se trata de un principio procesal que rige dentro del proceso, brindándole determinadas características, así se dice que en el proceso regido por el principio dispositivo son las partes son las que le dan inicio, son las partes las que proponen las pretensiones y los hechos que la sustentan, incluyendo el ofrecimiento de los medios de prueba que correspondan a sus intereses. Son las partes las que deciden cuando impulsar el proceso y en que momento lo pueden concluir. Estos parámetros rigen a un proceso dentro de la corriente que la doctrina denomina *régimen privatístico del proceso* para contraponerlo al *régimen publicístico del proceso* que sustenta al sistema inquisitivo.

Por ello con el principio dispositivo se rescata la figura del actor como necesario para el inicio del proceso, la limitación del juez para resolver sólo el pedido de las partes (congruencia procesal), la facultad de las partes de disponer del proceso (transacción, desistimiento), la actividad de las partes para la incorporación del material probatorio, teniendo el juez en esta tarea una actividad nula, todo ello basado en un interés privado de las partes en el proceso.

El proceso sujeto a este principio (llamado también sistema dispositivo) le interesa sólo a las partes, bajo este sistema no se permite a juez abrir un proceso *ex officio*, pues para ello es necesario que el sujeto interesado en acudir al órgano jurisdiccional para la solución de un conflicto ejercite un derecho constitucional denominado *derecho de acción procesal*, haciéndolo viable con el vehículo natural que es la *demanda*, con la cual se introducen al proceso una o más *pretensiones procesales* en contra de su destinatario (demandado). Se aplica aquí el aforismo *nemo iudex sine actore*, es decir que no hay juez sin actor.

Los elementos objetivos de la pretensión procesal son el *petitum*, la *causa petendi* y la *fundamentación jurídica*. Tenemos aquí lo que concretamente se pide en contra del demandado, los hechos que la sustentan los mismos que deben coincidir con el supuesto de la norma legal cuya aplicación se pide y finalmente la invocación de las normas legales de nuestro ordenamiento jurídico que sustentan el conflicto con las cuales debe decidir el juez, salvo aplicación del *iura novit curia*.

156 EGUREN, María Carolina. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". Op. Citada.

El juez en el proceso regido por este principio (sostiene la doctrina) no tiene mayor participación, solo le corresponde administrar el proceso y resolver correctamente las pretensiones propuestas en el proceso, teniendo como limitante al momento de resolver de no ir más allá de lo que le pidieron las partes, es decir su actividad al momento de sentenciar debe estar regida escrupulosamente por el *principio de congruencia procesal*. Es por ello que no puede resolver más de lo que las partes propusieron como pretensión, ni invocar hechos no propuestos por las partes, ni que la resolución afecte a sujetos no emplazados (*incongruencia extra petita*), no puede omitir pronunciamiento respecto de pretensiones postuladas por las partes, ni basar su decisión omitiendo hechos fundamentales del proceso y que formaron parte del tema en controversia, igualmente no puede dejar de vincular con la sentencia a los sujetos emplazados (*incongruencia infra petita*), tampoco cuantitativamente dar más de la suma pedida por el actor (*incongruencia ultra petita*). Se sanciona con nulidad la incongruencia de las decisiones judiciales.

Así, el sistema dispositivo –sostiene ARAZI– confiere mayores facultades a las partes, siendo sus reglas fundamentales las siguientes: a) el juez no puede iniciar de oficio el juicio; b) no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportado por las partes; c) debe tener por ciertos los hechos en que aquéllas estuviesen de acuerdo; d) la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado, y el juez no puede condenar a más, ni otra cosa que la pedida en la demanda.¹⁵⁷

Para qué desarrollamos el principio dispositivo en un tema referido a la prueba, qué vinculación tiene con la prueba en general. Resulta más que evidente que los procesos sujetos al principio dispositivo, son las partes las que gobiernan el proceso, al punto de tener facultad para iniciar el proceso y para concluirlo en el momento que se considere oportuno (conciliación, transacción, desistimiento, abandono, etc.) y el juez es el sujeto que resuelve lo pedido por ellas con la sentencia.

La actividad de las partes implica la afirmación de hechos vinculados con su pretensión y la carga de probarlos para obtener decisión favorable proceso. Sólo las partes son las llamadas a realizar la actividad vinculada a la carga de la afirmación y a la distribución de la carga de la prueba, en este sistema cerrado y vetusto como es lógico y coherente se impide que el juez incorpore medios de prueba *ex officio*, pues la aportación de prueba sólo esta reservado para las partes.

Este sistema o principio hace que el juez resuelva el conflicto con la actividad probatoria realizada por las partes, pues se dice que si el juez actúa oficiosamente en esta actividad –restringida a las partes– estaría supliéndolas, perdiendo su imparcialidad, ejercitando actividad que solo le corresponde a las partes, lo cual desnaturaliza el proceso mismo.

11. SISTEMA INQUISITIVO

En el procesal civil se habla de la *publicización del proceso*, con esta tesis el juez que en los procesos puros regidos por el principio dispositivo es un convidado de piedra, se convierte ahora en actor principal *del proceso*, pero sin prescindir de la actividad de las partes. Se convierte en el llamado *director del proceso*, con facultades *ex officio*: impulso del proceso, aportación de medios de prueba por deficiencias de la actividad de las partes, conclusión anticipada del proceso, pronunciamiento de nulidades procesales sin pedido de parte cuando hay vicios insubsanables, etc.

La doctrina a los procesos donde el juez tiene actividad oficiosa, les denomina inquisitivos, el juez inquisitivo (dentro de un proceso civil), es un juez investigador que busca la verdad por sí solo sin depender necesariamente de las partes, es un juez inquieto, no es un juez que le deja toda la labor de llevar a buen puerto el proceso solo a las partes, él colabora decididamente en el resultado del mismo.

Lo fundamental para el tema de la prueba es que bajo el manto de este principio, *el juez tiene la facultad de incorporar oficiosamente medios de prueba cuando el material probatorio aportado por las partes le resulta insuficiente para resolver el conflicto*. Ello por supuesto no implica que el juez suple la actividad de las partes, simplemente coadyuva a que con esta actividad se puede resolver el conflicto correctamente, pues hay hechos afirmados por las partes, fundamentales para las resultados de proceso, pero de los cuales no existe material probatorio alguno, en este caso le corresponde al juez la aportación de oficio del material probatorio que supla tal omisión, se dice que su misión en este sistema es el de llegar a establecer *la verdad material*, aunque esta nunca sea alcanzada en un proceso judicial, porque lo normal es que se llegue sólo a una *verdad formal*.

En realidad el sistema inquisitivo lo que busca, dándole esta facultad al juez, es otorgarle la mayor certeza posible respecto de los hechos fundamentales del proceso, de tal manera que resuelva con mucha mayor convicción.

Claro que este Sistema tiene sus detractores que señalan que el proceso civil contiene una discusión de intereses netamente privados, donde el juez no debe intervenir sino para administrar el proceso y resolver correctamente sus pretensiones. Con relación a las pruebas de oficio se considera que el juez debe resolver sólo con las pruebas que aportan las partes, no debe participar en esta actividad, involucrándose oficiosamente, pues las pruebas que aporta de oficio al proceso normalmente tienden a ayudar de manera parcializada a una de las partes, quebrantando el principio de imparcialidad. No obstante lo expuesto el juez no es más en el proceso civil actual un invitado especial al debate entre las partes, no es el mero tercero imparcial, es un sujeto más bien activo, la tesis publicística del proceso ha superado estas objeciones. En la parte de la prueba de oficio profundizaremos este tema.

157 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001. Pág. 35.

El magistrado LAMA MORE señala sobre la actividad probatoria oficiosa del juez que es un asunto de relevante importancia donde se debe conocer los límites que nuestro sistema procesal impone al Juez cuando éste realiza actividad oficiosa en materia probatoria. Dicha actividad constituye un aporte del sistema publicístico al proceso civil, expresado en el principio de que la dirección del proceso recae en el Juez; en virtud de este principio el Juez deja de ser un elemento pasivo y distante, respecto de las partes y la materia controvertida, y asume durante la secuela del proceso un activo rol, no solo en el impulso de la actividad procesal, sin incluso en la probanza de los hechos que las partes han alegado en defensa de sus respectivos intereses. Recientes posiciones doctrinales, que añoran la ya superada vigencia plena del sistema privatístico o dispositivo, han señalado que con dicha actividad el Juez pierde su imparcialidad y se involucra indebidamente en la actividad que le es exclusiva a las partes; sin embargo es válido reconocer que conviene a la comunidad y a la sociedad en general que los procesos civiles concluyan con decisiones que expresen la verdadera convicción del Juez sobre los hechos que son objeto de controversia, y pueda así declarar los derechos de las partes, restaurando la paz social con justicia; ello no sería posible con una actitud pasiva del Juzgador, quien en tal situación tendría que resignarse a esperar que las partes ofrezcan sus medios probatorios, sin que importe si los mismos resultan ser o no suficientes para acreditar los hechos que éstas han expuestos; tal cómoda posición agravia el interés de la sociedad de resolver la *litis* con equidad. Sin embargo, siempre está presente la posibilidad que se presenten excesos en la actividad del Juez en esta materia y se produzca un desequilibrio en el proceso favoreciendo de modo indebido a una de las partes, pretendiendo averiguar hechos que no han sido invocados por ésta durante el proceso. Por ello subsisten en nuestro sistema procesal importantes principios que, aun cuando responden al sistema dispositivo, resultan relevantes pues fijan determinados parámetros a la actividad oficiosa del Juez en materia probatoria e impiden el mencionado desequilibrio procesal.¹⁵⁸

En fin, hoy en día en nuestro proceso peruano tenemos que ambos sistemas coexisten y además se complementan. *En el proceso civil no se puede prescindir de la actividad de las partes ni se puede impedir la actividad oficiosa del juez en el proceso*, por ello podemos deducir las siguientes conclusiones que nos ayudan a graficar el complemento de ambos sistemas:

- a) El proceso sólo se inicia por actividad del actor, nunca de oficio, pero el juez tiene el deber jurídico de calificar la demanda y declararla improcedente liminarmente si se encuentra incurso en alguna causal de improcedencia.

- b) Las partes son los sujetos del proceso naturales para aportar hechos y los medios de prueba que los respalde, pero el juez puede (sin afectar el derecho a la prueba) calificar los medios de prueba aportados y rechazarlos cuando son impertinentes, extemporáneos o inconducentes, además el juez tiene *la facultad* de realizar actividad probatoria oficiosa ante la deficiencia de esta actividad de las partes.
- c) El juez sólo debe resolver en base a los hechos aportados por las partes, nunca invocar hechos distintos, si lo hace su decisión se encuentra afectada de nulidad.
- d) No puede desconocer aquellos hechos afirmados por una parte y reconocidos o aceptados por la otra (no controvertidos) de los cuales no es necesaria actividad probatoria. Tampoco puede realizar actividad probatoria ante hechos notorios, imposibles, evidentes, presumidos por ley, etc.
- e) El juez debe resolver las pretensiones respetando siempre el principio de congruencia procesal, su inobservancia produce la nulidad de su decisión.
- f) Las partes y el juez tienen interés superior en el impulso del proceso para evitar su decaimiento, el proceso y su resultado no solo es de interés particular de las partes, sino de la sociedad en su conjunto, los decidido cuando alcanza la cosa juzgada, coadyuva a generar seguridad jurídica.
- g) Las partes y el juez tienen interés en evitar que el tejido procesal sea perjudicado por alguna mácula que impida llegar al dictado válido de la sentencia, por ello las partes tiene facultad para pedir la nulidad de los actos procesales y el juez el deber jurídico de expurgar todos los actos procesales que le impidan llevar a un buen puerto al proceso.

Finalmente para darle mayor solidez a la posición asumida conviene citar a Devis ECHANDÍA quien defendiendo el sistema inquisitivo en el tema de la prueba ha señalado que la democracia política, y, más, concretamente, el principio de igualdad de las partes en el proceso, se garantizan y se hacen efectivos otorgándole al juez facultades para que triunfe la verdad y la justicia, en vez de la habilidad y el poder económico (respetando el derecho de la parte a iniciar o no el proceso respecto a una determinada pretensión suya), con lo cual se consigue que no fracase el fin de interés general que se persigue con el ejercicio de la jurisdicción, por el descuido, la irresponsabilidad o la ignorancia de un apoderado.

158 LAMA MORE, Héctor. "El juez y las pruebas de oficio". En hechos de la justicia en www.hechosde-lajusticia.org.

12. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA PRUEBA

Una serie de principios rigen el tema de la prueba¹⁵⁹ en nuestro sistema, así tendremos:

12.1. PRINCIPIO DE EVENTUALIDAD:

Denominado también de *preclusión* en materia probatoria, por este principio se impone a las partes la obligación de aportar al proceso medios probatorios sólo en la etapa postulatoria, en tal caso corresponderá ofrecer medios probatorios al actor conjuntamente con la demanda y el demandado lo debe hacer cuando conteste la demanda o con la reconvencción si la hubiera.¹⁶⁰

159 Sobre los principios de la prueba nuestra Corte Suprema ha señalado: "(...) entre los principios reguladores de la actividad probatoria encontramos, entre otros, el principio de necesidad de probar los hechos alegados por las partes; el principio que prohíbe al juez fundar su decisión en conocimientos propios adquiridos sin intervención de las partes; el principio de adquisición; el principio que preconiza que las partes no sólo deben tener la misma facultad para usar de los medios probatorios, sino también de la misma oportunidad para ofrecerlos y actuarlos (principio de eventualidad y preclusión); el principio de contradicción; el principio de lealtad, probidad, probidad y veracidad en materia probatoria; el principio de formalidad y el principio de intermediación en materia probatoria". Casación No. 4068-2006-Lima, publicada el 30.05.08. Con mayor precisión ha desarrollado el tema nuestro Tribunal Constitucional: "(...) así, entre otros, el medio probatorio debe contar con: *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso. *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho. *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes. *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida. *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria". STC No. 6712-2005-HC.

160 "De acuerdo al principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como se advierte de los artículos 425 inciso 5 y 442 inciso 5 del CPC, salvo las excepciones contenidas en los artículos 374 y 429 del mismo cuerpo normativo, referidos al ofrecimiento de medios probatorios extemporáneos; con este principio se busca impedir que una de las partes, provisto de medio probatorio de último momento, procure una decisión judicial en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quien no habría podido

De esta manera los medios probatorios que se ofrezcan en un proceso para que merezcan la admisión deben ser ofrecidos en la oportunidad que señala la norma procesal, ello impide la práctica nociva que nos dejó el Código derogado, el cual permitía el ofrecimiento y actuación de medios probatorios documentales en cualquier estado del proceso.

El principio de eventualidad sostiene Gozaini consiste en pedir a las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso, de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad eventum* que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa.¹⁶¹

La norma procesal vigente señala que "los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, salvo disposición distinta de este Código" (artículo 189), permitiendo la ofrecimiento de medios probatorios de manera extemporánea cuando se trate de hechos nuevos: "Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a *hechos nuevos* y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir" (artículo 429), asimismo el ofrecimiento de medios probatorios al momento de interponer el recurso de apelación: "solo en los procesos de conocimiento y abreviado las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de apelación o en el absolución de agravios..." (artículo 374). La prueba extemporánea es una respuesta a la necesidad de permitir el ofrecimiento de medios probatorio fuera del plazo de quien no lo pudo hacer valer oportunamente por alguna circunstancia, corriendo a su cargo explicar y probar que se trata de un hecho nuevo o que se generado después de concluida la etapa de postulación.

Todo medio probatorio que vulnere este principio debe ser rechazada por el juez, pues el ofrecimiento no se formuló en la oportunidad dispuesta por la norma procesal.¹⁶²

controvertir su eficacia probatoria, afectando su derecho de defensa". Casación No. 88-02-Piura, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01.10.02.

Con posterioridad la misma Corte Suprema ha establecido la diferencia entre *preclusión* y *eventualidad*. "(...) por el principio de preclusión, entendemos que cuando se da por concluida una etapa, tal hecho impide el regreso a la anterior, salvo caso de nulidad; este principio es una garantía para las partes por cuanto cada una de ellas tuvo la certeza de que si expira una etapa o un término sin que la otra hubiera realizado determinado acto que debió llevar a cabo en esa ocasión, ya no podrá ejercerlo más adelante. Mientras el principio de eventualidad, si bien guarda relación con el de preclusión, pues toma como referencia las fases o términos del proceso, consiste en que si en determinada etapa o estado del proceso una parte puede realizar varios actos, debe llevarlos a cabo de manera simultánea y no sucesiva, esto es, todos en el mismo lapso". Casación No. 4068-2006-Lima, publicada el 30.05.08.

161 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Editorial Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe 2004. Pág. 506.

162 "(...) finalmente, en referencia a la supuesta valoración indebida de pruebas en razón de haberse

12.2. PRINCIPIO DE CONDUCTENCIA:

Nuestro Código Procesal admite la tendencia del Derecho Comparado al considerar que en situaciones determinadas las partes no pueden hacer uso de todos los medios probatorios regulados en la norma procesal, así tendremos que en el proceso ejecutivo sólo pueden ser utilizados como medios de prueba: la declaración de partes, los documentos y la pericia (artículo 700 CPC). En este caso no será conducente o idóneo el ofrecimiento de una inspección judicial o declaración testimonial, de ofrecerlo el juez no deberá admitirlos, pues las partes por disposición expresa de las norma tienen una limitación para el usos de estos medios probatorios.

Otro ejemplo donde prima la limitación para las partes del uso de los medios de prueba lo encontramos en el artículo 310 del CPC referido a la recusación, en el cual se señala que en el escrito donde se formula la recusación se deben ofrecer los medios probatorios, excepto la declaración del recusado.

12.3. PRINCIPIO DE PERTINENCIA:

Resultará impertinente todo medio probatorio que no tenga relación directa o indirecta con los hechos que configuran el material fáctico de la pretensión o los sustentados por la defensa y por lo tanto debe ser rechazado de plano. Esto quiere decir que es medio probatorio pertinente todo aquel que guarde esta relación y acercamiento con los hechos que sustenta la pretensión o la defensa. A este principio se le conoce también como de *congruencia en materia probatoria*, pues se busca

obtenido fuera de los plazos legales este tribunal, en la sentencia recaída en el Expediente N° 6712-2005-HC-TC (F.s. 26), concluyó que para que los medios probatorios sean admitidos, deben ser presentados en su oportunidad, esto es, deben guardar relación directa con el carácter de preclusión o eventualidad que debe tener la prueba y, en virtud del cual, toda prueba solicitada fuera de etapa deviene en inválida, puesto que existe una oportunidad procesal para solicitar la actuación de medios probatorios". STC No.05194-2007-HC/TC. Sobre la oportunidad del ofrecimiento de la prueba se ha pronunciado la Casación No. 3804-2006-Lima, publicada el 30.05.08: "(...) el colegiado, absolviendo el grado, por haber interpuesto recurso de apelación la entidad ejecutante, anuló el fallo del juez, y dispuso se expida nueva sentencia, para que se tomen en cuenta los medios probatorios acompañados por el apelante –ejecutante- en su escrito de apelación; sin advertir que de acuerdo con el principio de eventualidad y preclusión en materia probatoria, los medios probatorios deben ser ofrecidos en la etapa postulatoria, tal como se advierte de los artículos 425 inciso quinto 422 inciso quinto del CPC; con este principio, se busca impedir que una de las partes provista de algún medio probatorio de último momento procure una decisión en su beneficio y en perjuicio de la otra parte, quien no habría podido controvertir su eficacia probatoria, afectando el derecho al debido proceso. No obstante ello, el ordenamiento procesal establece una excepción a la regla y es la contenida en el artículo 374 del CPC, que establece que sólo en los procesos de conocimiento y abreviados, las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios, los que deberán presentarse en el escrito de apelación o de absolución de agravios, y únicamente cuando se dan las situaciones que prevén los incisos primero y segundo del referido numeral, lo que no se condice con el presente caso, por tratarse de un proceso ejecutivo.

que los medios de prueba estén vinculados de manera estrecha a los puntos controvertidos.

El sentido del término de pertinencia –sostiene Carolina SANCHIS- debe surgir de la necesaria relación entre el hecho que pretende probarse y el hecho o hechos conformadores del objeto del proceso y aportados por las partes. Deberán inadmitirse por impertinente los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos, no relevantes, notorios, también los excluidos por la ley.¹⁶³

El típico caso de impertinencia de medios probatorios que no deben ser admitidos por el juez lo constituyen aquellos que buscan probar hechos afirmados por una parte y no negados por la otra, lo que implica que no es necesario probar cuando se trata de hecho aceptado por la contraria. Este supuesto de impertinencia de un medio probatorio es regulado por el inciso 2 del artículo 190 del CPC.

12.4. PRINCIPIO DE NECESIDAD:

Cuando el mandato concreto derivado de la ley al verificarse en la realidad no encuentra realización (obediencia) entre los destinatarios del mismo, se hace necesaria la intervención judicial y ésta tiene lugar a través del proceso judicial, ámbito en el cual la prueba adquiere el significado particular. La necesidad de la prueba en el proceso judicial deriva del hecho de ser éste un instrumento de justicia que sustituyó la defensa privada de los derechos, extrayendo por ello todo su fundamento del carácter imparcial del órgano (estatal o eventualmente, privado, si las partes recurren a un árbitro que conduce el debate y decide la diferencia entre las partes, garantizando así la igualdad, necesariamente ausente en la lucha privada –lo que constituye la causa fundamental de su supresión-.¹⁶⁴

Por el contenido del principio de necesidad se puede afirmar que la prueba –ya en el proceso judicial- es absolutamente necesaria para resolver el conflicto de intereses, con la cual sólo se resolverá a favor de quien a través de la prueba probó la verdad de su afirmación y logró convencer al juez de ello. Aparece como necesario – base de este principio- que se use la prueba en el proceso judicial para resolver correctamente el conflicto, desterrando la arbitrariedad.

163 SANCHIS CRESPO, Carolina. "El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional". Op. Citada.

164 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 23 a 51.

12.5. NO RESOLVER EL PROCESO CON CONOCIMIENTO PRIVADO:

Este principio busca cimentar el principio del juez imparcial, de un juez no contaminado con los hechos del proceso, se trata de que el juez resuelva el proceso correctamente tomando en cuenta los hechos aportados por las partes a través de los medios de prueba idóneos o de lo que hayan sido aportados oficiosamente. Por ello, para Taruffo¹⁶⁵ resultan obvias las razones procesales de garantía del principio de contradicción y de controlabilidad de la decisión actual en la base de esta tradicional y conocidísima regla.

Si el juez tiene conocimiento privado de los hechos que sustentan el proceso, porque los presenció, porque le constan directamente debido a que estuvo presente cuando éstos se produjeron y pretende utilizar este conocimiento directo para resolver el conflicto, entonces, perderá su condición de tercero imparcial. Por lo cual, deber necesariamente separarse del proceso. Esto debido a que al conocimiento de los hechos debe llegar a través de la actividad de las partes del proceso nunca directamente.

Sobre este principio Quevedo Mendoza ha sostenido que en el proceso judicial, cualquiera sea su naturaleza, se le prohíbe al juez valerse del conocimiento privado, de los hechos que se someten a su decisión, que pueda haber adquirido fuera de los medios que la ley procesal dispone para la determinación en la sentencia de tales hechos. Agrega que entre el juez requerido para resolver un conflicto de derecho, y los hechos, cuyo conocimiento es indispensable para construir una decisión justa, alejados todo lo posible uno del otro –por imperativo de las normas básicas del orden natural y jurídico-, el único puente que la ley procesal tiende es la prueba, camino ineludible que debe recorrer aquél para arribar al conocimiento de tales hechos.¹⁶⁶

Se plantea en doctrina dos cuestiones muy importantes derivadas del conocimiento privado del juez a decir de Muñoz Sabaté, la primera es que, dando por sentado que no es conveniente que el juez pueda sentirse incómodo e inseguro desarrollando un pensamiento esquizoide, y que por tanto si conoce personalmente que algo, trascendental por supuesto, es distinto de lo alegado y probado, su deber es el de abstenerse de juzgar, la cuestión radica en saber si, liberado de este deber, puede en cambio ser llamado como testigo. La otra cuestión nos lleva a preguntarnos si suponiendo no se haya dado la abstención el juez hacer valer su conocimiento como simple argumentum.¹⁶⁷

“Uno de los principios reguladores de la prueba judicial es el llamado principio de la necesidad de probar los hechos alegados por las partes. Este principio se sustenta en la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe apoyarse la deci-

sión jurisdiccional tienen que estar demostrados con medios probatorios aportados al proceso por cualquier de las partes o por el propio juez en los casos y dentro de las condiciones que la ley señale; en consecuencia, para alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva no es suficiente alegar hechos sin que dichos hechos alegados tiene que ser probados” Casación No. 3041-2002-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.04.

12.6. PRINCIPIO DE UTILIDAD:

Conforme a la doctrina aquí se debe ver la *cualidad* del medio de prueba, pues se debe cuidar *que éste sea el adecuado* para probar determinado hecho, *descartándolo si no es útil* para probar determinado hecho que interesa en el proceso.

En este caso quiebra este principio el ofrecimiento y admisión de los medios probatorios que tienen como propósito acreditar un hecho que no requiere probarse, es el claro ejemplo de un medio probatorio que busque destruir una presunción legal absoluta, verbigracia el principio de publicidad registral, por el que se presume que todas las personas de determinada comunidad conocen el contenido de un Registro Jurídico, sin admitir prueba en contrario. En este caso el medio probatorio sería totalmente irrelevante para el proceso pues no busca acreditar un hecho sino destruir una presunción infranqueable, en tal caso debe ser rechazado por el Juez. Supuestos de falta de utilidad de los medios probatorios los encontramos regulados en el inciso 1 y 3 del artículo 190 del CPC.

12.7. PRINCIPIO DE LICITUD:

Las partes no deben ofrecer ni el Juez puede admitir ni valorar aquellos medios probatorios que fueron obtenidos contraviniendo el ordenamiento jurídico, estos medios probatorios son ilícitos respecto a la forma como se obtuvieron. En realidad se trata de una forma irregular de la obtención de la fuente de prueba que más adelante se puede incorporar al proceso. Entonces, se estudia aquí la regularidad de la obtención de la fuente de prueba. Si esta es irregular de tal forma que atenta contra derechos fundamentales entonces hablaremos de la prueba ilícita, la cual no tiene cabida en el proceso civil, por quebrantar el principio de licitud de la prueba.

No cabe admitir por ello prueba prohibida expresa o implícitamente por la ley (v.gr. la declaración testimonial del hijo de una de las partes o la de su abogado en violación al secreto profesional) o válida de por sí pero adquirida en forma ilícita (v.gr. la confesión obtenida a través de la grabación clandestina o subrepticia o por el tormento).¹⁶⁸

165 TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Op. Citada. Pág. 363.

166 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

167 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Pág. 153-154.

168 KIELMANOVICH, Jorge L. El "favor probatione" y demás principios sobre la prueba. Op. Citada. Pág. 169.

Este principio por cierto resulta de lo más polémico y que merece ser aplicado con mucha ponderación por los jueces, pues si bien la idea es desterrar del proceso cualquier medio probatorio que se haya obtenido o producido de manera ilícita (por violación de correspondencia, por interceptación telefónica, por violación de domicilio, debido a un secuestro y uso de violencia e intimidación para lograr la firma de un documento, el uso de la tortura, violación de la intimidad personal, etc.) se debe tomar en cuenta también si la norma jurídica violada (norma penal, delito en muchos casos) merece ser sacrificada por un valor de mayor relevancia e importancia. Esto hoy en día debe ser resuelto con bastante tino por los jueces, pues no es admisible resolver un conflicto con pruebas obtenidas contraviniendo este principio.

Una prueba que se haya obtenido grabando las conversaciones telefónicas de la cónyuge con un persona distinta a su marido (con quien sostiene una relación sentimental), sin autorización judicial, de hecho constituye un delito, pues de por medio se encuentra el derecho a no violentar las comunicaciones privadas y se puede decir el derecho a la intimidad, sin embargo, es el juez quien debe decidir si prefiere el respeto a la norma penal que prohíbe y sanciona la interceptación telefónica o deja de lado la posibilidad de conocer la conducta de uno de los cónyuges que violentó el deber de fidelidad en el matrimonio, difícil situación donde el juez al momento de decidir debe hilar fino, poniendo en la balanza ambas situaciones para determinar cuál de ellas debe primar y cuál se debe sacrificar. No es propósito de estas cortas líneas ahondar en este tema que además en doctrina es apasionante, simplemente dar alguna referencia sobre el particular. Sobre la prueba ilícita ampliaremos más adelante.

12.8. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN:

De hecho es un principio vinculado a todo proceso, en especial a todos aquellos procesos con vocación de oralidad, se trata de que el juez mantenga un contacto directo y permanente con las partes para conocer de cerca cuáles son las motivaciones generadoras del conflicto, cuáles son las expectativas de las partes respecto del proceso, determinar con la intermediación los motivos reales y concretos que los llevó a pedir tutela al Estado. Este principio también ayuda al juez a determinar si el material de prueba aportado por las partes tiene algún atisbo o sospecha de falsedad o falta de veracidad.

Una vez terminada la etapa postulatória, cuando el juez tiene por escrito el dicho del actor (hechos de la demanda aparejados con medios probatorios para su debido sustento) y cuenta también con la posición del demandado (hechos contenidos en la contestación de demanda con sus respectivos medios probatorios) corresponde admitirlos y actuarlos, en esta segunda tarea el Juez tiene estrecha relación con las partes, por ejemplo cuando actúa la declaración de parte, cuando formula preguntas, cuando actúa una inspección judicial, cuando busca la verdad de los

hechos, cuando intenta la posibilidad de una conciliación etc. lo que hace el juez es ejercitar intermediación, es durante la actuación de los medios probatorios donde realmente la intermediación toma la importancia que tiene en el proceso, pues es en este momento el juez de forma directa y sin admitir sustitución alguna actúa todos los medios probatorios admitidos.

La actuación de los medios probatorios directamente por el juez es importante en el proceso, pues permite tomar conocimiento de las actitudes, conductas y posiciones personales e íntimas de las partes, lo que le facilitará después la toma de decisión. Por ello es que nuestro ordenamiento establece que el juez participante en la audiencia de pruebas debe necesariamente emitir sentencia.¹⁶⁹

En suma, este principio permite que el juez, reciba de manera directa y sin intermediarios (salvo situaciones puntuales donde los medios probatorios se deben actuar por comisión —exhorto— por otro juez, básicamente por razones de competencia territorial) la actuación de los medios probatorios.

La doctrina conoce este principio como *motivo de prueba*, señalando que no es más que un factor estimulante de la percepción judicial que la concentra en un punto determinado y logrará con ello un juicio más exacto de valoración. La atención del juez, presupuestada por la percepción, puede llegar a insospechadas profundidades cognoscitivas, especialmente en aquellos medios de evidente calor humano, como la confesión y el testimonio. La presencia del juez asumiendo directamente las pruebas, es capaz de reducir los obstáculos aparentemente más irreductibles de ciertas materias *difficilioris probationes*.¹⁷⁰

169 El Tribunal Constitucional ha precisado sobre este principio: "(...) este principio procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta del mismo". STC No.2876-2005-PHC/TC. "(...) la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que sólo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a éste ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia". STC 6846-2006-PHC/TC. "(...) está relacionada directamente con el respeto al principio de intermediación, sobre el cual este tribunal ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1808-2003-HC/TC, que conforma el derecho a la prueba. De acuerdo con el principio de intermediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria". STC No. 00173-2007-PHC/TC.

170 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. Técnica Probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso. Editorial Temis SA. Santa Fe de Bogotá 1997. Pág.127.

12.9. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN:

Este principio tiene como objetivo principal que las partes del proceso tengan la oportunidad de conocer los medios probatorios que se ofrecen, que buscan ser admitidos y por tanto actuados. Esta oportunidad le permitirá a las partes ejercitar la posibilidad de hacer uso de las cuestiones probatorias, es posible por falsedad o nulidad (tacha) o proponer oposición a la actuación de los mismos.¹⁷¹ En todo caso permitir el uso de la vía recursiva cuando se admite un medio probatorio que atenta contra los principios ya citados, por ser extemporánea, por constituir prueba ilícita, entre otros supuestos.

Este principio alcanza también a la posibilidad de ofrecer medios probatorios que presente por ejemplo la parte demandada al momento de contestar la demanda, con ello se busca dar la oportunidad de ejercitar posibilidad de contradecir algún hecho afirmado en esta oportunidad.

Conforme a este principio las partes tienen el derecho a conocer de forma inequívoca las pruebas ofrecidas para cuestionarlas. La prueba en el proceso no debe ser oculta, más bien debe manifestar su existencia con los actos procesales pertinentes.

El procedimiento de la prueba precisa COUTURE no es sino una manifestación particular del contradictorio, como no se concibe el proceso sin debate, tampoco se puede concebir que una parte produzca una prueba sin un riguroso contralor del adversario. Una prueba que se ha producido a espaldas de otro litigante, por regla general es ineficaz (Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Pág. 129).

12.10. PRINCIPIO DE COMUNIDAD:

Este principio denominado también de *adquisición*, importa que el proceso adquiere para sí mismo, para formar parte integrante de él todos los medios probatorios que se incorporen (ofrezcan, admitan, actúen y valoren), de esta forma, ninguna de las partes puede ejercer "posesión o propiedad" respecto de algún medio probatorio incorporado al proceso, pues por este principio éstos *son adquiridos* por el proceso y forma parte de él indisolublemente, sin importar quien la aportó al proceso.¹⁷²

171 "El proceso se rige también por los principios de bilateralidad y contradicción, lo que significa que todos los actos procesales deben ser de conocimiento de las partes en el proceso, brindándoles la oportunidad de ejercer los recursos que les franquea la ley procesal. Estos principios aplicados a la actividad probatoria de las partes significan que las partes deben conocer oportunamente las pruebas ofrecidas por su contrario y admitidas por el juzgador de mérito, para así poder ejercer su derecho a objetarlas, tacharlas o producir nueva prueba". Casación No. 1304-97-Cono Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.01.01.

172 "Basándonos en el principio de adquisición o comunidad probatoria, ninguno de los medios probatorios que obran en el proceso, y que fueran aportados por las partes, tienen, necesariamente,

Se deriva de este principio la posibilidad que el juez tome decisión contraria a los intereses del demandante utilizando un medio probatorio ofrecidos por el actor, esto implica que el juez toma la decisión judicial con determinados medios probatorios actuados sin considerar qué parte del proceso lo aportó, pues una vez incorporado validamente, deja de ser de las partes y se integra al proceso.

Así tenemos como corolario en este principio que la prueba no es de quien la aporta sino que una vez introducida válidamente al proceso pertenece a él y el juez puede utilizarla aun en contra de quien la incorporó al proceso.

LIEBMAN enseña que en virtud del principio de adquisición procesal un hecho puede ser declarado cierto aun a base de pruebas que no hayan sido proporcionados por la parte gravada con la carga, sino que se encuentren, como quiera que sea, existentes en los autos (porque hayan sido producidas, por ejemplo, por la parte, o por el ministerio público o procuradas de oficio por el juez).¹⁷³

Quando hablamos de adquirir,¹⁷⁴ pensamos en todo lo que se incorpora al proceso, y siendo éste el producto de una actividad generada a partir de una relación tripartita, va de suyo que la utilidad de los actos que reporte cada uno será en beneficio de aquella unidad que, justamente, tiene el proceso. Llegado el litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quien la dice ni quien la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses discutidos en el pleito.¹⁷⁵

Sostiene García-Cuerva que tradicionalmente el principio de adquisición proceso despliega sus efectos en relación con la prueba propuesta y practicada, esto es, sobre el resultado de la prueba y no sobre las propuestas y admitidas. Más recientemente Picó distingue que existe un doble contenido de este principio. Por un lado, un contenido restringido, que es el tradicional antes explicitado. Y por otro lado, uno amplio, en cuya virtud la prueba simplemente admitida, la que se está practicando o la aportada inicialmente junto a los escritos iniciales de alegaciones puede generar eficacia procesal con independencia de la parte que la haya aportado o renuncie a ella. El fundamento de este segundo contenido radica en que la admisión de la prueba de una parte genera en la otra una legítima expectativa en cuanto a su realización que quedaría frustrada de raíz ante la renuncia sorpresiva de la prueba.¹⁷⁶

que beneficiar al oferente, dado que estos pertenecen al proceso y no a las partes". Casación No. 2004-01-Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.11.01.

173 LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Manual de Derecho Procesal*. Editorial Ejea. Pág. 290.

174 "El principio de adquisición procesal que enarbola el proceso civil moderno, concede una "función expropiadora" por el que todos los actuados procesales que corren en el expediente pueden ser merituidos por el juzgador a efecto de satisfacer los fines a que se contrae el artículo 188 del CPC". Casación No. 3294-02-Camaná, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02.11.04.

175 GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso*. Op. citada. Pág. 506.

176 GARCÍA-CUERVA GARCÍA, SÍLVIA. "Las reglas generales del *onus probandi*". Op. Citada. Pág. 51.

13. SISTEMAS DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El juez durante la solución de controversias y concretamente para valorar el material probatorio, requiere de un sistema que lo ayude a definir cómo y de qué forma debe valorar¹⁷⁷, asignándole un peso determinado a las pruebas aportadas por las partes o dándole el valor que personalmente considere necesario a cada prueba.

En materia probatoria contamos con dos sistemas, puntualmente para el tema de la valoración de la prueba, así tenemos al sistema llamado de la *tarifa legal*, denominado también como el sistema de la prueba tasada, de valoración apriorística y el sistema de *libre valoración de la prueba*, conocido igualmente como sistema del íntimo convencimiento o de la apreciación razonada, apreciación posterior.

Ambos sistemas en la historia del derecho procesal fueron las guías del juez para que al momento de la tarea de valoración del material probatorio, pueda resolver respetando las reglas impuestas por el sistema que lo guía.

Ambos sistemas son incompatibles, su inclusión en la norma procesal depende de la posición que adopte el legislador a la hora de concebir bajo qué sistema el juez debe hacer la valoración de la prueba, o sujetándose a reglas pre establecidas que precisan previamente el valor que tiene cada una de las pruebas en el proceso o rigiéndose para la valoración personal e individual del material probatorio, sin tener parámetros pre establecidos del valor de cada medio de prueba.

Algunos autores han señalado como un tercer sistema de valoración al *de la sana crítica*,¹⁷⁸ sin embargo, otro sector de la doctrina menciona que ésta se

177 Precisa MONTERO AROCA que *apreciar y valorar, con relación a la prueba, no son sinónimas*, pues la primera tiene un significado más amplio que la segunda, de modo que en aquella se comprenden en realidad dos operaciones. En la apreciación de la prueba se encuentra implicadas dos actividades intelectuales claramente diferenciadas: *interpretación y valoración*. Por la primera entiende la actividad después de practicada la prueba lo que hace el juez primero, con relación a cada una de las fuentes-medios, es determinar cuál es el resultado que se desprende de ella, lo que tiene que hacerse ineludiblemente de modo aislado, esto es con referencia una por una de las fuentes-medios. Se trata por tanto, sin atender el valor probatorio de establecer que es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, que es lo que realmente dice el documento. En cuanto a la segunda, establecido el resultado de cada fuente-medio, el paso siguiente ha de consistir en determinar el valor concreto que debe atribuírsela mismo en la producción de certeza, lo que comporta una decisión sobre su credibilidad. Se trata ahora de decidir si el testigo merece crédito y puede concluirse que ha dicho la verdad, si el documento es auténtico y representa fielmente los hechos tal y como se produjeron, si el perito es creíble y sus razonamientos están apoyados en la lógica, etc. MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" Op. Citada. Pág. 49.

178 Según COUTURE los criterios de valoración de la prueba son: a) pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia; b) sana crítica: remisión a criterios de lógica y experiencia, por acto valorativo del juez; c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aun contra la prueba de autos. COUTURE, Eduardo J. Estudios de derecho procesal civil. Op.

encuentra comprendida dentro del sistema de libre valoración, entre ellos PALACIO LINO.

Veamos cada uno de ellos.

13.1. SISTEMA DE TARIFA LEGAL:

El antecedente histórico remoto de la tarifa legal lo encontramos en los sistemas que daban por demostrada la verdad siguiendo el resultado de una prueba de fuego, un duelo, juegos de fuerza o del azar, soportar la tortura, entre otras. Aquí no se había otra salida que admitir como válida una premisa cuando el sujeto sometido salía airoso de la prueba¹⁷⁹. Pero ello es sólo una reseña histórica que no se condice con la verdadera estructura del sistema de tarifa legal que fue mejorado ostensiblemente por el derecho romano y por el derecho canónico.

La aplicación bárbara de este sistema desapareció, BENTHAM¹⁸⁰ nos informa que a medida que esos conocimientos ideológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales: las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas. Los procedimientos han dejado de ser un juego de azar o escenas de juglería; los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos; el hombre vigoroso que habría defendido cien injusticias con el hierro en la mano, no se atreve a afrontar, en presencia del público, las miradas inquisitorias de un juez.

La doctrina perfila al sistema de la *prueba tasada* como posición contrapuesta al sistema de *valoración libre*, considerándolas contrarias y excluyentes, opuestas.

Citada. Tomo II. Pág. 221. De la misma posición son MORILLO, SOSA Y BERIZONCE. En cambio DEVIS ECHANDÍA precisa que sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba* Op. citada. Tomo I. Pág. 91.

179 Según CABAÑAS este sistema tuvo su origen en el culto a las fuerzas sobrenaturales, propio de las más antiguas culturas. Así nació la "ordalia" (del latín *ordalium*, latinización del anglosajón "ordal", *juicio*, en relación a los dioses) en cuanto "juicio de Dios" en el que los seres todopoderosos se manifestaban acerca de la verdad de los hechos de los hombres. Agrega que en las civilizaciones antiguas convivieron la prueba testimonial, el juramento con conjuración y el juicio de Dios. La ordalia llegó a estar presente en civilización de diverso orden, como la semita, la griega (prueba de fuego, uso del duelo, etc.), pero sobre todo y especialmente, las más conocidas fueron las ordalías de la civilización germánica, tanto las del norte (escandinavos o góticos) como las del sur (tudescos). Cita como pruebas: el duelo, el fuego, el agua hirviendo, el agua fría, el *judicium feretri* o juicio de la barra, el *judicium offre*, *judicium crucis*, juramento con eucaristía. CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Editorial Trivium. S.A. Madrid 1992. Pág. 74.

180 BENTHAM, JEREMÍAS. *Tratado de las pruebas judiciales*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs. As. 1959. Pág. 10.

Sin embargo, MONTERO AROCA¹⁸¹ deja aclarado que hay que acercarse a los sistemas de valoración de la prueba sin el maniqueísmo habitual que parte de imputar a uno, el de la prueba legal todas las aberraciones imaginables y al otro, el de la prueba libre, todas las perfecciones de este mundo. En los últimos tiempos ha proliferado una literatura que difícilmente puede calificarse de científica, pues se ha partido en ella de un perjuicio deformador de la realidad.

COUTURE¹⁸² prefiere llamarle a este sistema el de *pruebas legales* (aunque esta categoría es rechazada por la doctrina) señalando que son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio. Del mismo parecer es GOZAINI¹⁸³ quien refiere que la prueba legal, tasada o tarifada, implica que el legislador determina apriorísticamente el valor que corresponde atribuir a la prueba, o impone o excluye a otros para la demostración de los hechos.

Nota principal de este sistema es que la norma legal establece *a priori* el valor que tiene cada prueba en el proceso, sometiendo al juez a la reglamentación establecida a la hora de valorar prueba. Este sistema le proporciona al juzgador parámetros normativos para el momento de valorar el material probatorio, los cuales pueden ser aplicables a todos los medios de prueba (tarifa legal absoluta) o dejarlo en libertad para la valoración de determinados medios de prueba y darle normas específicas de valoración rígida para otros (tarifa legal relativa).

Las partes que quieran probar determinado hecho cuando el proceso se encuentra sujeto al *sistema tarifario* deben necesariamente valerse de medios de prueba que la ley previamente ha calificado como idóneos y calificados para probar este hecho.

El sistema de prueba tasada tiene su justificación por la falta de certeza de las decisiones judiciales ("garantía de seguridad y certidumbre en el tráfico jurídico"), en este sistema por decirlo de alguna forma no se confía en la labor valorativa del juez, es por ello que le proporcionaba fórmulas pre establecidas de valoración a las cuales debe regirse escrupulosamente, las mismas se entienden con amplio contenido de experiencia del legislador respecto de lo regulado, permitiendo de esta forma una *valoración objetiva* (basada en la norma legal), desterrando cualquier valoración subjetiva ("estereotipación de la máxima de experiencia más idónea"). Con este sistema se piensa en desperdiciar las decisiones judiciales de arbitrariedad y ayudar en las decisiones a los jueces con falta de experiencia o que resuelven con ignorancia, sin la preparación adecuada (aunque estamos convencidos que un juez con estas características debe ser expurgado del sistema de justicia).

181 MONTERO AROCA, Juan. "Nociones generales sobre la prueba. Entre el mito y la realidad" Op. Citada. Pág. 53.

182 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos...* Op. Citada. Pág. 219.

183 GOZAINI, OSWALDO A. SANA crítica vs. prueba tasada. Conciliación de ideas en D.J. 1988-I-369.

CARNELLUTI rescata la eficacia de este sistema señalando que sirve para evitar las consecuencias nocivas de pruebas falsas admitidas por el juez, en la vía de la libre de apreciación, concluye que la prueba legal es la justicia misma. "ciertas reglas constituyen un poderoso medio de desinfección del proceso contra todos los bacilos de las pruebas falaces. Me refiero particularmente a los peligros de la prueba testifical y a la necesidad de estimular la formación del documento... cerrando las puertas del tribunal a los testigos siempre que sea verosímil que acerca del hecho a probar existe un documento, el sistema de prueba legal sirve, no sólo a la certeza, antes incluso que a ella, a la justicia..." (CABAÑAS. Op. citada Pág. 96).

Pero este sistema también tiene debilidades como por ejemplo que encorseta al juez, no lo deja razonar, no le permite generarse convicción propia, pues su decisión con relación a la valoración de la prueba se base en lo reglamentado previamente, llevando muchas veces a soluciones injustas e irracionales. La función del juez en este sistema pasa absolutamente inadvertida.

13.2. SISTEMA DE LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA:

Como ya dijimos al sistema de *libre valoración de la prueba* también se le conoce como sistema del *íntimo convencimiento*¹⁸⁴ o de la *apreciación razonada*¹⁸⁵, *apreciación posterior*.

El punto de partida para la diversificación de los sistemas de control es la "vinculación" que supone para el juez una determinada máxima de experiencia puesta en relación con algún medio de prueba. Cuando el juez goza de capacidad de maniobra para escoger aquella regla empírica que considera más adecuada a las particularidades del caso y, de acuerdo con ello, tiene por intrínsecamente buena (como fuente de prueba) la información contenida en el medio, estaremos antes el sistema de libre apreciación.¹⁸⁶

184 Aunque esta tesis es rechazada por un sector de la doctrina debido a que la *intima convicción* corresponde a los Jurados, los cuales resuelven sin estar obligados a motivar sus resoluciones, emiten sus veredictos sin razonar, sólo por una decisión tan íntima que sólo ellos la saben, los fundamentos de su decisión quedan ocultos, lo cual nos acerca a una valoración arbitraria e irresponsable, que en nada se parece a los parámetros que circundan al sistema de libre valoración.

185 ¿Existen diferencias entre libre apreciación y apreciación razonada? la posición de DEVIS ECHANDÍA sobre el particular resulta interesante, expresa que si quiere expresarse la libertad para la arbitrariedad, el razonamiento ilógico y la conclusión absurda, claro está que existiría una diferencia importante y se trataría de dos sistemas diametralmente opuestos; pero si la libre apreciación no significa desconocer la lógica, ni las reglas de la experiencia, y menos aun, las leyes naturales, sino la valoración crítica personal de acuerdo con estas normas obvias e implícitas en todo razonamiento humano, ninguna diferencia puede existir. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo I. Pág. 91.

186 CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil.* Op. Citada. Pág. 69.

Son notas características del sistema de libre valoración:¹⁸⁷

- a) El juez no tiene parámetros previos o apriorísticos establecidos en la norma procesal para valorar las pruebas.
- b) La tarea del juez al valorar es más bien libre: usa su capacidad crítica propia, personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre esta actividad el juez le concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto. No puede usar su apreciación personal aislada de las pruebas aportadas.
- c) Juzga los hechos litigiosos determinando cuál de ellos según su apreciación crítica, razonada y lógica, apoyada además en máxima de experiencia y psicología se encuentran probados, favoreciendo tal convencimiento al que llegó, a la posición de una de las partes.
- d) El juez tiene la libertad de formarse convicción con el análisis que realiza del material probatorio aportado por las partes u oficiosamente.
- e) La convicción (convencimiento de la verdad de los hechos) a la que llegó el juez con el análisis de material probatorio debe ser transmitido a las partes de forma adecuada: razonada y lógica, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad.¹⁸⁸

187 "(...) el principio procesal relativo a la libre valoración de la prueba está recogido en el artículo 197 del citado Código Procesal, el mismo preconiza que "todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada". Es que los medios probatorios actuados dentro de un proceso conforman una unidad y como tales deben ser revisados y meritados en forma conjunta, confrontándose los que apoyan la pretensión reclamada frente a los que la contradicen, para que a partir de dicha evaluación el Juzgador se forme una cabal convicción respecto del asunto en litis. Por consiguiente, sólo será posible la infracción de tal precepto legal si la valoración probatoria resulta absurda, arbitraria, carente de racionalidad e ilógica, todo ello con el fin de evitar en su permisibilidad o en su regulación la distorsión de los objetivos del recurso y la desnaturalización de la finalidad uniformadora del recurso de casación". Casación N° 3899-2008-Cusco. "(...) el derecho a probar es considerado como una garantía implícita al debido proceso, que no sólo comprende el derecho a ofrecer los medios probatorios, sino también que estos sean admitidos y que finalmente sean valorados; la valoración del causal probatorio previamente aceptado al proceso, es una actividad mental atribuida única y exclusivamente al juez, quien con las reglas de la lógica, la ciencia, la técnica y de su experiencia compone los hechos, otorgándole jurídicamente el carácter de cierto. En tal sentido, en nuestro ordenamiento jurídico – artículo 197 del Código Procesal Civil-se ha incorporado la libre valoración de la prueba por parte del juez; actividad mental debe realizarse coherente y razonablemente, con el objetivo de emitirse una sentencia materialmente justa, ya que allí radica el límite a la libertad de valoración..." Casación N° 1207-2008-Lima.

188 Por ello Devis ECHANDÍA precisa con acierto que la libre apreciación no es la libertad para la arbitrariedad, ni para tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso, ni para eximirse de motivar las decisiones y someterlas a la revisión de jueces superiores. Por el contrario tiene bases reales y objetivas, como son los principios de la experiencia, la psicología, la lógica, que sin vincularlos previamente, lo cual excluiría toda apreciación personal. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 101. "(...) es así que la recurrente sustenta como agravio, entre otros, el que se haya contravenido el artículo 197 del CPC, norma que dispone que todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo

- f) Debe ser operado este sistema por jueces debidamente preparados y honestos, que entiendan lo fundamental que es la actividad de valoración de la prueba en el proceso.

Se trata pues de un sistema donde la labor del juez resulta fundamental, de ella depende la correcta resolución del caso, en consecuencia de la eficacia de la decisión judicial. Pues el juez asume el deber jurídico de emitir su decisión de manera *razonada*, la cual necesariamente debe ser entendida en sus dos aristas, una interna y la otra externa. En cuanto a la primera debe entenderse como la operación interna que hace el juez para valorar, la cual debe realizarla respetando la lógica, psicología, las reglas de la experiencia, sana crítica, a ello suele llamarse *convicción razonada*. En la segunda el juez debe hacer públicas las razones que lo llevaron a la convicción, debe manifestar por escrito las motivos de su decisión, respetando lo antes mencionado, a ello le denominamos normalmente *motivación*.

Para los procesos civiles en nuestro sistema procesal se adoptó la *libre valoración*, es por ello que contamos con una norma emblemática sobre el particular "todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión" (artículo 196)

Sin embargo, algunos autores nacionales han entendido que convivimos con el sistema de tarifa legal, debido a que nuestro legislador ha establecido los llamados "apercibimientos" para los procedimientos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, concretamente en las pruebas anticipadas (artículo 296 del CPC). Sin embargo, discrepamos de esta posición, pues el ordenamiento procesal apuesta por el sistema de libre valoración, ya que la valoración de prueba sólo se presenta en los procesos contenciosos: de cognición y de ejecución. El juez en estricto no hace valoración de material probatorio en los mal llamados procesos no contenciosos de prueba anticipada, pues en realidad no hay litigio en ellos, se trata de mero procedimientos que sirven fundamentalmente para preparar un proceso en el futuro.

serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión; siendo esto así, el legislador le ha otorgado a los jueces la posibilidad legal y real de indicar en su sentencia, solo aquellos medios probatorios que son determinantes para adoptar la decisión conclusiva; siendo esto así, esta norma genérica, el artículo 197 del CPC, encierra todo el sistema valorativo probatorio de nuestro Ordenamiento Procesal Civil, de donde la doctrina ha señalado que nuestro Código Adjetivo se sujeta a un razonamiento judicial distinto a la legislación adjetiva derogada, es decir, que legalmente, se ha evolucionado del silogismo elemental, a través del método deductivo, a la escuela del derecho libre para arribar al razonamiento dialéctico, en donde "(...) las reglas serían; en primer lugar determinar, con precisión cual es el problema; lo que en nuestro ordenamiento llamamos fijación de puntos controvertidos, o sea conocer de qué estamos hablando, que tenemos que resolver. En segundo lugar, la argumentación, vale decir, la confrontación de posiciones, el debate que es esencial en la dialéctica para lograr la solución justa. En la etapa de la deliberación, lo que hace el Juez es verificar los hechos, interpretarlos y al mismo tiempo establecer el sentido de la norma aplicable. Finalmente (...) el Juez toma una decisión y le pone término a la deliberación con la sentencia (...) (la valoración razonada de las pruebas; Juan Luis Avendaño Valdez; Revista Peruana de derecho Procesal; Lima-Perú; marzo de 1998; página 336)".

Los apercebimientos señalados en nuestro ordenamiento procesal se han establecido como medios de apremio para los sujetos emplazados en el procedimiento vinculados a la prueba anticipada, tales como el reconocimiento ficto de documentos, certeza de la copia o afirmaciones del documento presentado en la exhibición y la declaración de parte ficta. Ello no implica la existencia de un sistema de tarifa legal, ya que esta prueba anticipada servirá como prueba fundamental para la iniciación de otro proceso, dentro del cual se hará la valoración de su contenido.

14. REGLAS DE LA EXPERIENCIA

El profesor Taruffo ha precisado que la conceptualización originaria de la idea de máxima de la experiencia (*Erfahrungssatz*) fue formulada por Friedrich Stein en 1893, en su conocidísima obra *El conocimiento privado del juez*. El concepto pasa luego a otras culturas jurídicas europeas, y en particular a la italiana por medio de la obra de varios procesalistas, entre los cuales sobre todo Francesco Carnelutti, hasta convertirse en una especie de lugar común y constituirse en objeto de una literatura más bien amplia. Según la definición de Stein, que es repetida por toda la doctrina subsiguiente, la máxima de experiencia es una regla general que se construye inductivamente según la experiencia relativa a determinados estados de cosas. Esta regla puede ser empleada por el juez como criterio para fundamentar sus razonamientos: siendo una regla general, elle le sirve al juez como premisa mayor de los silogismos en los que se articula su razonamiento.¹⁸⁹

Llamadas también "*máximas de experiencia*",¹⁹⁰ son el conjunto de conocimientos acumulados por el juez en el transcurso de su vida, como su denominación lo indica se trata de "experiencia de vida" (personal, profesional, conocimiento común y especializado) que tiene el juez que se han ido generando con el transcurso del tiempo. Este cúmulo de conocimientos le ayuda al juez en la tarea de valoración de la prueba, como en cualquier ámbito de nuestras vidas.

La experiencia es fundamental para regir nuestros destinos, la utilizamos cuando hacemos la función de padres con nuestros hijos, hacemos uso de ella para

189 TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Editorial Temis. Bogotá. 2006. Pág. 125.

190 DE LA RÚA las denomina "*normas de la experiencia*", son aquellas nociones que corresponden al concepto de cultura común, aprehensibles espontáneamente por el intelecto como verdades indiscutibles. La sentencia que razona en contra de esas máximas, o que se funda en pretendidas máximas de experiencia inexistentes, contiene un vicio indudable en su motivación, que será controlable en casación. La motivación, pues, será falsa, cuando una de sus premisas esté constituida por un hecho no cierto, incompatible con la experiencia misma, como por ejemplo si se admite que se puede atravesar una pared de cemento con un cuchillo; o incompleta, si una de las premisas está dada por un hecho que se pretende la experiencia común, cuando en realidad exige una demostración particular sustentada en las pruebas, como si v.gr. se atribuyen a ciertas enfermedades determinados efectos prescindiendo del dictamen pericial. DE LA RÚA, Fernando. *El Recurso de Casación*. Editorial Victor P. de Zavalla. Buenos Aires 1966. Pág. 186.

tomar una decisión profesional o personal, para desarrollar cualquier actividad por más cotidiana que ésta sea. La experiencia se encuentra presente en nuestras vidas como algo inherente al ser humano, el hombre captura experiencias en el día a día, sus conocimientos adquiridos se encuentran conformados por eventos sucedidos en el pasado que fácilmente reconoce, para ponerlos en práctica.

La experiencia del hombre le ayuda a desarrollar con mayor éxito determinadas tareas, sean estas físicas o intelectuales. Los eventos sucedidos en nuestra vida que nos sirven de experiencia en el futuro son determinados por nuestros sentidos (de forma sensorial, física, presencial, etc.) son ellos los que los identifican plenamente, los clasifican y nos permite poderlos usar en determinado momento. Así hemos aprendido que el fuego quema y es dañino, que hay bienes y sustancias que son peligros en su uso para el ser humano (armas de fuego por ejemplo, químicos, monóxido de carbono, exposición solar, etc.), que la corriente eléctrica puede causarnos la muerte, que es mejor casarse teniendo un empleo que desocupado, etc. Este conocimiento que es adquirido durante el transcurso de nuestras vidas y que además aceptado por los miembros de una comunidad forma parte del *conocimiento común o cotidiano*, sin embargo hay conocimientos que subyacen en el ejercicio de una profesión o actividad intelectual, que forman parte de un conocimiento de mayor importancia, llamado también *conocimiento especializado*.

Cada uno de nosotros tenemos un conjunto de conocimientos adquiridos sensorialmente o por otra forma (normalmente derivan de la observación y de la experiencia que se adquiere en sociedad) que integran nuestro conocimiento, el cual es distinto al de otro sujeto. Con lo que tenemos que las máximas de una persona son totalmente distintas a la que maneja otra.

Las máximas de experiencia son el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o solo con el vivir. Esos conocimientos son utilizados para apreciar la prueba.¹⁹¹

Sin embargo, hay que decir que las máximas de experiencia no resultan absolutas, son un fenómeno temporal y espacial, el transcurso del tiempo, el avance de la tecnología y las nuevas experiencias del hombre hace que se asuman nuevas máximas dejando otras de lado, porque se dan por superadas y poco útiles.¹⁹²

191 KISCH, citado por RONALD ARAZI en la prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 71.

192 "Conforme a la doctrina de la Sala, las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han incluido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos". Tribunal Supremo de Venezuela en el proceso seguido por Humberto Contreras Morales contra el ciudadano Jorge Joaquín Ribeiro Bertao.

CABAÑAS hace un desarrollo interesante respecto del proceso de formación de las máximas de experiencia, señalando que las reglas o máximas de experiencia presentan ante todo una condición ambivalente: de un lado integran una categoría *única*, al estar compuestas por un acervo de conocimientos recabados por la persona en sus distintos procesos de percepción sensorial y física (inclusive basada en la experimentación de sentimientos e intuiciones). Más, de otro, no deja de ser categoría variada; tan amplia de hecho, como lo pueden ser todas las fuentes del saber humano. Es así como se habla de reglas (de experiencia) psico y sociológicas, de las derivadas de los usos y costumbres, de las científicas (de la ciencia de la naturaleza), etc. Todas ellas podrían ser resumidas en un término más general: representan máximas culturales.¹⁹³

Pero estas máximas de experiencia sirven en el proceso, según la posición de STEIN¹⁹⁴ pueden estar presentes en cuatro aspectos:

- a) En la actividad de apreciación de los medios de prueba.
- b) En la construcción de las presunciones judiciales.
- c) En la formación de la sentencia: aplicación de las normas sustantivas a los hechos probados.
- d) En la exégesis e integración de aquellas definiciones legales o conceptos jurídicos abiertos que requieren ser completados en atención a la noción de lo consuetudinario, a la naturaleza de la relación jurídica o de las cosas, o a ciertas conductas humanas exigibles (buena fe, equidad, etc.).

En la actuación de medios de prueba el juez con el principio de intermediación utilizando máximas de experiencia puede irse formando convicción al detectar por ejemplo si la parte que presta su declaración tiene sudoración, tiene respuestas tibias, tartamudea, no son convincentes sus respuestas y está extremadamente nervioso, utilizando la experiencia ganada por el juez en su actividad cotidiana podría concluir que el declarante está mintiendo. Lo mismo ocurriría con un testigo.

En fin, las conductas de las partes pueden ser valoradas partiendo de máximas de experiencias, como es el caso de los sujetos que se niegan a proporcionar muestras de material genético para la realización de una prueba de ADN que facilite la resolución de un proceso de filiación extramatrimonial. La experiencia aconseja en este caso que si el demandado niega ser el padre biológico del menor por el cual se discute la filiación, y está seguro de su posición no dudará un instante en someterse a esta prueba científica. Por ello esta conducta del demandado debe ser valorada en sentido negativo.

193 CABAÑAS GARCÍA, Juan CARLOS. *La valoración de las pruebas y su control en el proceso civil*. Op. Citada. Pág.60.

194 STEIN, FRIEDERICH. *El conocimiento privado del Juez*. Universidad de Navarra. Traducción Oliva Santos. Pamplona 1973. Pág. 64-84.

La adquisición de un inmueble en la zona comercial conocida como "Gamarra" nos lleva a pensar que su adquisición se hace con el propósito de ser explotado en la comercialización de ropa, confecciones y afines, con el propósito de que esta actividad lucrativa le procure un ingreso a su adquirente. La experiencia nos lleva a deducir aquello, no se puede pensar que la adquisición (por lo menos no es la orientación de las máximas de experiencia) se realizó para tenerlo cerrado y venderlo con posterioridad.

En los contratos de adhesión podemos deducir como máxima de experiencia que existe una parte económica fuerte y un consumidor sumamente débil, la primera que aprovecha su posición para incluir en los contratos cláusulas que no pueden ser discutidas, imponiéndolas. Aunque con ellas la contratación sea más ágil.

En realidad las máximas de experiencias son de mucha utilidad para el juez en el trabajo deductivo que realiza al valorar el material probatorio, ya que las máximas de experiencias constituyen valoración sobre hechos, al interpretarlos, comprenderlos, estimarlos, pero no cualquier hecho sino los hechos vinculados al tema *probandum* del proceso. De la interpretación de los hechos que se van a probar en el proceso depende la elección de la norma jurídica que se debe aplicar al caso concreto.¹⁹⁵

195 Ante el Tribunal Supremo de Venezuela se propuso como agravio la violación de una máxima de experiencia: "El formalizante sostiene que *constituye una máxima de experiencia que la negociación que tiende a la ejecución de un mero proyecto urbanístico no se realiza mediante un contrato formal y definitivo de compra venta sino de una opción o pre-contrato que prepara la conclusión del contrato definitivo una vez presente y corporea la unidad que se desea*". El Tribunal sostuvo: "...Dada la función unificadora de la legislación y uniformadora de la jurisprudencia de la casación, la denuncia de una máxima de experiencia supone la demostración de que la misma fue empleada por el juzgador en la premisa mayor del silogismo, integrándola a la correspondiente norma jurídica fundamento de la decisión, que es, en definitiva, la norma que resulta infringida. Por tanto, el formalizante que denuncia la violación de una máxima de experiencia, debe alegar la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, con precisa indicación de la máxima de experiencia infringida, la infracción de la correspondiente norma jurídica y dar cumplimiento a los requisitos que al efecto establece el ordinal 3º del artículo 317 del mismo Código. En la denuncia que se examina, el formalizante sostiene que la recurrida sacó elementos de convicción fuera de los autos al afirmar que el contrato de servicios no incluía la discusión del contrato colectivo pues el mismo nunca se incorporó a las actas del proceso, ello no podría constituir la violación por parte de la recurrida de la violación de una máxima de experiencia, ni se da cumplimiento a los requisitos señalados para denunciar la violación de una máxima de experiencia. Por otra parte, se reitera, si el formalizante considera que la recurrida afirmó lo falso, ha debido denunciar el vicio de suposición falsa, lo que no hizo. Por otra parte, el formalizante sostiene que la recurrida fundamentó su decisión en que la discusión del contrato colectivo era un asunto ocasional y extraordinario y, por tanto, su pago no se encontraba comprendido dentro de la remuneración mensual del demandante, lo que a su decir, no le era dable, pues si bien se puede fundar en una máxima de experiencia, lo afirmado no es mas que una apreciación personal perfectamente discutible. En la denuncia que se examina, el formalizante omitió dar cumplimiento a los requisitos antes señalados para denunciar la violación de una máxima de experiencia, pues no demuestra que la recurrida haya empleado una máxima de experiencia en la premisa mayor del silogismo, ni que la haya integrado a una concreta norma jurídica, ni denuncia la violación de alguna disposición legal. Proceso seguidos por Arturo Pacheco Iglesias y otros contra la sociedad de comercio Inversiones Pancho Villas, c. a.

Como lo sostiene STEIN cuanto más moderno es el precepto jurídico más fácil es encontrar una técnica legislativa en donde las normas expresan su supuesto de hecho apelando al conocimiento que puede tener el juez de lo que es usual o es técnico. El juez necesita para interpretar y aplicar la norma jurídica lo que llamamos máximas de experiencia, es decir, definiciones o juicios hipotéticos de contenido general procedente de la experiencia.¹⁹⁶

El maestro Argentino PEYRANO sostiene la tesis de que las "reglas de la sana crítica" y las "máximas de experiencia" son lo mismo, son el mismo producto. La primera formulación proviene de la doctrina española y es frecuente su uso en los cuerpos legales. La segunda, en cambio, reconoce fuentes germanas y no cuenta con numerosas alusiones legislativas. Pero algo más diferencia (aunque sea lo mismo, en esencia) a los referidos institutos jurídicos: las máximas de experiencia han sido identificadas jurisprudencialmente en mayor número que las reglas de la sana crítica que permanecen en una mayor penumbra. De todos modos sea a título de "máximas de experiencia" o de "reglas de la sana crítica", lo cierto es que constituye una tarea pendiente y premiosa identificar dentro del océano de precedentes judiciales cuáles máximas de experiencia (o reglas de la sana crítica, da lo mismo) son las aceptadas.¹⁹⁷

Las máximas de experiencia se encuentran presentes en los dos sistemas de valoración:

- a) En el *sistema de la tarifa legal* la máxima de experiencia se la proporciona el legislador al juez, parte de la voluntad del legislador, en ella le indica cómo debe valorar los medios de prueba. Se trata de la experiencia colectiva cifrada en norma legal con contenido coercitivo. Es una experiencia legislada, llamada también máxima legal
- b) En cambio, en el *sistema de libre valoración* las máximas de experiencia corresponden al juez, quien las opera de manera libre, sin ningún tipo de disposición legal que lo obligue a utilizar una u otra en tal o determinado sentido. Se les denomina también máximas empíricas, éstas son útiles para el juez en la tarea deductiva al valorar el material probatorio, pues con ellas se efectúa la valoración sobre hechos.

Pero la doctrina en cuanto a la aceptación en el proceso de las máximas de experiencia no es pacífica, encontramos al profesor Taruffo en la posición antagónica a la aceptación de la tesis de la máxima de experiencia por considerarla una categoría poco rigurosa en el proceso. Por un lado sostiene el maestro italiano que el concepto de máxima de experiencia es, por lo menos en el uso que se ha hecho de él, intrín-

196 Citado por GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 211.

197 PEYRANO, Jorge W. "Aproximaciones a las máximas de experiencia. Su relación con las reglas de la sana crítica. ¿Se trata de dos conceptos disímiles?". En Revista de derecho procesal 2005.1. Prueba – I, dirigida por Roland ARAZI. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005. Pág. 215 a 223.

secamente ambiguo. Si se lo entiende de verdad en sentido riguroso, apoyándose en la naturaleza *general* de la máxima, entonces se debería concluir que tiene una extensión limitadísima: en efecto incluiría tan solo pocas vulgarizaciones de leyes científicas, puesto que la inducción fundamentada en la experiencia (al contrario de cuando consideraba Stein) no conduce por sí sola a formular ninguna regla general. En esta perspectiva la racionalización de la experiencia y del sentido común funcionarían tan solo para áreas muy limitadas, pero la mayor parte de las nociones que el juez emplea seguiría sin ser racionalizada. De otro lado, concluye que ciertamente, los instrumentos de los cuales el juez debe servirse para desarrollar razonamientos racionales, controlables y justificados son ahora más complejos y difíciles de emplear de lo que se pensaba en el pasado: la lógica moderna de la argumentación no es ya la aprendida durante los estudios escolares de filosofía; la ciencia es infinitamente más extensa y sofisticada, la experiencia "común" ya no existe, y el sentido común es lo más vago, incierto y confuso que se pueda imaginar.¹⁹⁸

15. SANA CRITICA

En lenguaje natural *sana crítica* –según FALCÓN– es una construcción nominal sustantiva, en la cual el adjetivo "sana" califica una cualidad permanente de "crítica". En las construcciones nominales o grupos sintácticos nominales, el objeto del adjetivo consiste en precisar la significación del sustantivo, pues lo especifica. El adjetivo *sano* con el sustantivo *crítica* significa "libre de error y de vicio; principios sanos, doctrina, crítica sana". Por su parte crítica puede tomarse como "arte de juzgar la bondad, verdad y belleza de las cosas". Y arte es "conjunto de preceptos o reglas necesarios para hacer bien una cosa". De estos tres conceptos podríamos extraer que *la sana crítica es un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas, libre de error o de vicio.*¹⁹⁹

Conforme a los estudios realizados el vocablo *sana crítica* señalan por un lado tiene su origen en el Reglamento del Consejo Real de España de 1846 (según De Vicente y Caravantes en los arts. 147 y 148 que señalaba que el Consejo apreciase "según las reglas de la sana crítica las circunstancias conducentes a corroborar o disminuir la fuerza probatoria de sus declaraciones"²⁰⁰), otros señalan como antecedente la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España de 1881. Otros antecedentes ponen de manifiesto que el término *sana crítica* fue expuesto por primera vez por D'ALEMBERT en el discurso preliminar de la Enciclopedia Francesa.

Suele decirse que el sistema de la *sana crítica* nace para evitar que el juez en el sistema de libre valoración llegue al extremo de la arbitrariedad guiado por impul-

198 TARUFFO, Michele. Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil. Op. Citada. Pág. 127.

199 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Editorial Astrea. Bs.As. 2003. Pág. 564 – 565.

200 Citado por VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Editorial Astrea. 2da. Edición Actualizada y ampliada. Bs.As. 2004. Pág. 157.

esos afectivos, sin tomar en cuenta las reglas de la lógica, la experiencia y del mismo expediente y para combatir la rigidez de la sistema de tarifa legal que evita la propia convicción del juez. Por ello un sector de la doctrina lo considera como un sistema intermedio, denominado también *tesis trialista* que arrancó con la posición de LESSONA (prueba positiva o legal, del íntimo convencimiento y de la persuasión racional). Admiten dicha tesis tripartita ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, VELEZ MARICONDE Y COLOMBO.

Nos encontramos en el sistema de la *sana crítica* llamado también de *persuasión racional* cuando el juez le asigna el valor que considera el correcto a las pruebas del proceso, para lo cual debe basarse fundamentalmente en reglas de la *lógica*, la *ciencia* y la *experiencia*. Ello quiere decir que la valoración debe estar enmarcada en criterios de razonabilidad, en máximas de experiencia que aporta el juez y en los conocimientos técnicos que forman parte de su formación.

Sosteniendo la condición de sistema de valoración que se enfrenta al de tarifa legal VARELA precisa que la *sana crítica* implica que en la valoración de la prueba el juez adquiere la convicción observando las leyes lógicas del pensamiento, en una secuencia razonada y normal de correspondencia entre éstas y los hechos motivo de análisis. Agrega que el criterio valorativo debe estar basado, en consecuencia, en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a juzgamiento, y no debe derivar sólo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Al mismo tiempo requiere de la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del juez, sean aplicables al caso.²⁰¹

AMILCAR BAÑOS destacando el aspecto positivo de la expresión *sana crítica* ha precisado que tiene sentido esencialmente programático, pues sólo señala un método o directiva al juzgador, desde que le prescribe con términos de amplia generalidad que valore las pruebas en forma razonada y reflexiva.²⁰²

COUTURE precisa que la *sana crítica* está integrada por reglas del correcto entendimiento humano contingencias y variables, con relación a la experiencia del tiempo y lugar, pero que son estables y permanentes en cuanto a los principios en que debe apoyarse la sentencia. Para ello el juez se basa en dos principios fundamentales: de acuerdo a las reglas de la lógica y aplicando reglas de la experiencia. Considera también que la *sana crítica* es un sistema intermedio entre la *prueba legal* y la *libre convicción*. (Fundamentos de derecho procesal civil. Ob. Citada. Pág. 144)

En ese mismo sentido se expresan los siguientes fallos judiciales:

1. Sostiene la Corte Suprema de Chile que "apreciar la prueba conforme a la *sana crítica*, como lo dispone el artículo 455 del Código del Trabajo, exige el descu-

brimiento de la verdad procesal por los medios que aconseja la *recta razón* y el criterio puesto en juicio, donde los sentenciadores deben asesorarse por sus *conocimientos técnicos*, su *experiencia personal*, la *lógica*, el *sentido común*, el *buen juicio* y la *recta intención*". (Corte Suprema 17.03.05 Gaceta Jurídica, año 2005, Marzo No. 297, Pág. 236 en www.colegioabogados.cl/revista).

2. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia manifestó que "las reglas de la sana crítica según la doctrina, son máximas de experiencia judiciales, en el sentido de que se trata de máximas que deben integrar la experiencia de la vida del juez y que éste debe aplicar a la hora determinar el valor probatorio de cada una de las fuentes – medios de prueba. Esas máximas no deben ser codificadas, pero si han de constar en la motivación de la sentencia, pues sólo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos la razonabilidad de la declaración de hechos probados..." (Sentencia No. 1794/2004, en www.nodo50.net/casca).
3. "...para variar tal decisión y de un modo tan significativo, era menester que el fallo impugnado desarrollara razonadamente los motivos por los que se efectuaba tal aumento. Debía entonces, a su turno echar mano a las reglas de lógica o máximas de experiencia, en relación con la prueba y exponerlas, lo que no ocurrió y se hizo una apreciación no expresada en el fallo, que llevó a efectuar el aumento inusitado e infundado del monto de la indemnización que allí se contiene. Esta apreciación sin lugar a dudas, no corresponde al ejercicio de la *sana crítica*, porque no emana de las circunstancias anteriormente expresadas o de las normas de la experiencia, ni constituyen una conclusión razonada, sino parece provenir del mero arbitrio de los sentenciadores". (Casación del 04.06.02, Rol No.2.655-201 Corte Suprema de Chile en www.cdecl).
4. "...para que exista quebranto a la sana crítica, tal violación debe versar sobre una prueba que racionalmente no sea capaz de producir en el juzgado certeza, se refiera a un hecho que sea contrario a la experiencia del común de las personas, se analice arbitrariamente un elemento de juicio o el razonamiento se haga sobre pruebas que demuestran cosa diferente a la que se tiene como cierta con base a ella" (Tercera Sala de la Corte Suprema de San José de Costa Rica 21.12.90 en www.poderjudicial.go.cr)

No compartimos la idea de que la *sana crítica* sea en realidad un sistema de prueba intermedio entre el sistema de *libre valoración* y el de *tarifa legal*, por lo que preferimos ubicarlo como *reglas* utilizadas por el juez en la valoración de la prueba, plegando nuestra posición a la existencia de la *tesis dualista*. "Sólo hay dos formas de apreciar la prueba: fija el valor el legislador o lo establece libremente el juez. La mayor o menor motivación de la sentencia por parte del juez no justifica la inclusión de un tercer sistema".²⁰³

201 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 158.

202 Citado por SENTIS MELENDO, Santiago en *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1967. Tomo I. Pág. 413.

203 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*. Tomo I. Op. Citada. Pág. 86.

Por ello sostenemos que las llamadas *reglas de la sana crítica*²⁰⁴ se encuentran vinculadas a una valoración sustentada en reglas lógicas, en un eficaz razonamiento, en máximas de experiencia, en la prohibición de excederse en abstracciones intelectuales, en el conocimiento técnico que tiene el juez, en el sentido común, en el buen juicio del juez al determinar en base al material probatorio que hechos aparecen probados en el proceso. Corresponderá al juez formarse convicción utilizando adecuadamente *las reglas de la sana crítica*.²⁰⁵

FALCÓN propone que la sana crítica constituye *un método científico*, compuesto por las nueve reglas destinadas a la actividad operativa del juez que en síntesis dicen: a) solamente se prueban los hechos alegados en tiempo y forma; b) los hechos por probar deben ser controvertidos; c) corresponde aplicar primero las reglas de la prueba tasada, sean tales o provengan de la prueba legal; d) es necesario ordenar los medios de prueba en una graduación estática que nos presente los que son más fiables que otros y tienen que ser más ciertos; documental, informativa, confesional, pericial, testimonial; e) en función de los hechos de la causa hay que buscar, por medio de la faz dinámica de la prueba, los medios idóneos correspondiente a cada hecho; f) para poder tener la comprensión final del conflicto, hay que examinar los medios en su conjunto y coordinarlos con los hechos a fin de obtener una solución única; g) cuando los restantes elementos no son suficientes hay que aplicar las presunciones; h) como última vía para determinar los hechos, resultarán útiles las reglas de la carga de la prueba; i) finalmente habrá que narrar el desarrollo de la investigación y de las conclusiones sobre el conflicto de modo tal que el relato demuestre que se ha adquirido la certeza en virtud de un procedimiento racional controlable, donde también se podrá utilizar como elemento corroborante la conducta de las partes en el proceso.²⁰⁶

Pese a lo expresado existen muchos Códigos modernos han asumido a la *sana crítica* como punto de partida fundamental en la valoración (Colombia, Argentina²⁰⁷, España, entre otros).

204 Sentis Melendo colabora con su posición al determinar que *las reglas de la sana crítica*, no son otras que las prescribe la lógica y derivan de la experiencia, las primeras de carácter permanente y las segundas variables en el tiempo y en el espacio. SENTIS MELENDO, Santiago en *Estudios de Derecho Procesal*. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América. Bs.As. 1967. Tomo I. Pág. 418.

205 FALCÓN explica que la "sana crítica" no está sola sino que tiene una serie de reglas. ¿Dónde están las reglas? Pues bien, esas reglas están incluidas en las ciencias (experimentales, como la física; culturales, como la historia); en la técnica (como derivado necesario de la ciencia en su aplicación); en las reglas de la experiencia; en la lógica, por dos vías: como Marco para las demás actividades científicas, técnicas o experimentales, y por la vía argumental en la exposición de la sentencia. Todos estos elementos están sometidos al marco de la normativa jurídica, cuyas reglas también integran la sana crítica. FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Págs. 572-573.

206 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Pág. 587-588.

207 Art. 386 del CPN "salvo disposición legal en contrario, los jueces formaran su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa".

16. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Una de las actividades más delicadas que realiza el juez en el proceso está referida a la *valoración de la prueba*, de esta actividad fundamentalmente cognitiva que realiza el juez dependerá el resultado final del proceso. La actividad de valoración de la prueba está vinculada de manera muy estrecha al deber de motivación que tienen los jueces en el ejercicio de sus funciones. A esta actividad que le es exclusiva al juez y es la más importante en el proceso. Se le conoce también como *apreciación de la prueba*.

Si prueba es la actividad de las partes encaminadas a convencer al juez de la veracidad de unos hechos que afirman existentes en la realidad, la valoración es la actividad judicial que consigue el convencimiento o lo rechaza. Esta actividad judicial se desarrolla en la sentencia. La valoración de la prueba concreta el último paso de juicio lógico que realiza el juez en su sentencia y es la conclusión positiva o negativa sobre la existencia de los hechos que se alegan en el proceso.²⁰⁸

Para la valoración de la prueba el juez debe definir en primer orden en qué sistema de valoración se encuentra (de tarifa legal o de libre apreciación), pues dependiendo de ello es que realizará esta actividad, pues no es lo mismo valorar bajo el sistema de tarifa legal donde el legislador le asigna valor previo a los medios de prueba, que el sistema le deje en libertad al juez de asignarle valor a cada medio de prueba. En este segundo sistema de valoración el juez tiene una facultad de valoración más libre que en la de la tarifa legal.

Esta actividad mental del juez no es producto del azar, es más bien reflexiva y tiene fases que se deben dar de manera copulativa y simultánea, por ello compartimos la opinión de Devis ECHANDÍA²⁰⁹ cuando señala que la función valorativa está basada en tres aspectos:

- *La Percepción*: Aquí el juez entra en contacto con los hechos a través de la percepción u observación. Esta es una operación sensorial. Se trata de percibir u observar un medio de prueba de ese hecho: cosas, personas, documentos, huellas, etc.
- *La Representación o reconstrucción*: Una vez percibidos aisladamente los hechos mediante sus medios de prueba, es indispensable proceder a la representación o reconstrucción histórica de ellos, ya no separadamente sino en conjunto. Se puede hacer por la vía directa o por la inducción, infiriéndolos de otros hechos, o también deduciéndolos de las reglas generales de la experiencia.
- *El Razonamiento*: Es la etapa intelectual de la valoración, del razonamiento o raciocinio. Esta fase se desarrolla de manera simultánea con cualquiera de las anteriores.

208 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 213.

209 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Págs. 275 a 278.

Nuestro sistema procesal (art. 197²¹⁰) se plegó sin lugar a dudas al *criterio de libre apreciación de la prueba*, razón por la cual en la actividad de valoración le exige al juez como deber "valorar la prueba en forma *conjunta*²¹¹ y *razonada*".

Con lo cual le señala como pauta al juzgador que él es libre de dar el *valor* que *libremente* le asigne a cada prueba aportada validamente al proceso por las partes o de forma oficiosa, tomando en cuenta la realidad procesal en la que se encuentra.

En esta actividad el juez usa su capacidad crítica propia, personal para determinar la certeza de los hechos importantes del proceso. Al ser libre – la actividad de valorar la prueba – el juez concede valor a cada medio de prueba tomando en cuenta el caso en concreto. No puede usar su apreciación ni conocimiento personal aislada de las pruebas aportadas.

La convicción (convencimiento de la verdad de los hechos) a la que llegue el juez con el análisis de material probatorio debe ser transmitida a las partes de forma adecuada (por escrito a través de una resolución judicial): *razonada y lógica*, desterrando cualquier tipo de arbitrariedad. La lógica es fundamental en la etapa de valoración, sin ella no podríamos expresar las conclusiones a las que hemos arribado con un correcto razonamiento. Las posibilidades de determinar inferencias de

210 "Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

"(...) el Colegiado afirma que valorará las pruebas en forma conjunta pero, de otro lado, indica que no tiene obligación de referirse a todas ellas. Al respecto, es preciso establecer ciertas diferencias: no es lo mismo valorar en forma conjunta y razonada de la prueba, que consignar de manera expresa en la decisión final las pruebas que sirven para sustentar el fallo; lo primero se circunscribe dentro de la esfera subjetiva del magistrado, pues se trata de una actividad mental, mientras lo segundo se despliega en el ámbito objetivo y constituye la exteriorización y concreción de esa actividad. El artículo 197 del CPC diferencia estos ambos cuando señala textualmente: Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando la apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión", es decir, pese a que la ley obliga a los magistrados a valorarla prueba en forma conjunta, a la vez les concede la facultad o potestad de plasmar en su fallo sólo las pruebas esenciales que sustenten su decisión". Casación No. 2428-2006-La Libertad, publicada el 31.05.07. "(...) una motivación comporta la justificación lógica, razonada y conforme a las normas constitucionales y legales, así como con arreglo a los hechos y petitorios de las partes; por tanto, una motivación adecuada y suficiente comprende tanto la motivación de hecho o *in factum* (en el que se establecen los hechos probados y no probados mediante la *valoración conjunta y razonada de las pruebas* incorporadas al proceso, sea a petición de parte como de oficio, subsumiéndolos en los supuestos fácticos de la norma) y la motivación de derecho o *in jure* (en el que se selecciona la norma jurídica pertinente y se efectúa una adecuada interpretación de la misma)". Casación No. 5080-2006-Arequipa.

211 "El principio de unidad del material probatorio, establece que todos los medios aportados al proceso forman una unidad y como tal deben ser examinados y valorados, confrontando uno a uno todos los medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme". Casación No. 810-2004-Arequipa, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.09.05.

los hechos del proceso lo debemos a la posibilidad mental que tenemos de hacer labor inductiva, lo mismo sucede cuando hacemos actividad mental deductiva, por ejemplo de las reglas de experiencia.

La valoración razonada del material probatorio evita la emisión de decisiones judiciales *arbitrarias y absurdas*.

Se entiende por *sentencia arbitraria* a la decisión que no se condicen con las pruebas aportadas en el proceso sino que forman parte de la voluntad unilateral y antojadiza del juez, es decir, las que ponen de manifiesto la omisión del deber esencial en su función: valorar la prueba. También lo son aquellas que no tienen ningún tipo de respaldo legal. Lo son de igual forma aquellas decisiones que se sustentan en una valoración parcial o sesgada del material probatorio o las que hacen valoración aislada, fragmentada de los medios de prueba sin integrarlos con criterio de unidad. Reciben igual criterio las sentencias que ignorar los indicios y presunciones que emergen del material probatorio.

Se usa el vocablo *sentencia arbitraria* (utilizando un adjetivo) para descalificar una sentencia que puede haber incurrido en algunas de las irregularidades antes mencionadas (o en otras similares) las cuales indudablemente afectan el *derecho al debido proceso* de las partes. Fundamentalmente la sentencia es arbitraria cuando el juez va mucho más allá de la facultad que le asigna el ordenamiento procesal para *valor libremente* y darle a cada prueba aportada el valor que su criterio le aconseje. Es decir cuando el arbitrio que tiene el juez se convierte en arbitrariedad.

Las sentencias también pueden estar afectadas por el *vicio del absurdo*, son aquellas decisiones que contienen graves errores de raciocinio, sentencias en las cuales se llegan a conclusiones contradictorias. Por ejemplo sentencias que afirman que se encuentra probado en el proceso un hecho fundamental para resolver el conflicto y a la vez niegan la existencia del mismo. Los vicios del absurdo en la valoración del material probatorio se ponen en evidencia cuando los errores de raciocinio quebrantan abiertamente los *principios lógicos* que rigen la estructura de la sentencia: de la razón suficiente, de no contradicción, de identidad, del tercero excluido. El juez al expresar las conclusiones a las que llegó después de valorar el material probatorio de forma integral debe comunicar a las partes su decisión por escrito, para ello debe expresar su pensamiento de forma lógica.

En consecuencia tenemos que la valoración de la prueba debe ser razonada, restando validez al acto jurisdiccional cuando esta actividad excede los límites de razonabilidad, es decir es irracional.

De otro lado, se exige igualmente que la valoración realizada por el juez sobre el material probatorio deba ser *conjunta, integral o global; estudio crítico de conjunto* prefiere llamarle Devis ECHANDÍA.²¹²

212 Nuestra jurisprudencia se ha referido al principio de unidad de prueba: "(...) examinada la senten-

Para una correcta *valoración conjunta* del material probatorio consideramos que el juez debe embarcarse en una operación que considere los siguientes pasos²¹³:

- a) *Determinar con qué medios de prueba validamente aportados en el proceso cuenta.* Considerando la posibilidad de la existencia de prueba ilícita. Haciendo el análisis minucioso y concienzudo de cada una de ellas, sin perder de vista que forman parte de la idea de conjunto. Cada prueba se examina separadamente y en forma conjunta también. La valoración aislada del material probatorio nos puede llevar a sentencias arbitrarias, por ello se exige que ésta sea global, llamada también en doctrina como "masa de pruebas".
- b) *Confrontar los medios de prueba, unos con otros.* Aquí es donde el juez prefiere unas pruebas dejando de lado otras, por incompatibilidad. No debe olvidar en esta etapa tomar en cuenta las posiciones de las partes y los puntos fijados como controvertidos, para ver que pruebas sirven para determinar hechos probados y no probados con relación al proceso en particular.
- c) *Establecer las conclusiones a las que arriba después de confrontar los medios de prueba.* No todas las pruebas del proceso le va a servir para justificar su decisión, sólo mencionará las que esenciales, aquellas en las que se apoya sus conclusiones, pero sin dejar de mencionar que las pruebas no decisivas para resolver fueron también valoradas por lo que no se precisa mencionarlas.

cia impugnada, se advierte que se ha efectuado una indebida valoración del empoce entregado por el recurrente al banco demandante, por la suma de veintiséis mil dólares, que obra de fojas doscientos treinta, doscientos treinta y uno y doscientos, que, si bien dicho medio probatorio ha sido presentado después de haberse interpuesto el recurso de apelación en segunda instancia, ha sido presentado antes de haberse expedido la sentencia impugnada y, por el principio de la unidad de la prueba, dicho medio probatorio debió ser debidamente valorado por el Colegiado Superior". Casación No. 618-2006-Lima, publicada el 01.02.07. Aunque en otra resolución se ha referido a la valoración conjunta: "(...) revisada la resolución impugnada en casación se constata que la citada Sala Superior al dirimir la presente controversia ha valorado los medios probatorios a que se refieren los puntos 3.1, 3.6 y 3.7, los mismos que corren en autos a fojas seis, cuarenta y dos y noventa y cuatro, siendo que las demás pruebas glosadas corroboran la posición de la accionante al postular la incoada y que ha sido amparada por los organismos de mérito al decidir la litis, en el sentido de que la actora es la propietaria del inmueble cuya desocupación y entrega ha demandado a través de la presente acción. Por lo que la resolución impugnada no infringe el principio de libre valoración de la prueba – sustento del medio impugnatorio propuesto- que exige del operador jurisdiccional que todos los medios probatorios actuados en el interior de un juicio sean valorados en forma conjunta. Consecuentemente, el presente recurso impugnatorio debe desestimarse por infundado pues no se constata la trasgresión al debido proceso en los términos denunciados." Casación No. 774 – 2006- Piura, publicada el 01.02.07.

- 213 Devis ECHANDÍA citando a GORPHE señala una triple tarea: fijar los diversos elementos de prueba, confrontarlos para verificar y apreciar su verosimilitud, y, por último sacar la conclusión del conjunto sintético y coherente de que ellos resulte. Para ello debe utilizar un método crítico de conjunto y al mismo tiempo analítico, que se aplica de distinto modo a cada medio de prueba, pero que debe ser lo bastante general para referirse a la totalidad y lo suficientemente sistemático para comprender las relaciones entre todos los elementos, sin limitarse a analizar su exclusiva significación directa, sino teniendo en cuenta las necesarias conexiones, concordancias o discrepancias con los demás. Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 292.

No interesa quien aportó la prueba, pues ella pertenece al proceso (principio de comunidad o adquisición). Es aquí donde aparece la convicción, es decir el convencimiento de la verdad de los hechos a la que llegó el juez con el análisis y contrastación del material probatorio

- d) *Expresar por escrito las conclusiones a las que arribó,* respetando las reglas del buen pensar el juez debe indicar como llegó a la conclusión que pretende comunicar. El lenguaje con el que llegue a los destinatarios de su decisión es importante.

Es definitivo que en la *valoración conjunta y razonada* del material probatorio la operación que realiza el juez es absolutamente compleja²¹⁴ pues en ella participa no solo su conocimiento del ordenamiento jurídico para definir la norma jurídica aplicable, sino también la lógica, las máximas de experiencia, las reglas de la sana crítica, el factor psicológico del juez, conocimientos sociológicos, conocimientos técnicos proporcionados por peritos, etc.

Por ello Devis ECHANDÍA define a la apreciación de la prueba como una actividad intelectual del juez, para medir la fuerza de convicción que en ella puede existir, y en este sentido es evidente la identidad del proceso de prueba con el proceso normal del pensamiento. Pero no solo una actividad lógico-mental, sino psicológica y técnica.²¹⁵ La valoración trata, pues, de conseguir una *verdad formal*, es decir una *verdad operativa* que sirva para el proceso y justifique y legitime el sentido de la sentencia.²¹⁶

Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados respecto de la que es función de tales medios, función que puede ser, según el sistema de valoración que el ordenamiento establezca, originar convicción en el juzgador o permitirle fijar formalmente el hecho como establecido a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso. Dicho de otro modo: operación para determinar si se considera probado por el juzgador el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar.²¹⁷ Las pruebas se valoran al final del proceso. En efecto, las partes

- 214 COUTURE habla de "una compleja operación", que comprende "multitud de operaciones de experiencia jurídica". En otro lugar define las reglas de la sana crítica, aplicables a toda clase de pruebas, como ciertas medidas de comportamiento social conocidas por la experiencia del juez, y denomina el actual periodo de la evolución histórica de la prueba testimonial, "como psicológico o científico". De esto concluye que "la sentencia no es una operación de pura lógica jurídica, ni el juez es una máquina de razonar. La sentencia es una operación humana, con todos sus riesgos y todas sus excelencias, y su valor como tal dependerá siempre, en último término, de lo que valga el juez como hombre y como ciudadano. KISCH dice que para apreciar la prueba "es necesario poseer una multitud de reglas de experiencia sociales y psicológicas, cuyo conjunto forma lo que muy puede llamarse conocimiento de la vida y de los hombres". Ambos autores citados por Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Pág. 289.

- 215 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo I. Pág. 286.

- 216 GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 214.

- 217 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 393.

son "dueñas" de las fuentes de prueba y al juez le corresponde introducirlas en el proceso con la admisión de los medios de prueba. Pero una vez introducidas en el proceso, las fuentes, que eran de las partes, dejarán de serlo y se encuentran a disposición del juez para su valoración. Una vez adquirida la prueba por cualesquiera de las partes (principio de adquisición procesal), el juez inicia el proceso mental de valoración.²¹⁸

Pero en esta etapa final de la prueba, referida a la valoración, como una actividad exclusiva del juzgador, se pueden cometer errores que pueden estar sustentados en lo que la doctrina ha denominado falta de valoración o indebida valoración. Sobre este particular se ha pronunciado nuestra Corte Suprema en la Casación No. 4618-2006-Arequipa.²¹⁹

17. INDICIO O PRUEBA INDICIARIA

Nuestro CPC al desarrollar el Capítulo sobre los *indicios y presunciones* se refiere a los *sucedáneos de los medios de prueba*, entendiendo que éstos forman parte de este género. Ello se infiere del contenido del artículo 275 de nuestro Código

218 LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". Op. Citada. Pág. 29.

219 "(...) respecto de la valoración de las pruebas, es menester indicar que el operador de justicia puede incurrir en dos situaciones al momento de valorar la prueba, siendo estas: su *falta de valoración* o su *indebida valoración*, lo que se colige de lo dispuesto por el artículo 197 del CPC, pues en el primer caso se da por la falta de percepción o la omisión de valorar la prueba admitida y considerada como dirimente o esencial para el esclarecimiento de los hechos lo que puede generar errores en la logicidad que repercuten en la garantía del debido proceso, mientras que en el caso de la indebida valoración de las pruebas, vale citar al procesalista Devis Echandía, quien, respecto al principio de valoración de la prueba señala: "no se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba". Es así que en la sentencia de vista se denota la existencia de una indebida valoración de la prueba...". También tenemos la Casación No. 1893-2007-Lima. "(...) resulta pertinente detenerse en el principio de "debida valoración" de los medios probatorios actuados; pues si el derecho a probar, como establece el citado artículo 188 del código adjetivo, tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, resultaría "una garantía ilusoria y meramente ritualista" si el juzgador no apreciara adecuadamente (razonadamente) el material probatorio dando lugar a una sentencia irregular o arbitraria, lo cual, según señala el profesor Morello, consume un estudio parcial, ilógico o inequitativo del caudal fáctico; en particular si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo por ende una apreciación crítica de ella y que una labor aislada de probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad (Morello, Augusto Mario. La Prueba. Tendencias modernas, Buenos Aires, mil novecientos noventa y uno, página ciento cincuenta y nueve, con motivo de una jurisprudencia argentina). En consecuencia, debe recurrirse a dos instrumentos básicos que tienen que ver con el principio antes anotado, el criterio de unidad del bagaje probatorio y la sana crítica (valoración razonada del juez), a efecto de determinar si la sentencia expedida por la sala superior ha observado el principio antes mencionado atendiendo los cargos admitidos".

"los *sucedáneos* son *auxilios* establecidos por la ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos". Corroborado con el contenido del numeral 191 que señala "todos los medios de prueba, así como sus *sucedáneos*... son *idóneos* para lograr la finalidad... Los *sucedáneos* de los medios probatorios complementan la obtención de la finalidad de éstos".

La doctrina no tiene mucho apego a la denominación de *sucedáneos* aunque algunos autores han conceptualizado a los *sucedáneos* de los medios de prueba²²⁰, más por el contrario trata a los *indicios* y *presunciones* de manera separada, nosotros haremos lo mismo en su tratamiento, es decir, estudiaremos separadamente al indicio y a las presunciones, con el simple propósito metodológico.²²¹

El vocablo *indicio* viene del latín *indicium* que deriva a su vez de *indicare* (de la contracción *inde dicere*) que de manera general significa indicar, mostrar o hacer conocer algo. Los *indicios* tienen larga data en cuanto a su uso, desde siempre fueron usados por el ser humano, inclusive en actividades cotidianas y de convivencia.

Para descifrar el motivo de la muerte de un miembro de la comunidad y descubrir a su autor, las sociedades primitivas usaban la prueba indiciaria, tomaban en cuenta por ejemplo la posición y circunstancias en las que se encontraba un cadáver, por la ropa que vestía o por las señas y huellas que se le encontraba, datos que podía *indicar* quien lo mató o de que forma murió.

220 Sentis Melendo nos dice que los *sucedáneos* "son aquellas manifestaciones procesales que, a falta de pruebas o mediatizando éstas, nos dan la posibilidad de establecer o poner, como base de la sentencia, unos elementos fácticos que no son el resultado de una prueba sino, más exactamente de la ausencia de ésta o de una especial manifestación de esta..." SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba*. Los grandes temas de derecho probatorio. Op. citada. Pág. 115.

221 "(...) la recurrente sostiene que los juzgadores debieron tomar en cuenta la conducta procesal de la demandante ante la contradicción incurrida en la Audiencia de Pruebas, en la que señaló tener en su poder el original del contrato de compra venta, debiendo aplicarse los *sucedáneos de los medios probatorios*. Sin embargo, como el mismo demandante lo admite implícitamente, sólo en dicha ocasión – y en ninguna otra más a lo largo del proceso-la demandada afirmó que sí contaba con el original, pero también es cierto que más adelante, en la misma Audiencia, dicha parte ratificó lo contrario, es decir, que no cuenta con el documento original de compra venta, por lo que lo consignado en el acta al actuarse la prueba de exhibición, debe ser valorado con prudencia y corroborado con otros elementos de juicio que permitan crear convicción al Juzgador sobre la verdad de los hechos alegados. Si bien es cierto que los *sucedáneos de los medios probatorios* tienen como finalidad, entre otros, sustituir el valor o alcance de los medios probatorios, la *presunción* basada en la conducta procesal de una de las partes requiere de un análisis de dicha conducta a lo largo del proceso y, particularmente, cuando ésta manifiesta notoriamente la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios u otras actitudes de obstrucción, tal como lo establece el artículo doscientos ochenta y dos del Código Procesal Civil. En tal sentido, no basta la sola afirmación de la codemandada consignada en el acta de Audiencia de Pruebas, en el sentido que tendría en su poder el original del contrato de compra venta, pues ello no prueba la falsificación alegada por la demandante y menos la manifiesta y notoria falta de cooperación en la actuación de las pruebas". Casación No. 1340-2007-Lima Norte, publicada el 26.11.07.

ALSINA define como indicio a todo rastro, vestigio, huella, circunstancia o hecho conocido en general que debidamente comprobado es susceptible de llevar, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido²²².

Devis ECHANDÍA entiende por indicio a un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos²²³.

Para PARRA QUIJANO el indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado, porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro. *Ordus onius ad aliud*. Un orden de una cosa hacia otra. Ese mutuo "ser uno hacia el otro" de los hechos ha de ser de naturaleza real, objetiva. No es necesario -agrega- incluir en la definición las reglas de la experiencia, ya que éstas son instrumentos que se utilizan para valorar absolutamente todos los medios probatorios.²²⁴

Tenemos entonces que cuando un *hecho importante del proceso* no se puede probar *de forma directa* con el contenido de un medio de prueba²²⁵ (un documento por ejemplo en el que se encuentra contenido), debemos recurrir a una operación lógica, crítica, compleja por la cual basándonos en un *hecho conocido y probado en el proceso*, utilizando la *inferencia*, llegamos a *otro hecho desconocido*, toda esta actividad se realiza para determinar la existencia del hecho desconocido, cuya existencia se presume.

En el indicio siempre *hay un hecho que se quiere probar* (pero no se puede de forma simple, con pruebas directas), este hecho además *no es conocido* (por el juez

directamente), pero que se *presume existió* en un momento y lugar determinado, *su existencia se deduce de otro hecho del proceso previamente probado*, para ello se requiere de una *operación lógica que debe realizar el juez*, la cual le facilita la tarea para concluir sobre la existencia o inexistencia de aquel hecho desconocido que se deriva de un hecho ya probado.

Por ello consideramos que lo más destacado en el indicio no es el hecho probado del cual se parte para determinar un hecho desconocido, pero trascendente, *sino lo es la actividad intelectual* que realiza el juez para llegar a tal conclusión. Rescatamos la operación lógica-crítica que realiza el juzgador, pues si se realiza erróneamente se puede colisionar muchas veces con la *conjetura*.²²⁶ Si esta actividad del juez se hace correctamente no habrá posibilidad confundir el indicio de *la mera sospecha o conjetura*.²²⁷ Aunque se podría decir que dicha actividad la realiza el juez para valorar cualquier medio de prueba, pero creo que en la prueba indiciaria el juez refina su capacidad intelectual, pues es una tarea más delicada y difícil cuando nos encontramos frente a indicios.²²⁸

222 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Editorial Ediar. Bs. As. 1965. Tomo III. Pág. 683.

223 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 587.

224 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Editorial Ediciones Librería del Profesional. Tomo IV. Bogotá 1992. Pág. 20.

225 Trazegnies Granda precisa que paradójicamente, las necesidades de la vida moderna han llevado a replantear un tipo de prueba que se usó en épocas primitivas y que ahora vuelve a presentarse – tímidamente y con la necesaria precaución – en el Derecho Moderno: la prueba indiciaria. Existen en algunos campos en los cuales la prueba directa de los hechos que dan lugar a la aplicación de una norma, se hace muy difícil; y es por ello que para garantizar el orden, se hace necesario el intento de conocer la verdad a través de los indicios. De alguna manera pues parece –y lo es, si se la utiliza mal– un retroceso frente a la rigurosidad extrema de la prueba clásica, donde como se ha visto, todo aquel que alega algo está obligado a probarlo y nadie puede ser condenado sin prueba o con pruebas que admitan una duda razonable. Pero en realidad la prueba indiciaria –también llamada prueba por presunciones– no es una mera aplicación de la amplia discrecionalidad (y consiguiente arbitrariedad) del juez primitivo sino una re-creación de la institución dentro de un marco moderno, asentándola sobre ciertos requisitos sine qua non, muy severos, que eviten caer en la arbitrariedad tan contraria a la seguridad y previsibilidad que exige la sociedad de mercado. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la prueba indiciaria. En www.macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.

226 La sentencia del TC de España ha señalado con precisión "el único modo de distinguir entre la verdadera prueba de indicios y las meras sospechas o conjetura, es comprobar que el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido es coherente, lógico y racional. La falta de concordancia con las reglas del criterio humano o, en otros términos, la irrazonabilidad, se puede producir, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, cuando por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia..." STC 109/2002 del 06.05.02, Recurso de Amparo 1737/00 en Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología en <http://crimet.ugr.es/recpc>.

227 El Tribunal Constitucional Español nos grafica en un caso concreto cuando se produce un error en la inferencia generándose una conjetura "en efecto, de los hechos plenamente acreditados tomados como indicios, es decir, la conducción por el demandante de amparo de un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la inmovilización del mismo y su retirada sin la preceptiva autorización del lugar en el que se encontraba inmovilizado por el demandante de amparo y su esposa, no cabe deducir necesariamente que fue el ahora recurrente en amparo quien lo condujo en el momento de retirarlo ni, menos aun, que lo condujo bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La inferencia alcanzada por los órganos jurisdiccionales respecto a la apreciada continuidad delictiva resulta inadmisible en términos constitucionales, tanto desde el enfoque de su lógica y coherencia, en tanto los indicios acreditados no llevan naturalmente a la conducta que se le atribuye al demandante de amparo, como desde el punto de vista del grado de solidez requerido, pues la conclusión que de aquella inferencia se deriva resulta excesivamente abierta, endeble e indeterminada, máxime si, al contrario de lo que se hizo, se hubiera tenido en cuenta los contraindicios aportados por el ahora demandante de amparo, en concreto, la declaración prestada por su esposa en el acto del juicio, quien, corroborando la versión del recurrente en amparo, manifestó que había sido ella quien había conducido el vehículo al retirarlo del lugar en el que se encontraba inmovilizado. STC 137/2005 del 23.05.05, Recurso de Amparo 7315-2003 en www.tribunalconstitucional.es.

228 Fernando de TRAZEGNIES con respecto a la posibilidad de incurrir en conjeturas y la forma de evitarlo nos dice "desde el punto de vista práctico, la primera pregunta que debemos hacernos frente al razonamiento conjetural de una prueba indiciaria es el siguiente: ¿están efectivamente probados esos hechos que pretendemos usar como indicios? ¿Han sido probados esos hechos mediante pruebas directas e inmediatas? A continuación debemos preguntarnos: ¿Es verdaderamente posible que los hechos demostrados puedan conducirnos aquello que se pretende probar en última instancia? Pero luego viene una tercera pregunta tanto o más importante que las dos primeras:

La trilogía hasta aquí considerada fue expresada por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 00728-2008-PHC/TC, es decir, los pasos que se deben seguir para lograr el propósito de la prueba indiciaria: "Así, el modelo de la motivación respecto de la prueba indiciaria se desarrollará según la siguiente secuencia: *hecho inicial-máxima de la experiencia-hecho final*. O si se quiere, *hecho conocido-inferencia lógica-hecho desconocido*". Proponiendo el siguiente ejemplo en el que se grafican los tres momentos: "A testifica que ha visto a B salir muy presuroso y temeroso de la casa de C con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que éste fuese hallado muerto de una cuchillada (*hecho base*). De acuerdo a la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (*razonamiento deductivo*). Al haber sido hallado muerto C producto de una cuchillada, podemos inferir que B ha matado a C (*hecho consecuencia*). Esto último es consecuencia del hecho base.

Jorge Rosas nos presenta una definición de la prueba en materia penal donde tiene mucha aplicación la prueba indiciaria "la prueba indiciaria, conocida también como prueba indirecta, es la que se dirige a mostrar la certeza de un (os) hecho (s) (indicios), explicitando a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar; y éstos están relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contraindicios".²²⁹

En el sistema continental – sostiene Rosas Castañeda- la prueba indirecta es conocida como prueba indiciaria o presunción indiciaria, ya que, se llega a la comprobación de un hecho de manera indirecta. La prueba indiciaria es una construcción basada en un razonamiento deductivo, por el cual sobre la comprobación de un hecho base se infiere lógicamente un hecho consecuencia o inferido, estableciendo de esta manera responsabilidad penal del acusado.²³⁰

En la doctrina existe una gran discusión sobre el *indicio*, para algunos el indicio es un hecho, pero para otros el indicio es un medio de prueba, por ello es que cotidianamente se menciona a la *prueba indiciaria*.²³¹ Aunque la doctrina especializada

¿Esos hechos llamados indicios nos conducen necesariamente a la hipótesis que quiere ser probada o hay otras alternativas posibles? En otras palabras, dados esos hechos ¿existe sólo una posibilidad conjetural o, por el contrario, esos hechos pueden ser explicados de otras maneras diferentes a la hipótesis que se pretende demostrar? TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Teoría de la prueba indiciaria. En www.macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafad.

229 ROSAS YATACO, Jorge. Prueba indiciaria: doctrina y jurisprudencia nacional. Reforma del proceso penal peruano. Anuario de Derecho Penal 2004.

230 ROSAS CASTAÑEDA, Juan Antonio. "Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado". En www.porticolegal.com/pa_articulo.php?refe=285.

231 Marinoni refiere que no es rara la confusión entre *hecho indiciario*, *prueba indiciaria*, *raciocinio presuntivo*, *presunción* y *juicio*. El hecho indiciario, sólo se puede comparar al hecho principal. Es que el hecho indiciario, al que también se le llama indicio, es al igual que el hecho principal, un

ha sabido distinguirse entre indicio la prueba indiciaria.²³²

Defiende la tesis del indicio como hecho Vishinski al señalar que lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba por sí, sino unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan las pruebas indirectas es importantísimo establecer la conexión de unos hechos con otros.

MITTERMAIER citado por PARRA QUIJANO señala que un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que uno llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al hecho desconocido.²³³

El indicio en realidad no está integrado por un hecho, que se le puede llamar *hecho indiciario* o *indicio*, pues por sí solo no muestra otro hecho, requiere de la prueba indiciaria y de la actividad mental del juez para llegar a la conclusión. Pero debemos rescatar que el indicio no es un hecho cualquiera sino un hecho con ca-

mero hecho. Cuando se alega este hecho, se debe demostrar a quien lo juzga que la prueba será importante para la formación de un juicio de procedencia. El indicio no es la prueba. La prueba indiciaria, como cualquier otro tipo de prueba, recae sobre una afirmación de hecho. La peculiaridad de la prueba indiciaria está en que recae en un hecho que es indiciario, es decir, sobre un indicio. Por consiguiente, es necesario recalcar la diferencia de los conceptos *hecho indiciario*, la prueba destinada a demostrarlo –llamada de *prueba indiciaria*–, y *raciocinio presuntivo*, que es el medio por el cual aquél que juzga raciona para que a parte de un hecho indiciario, se llegue a una *presunción*. Explicándolo mejor: el juez a partir de una alegación de hecho (hecho indiciario) y de su prueba, raciona (de forma presuntiva) para llegar a una conclusión (presunción). En www.jus2.uol.com.br/doutrina.

232 En sede nacional el maestro penalista Mixán Mass ha señalado que la diferencia entre indicio y prueba indiciaria es ineludible. En efecto, prueba indiciaria (o prueba por indicios) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicios (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, *presunción del juez* o *presunción del hombre*), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que se conoce como *hecho indicado* o *dato indicado*). MIXÁN MASS, Florencio. La prueba indiciaria. Editorial BGL, Trujillo, 1992. Pág. 10. Otra opinión importante en este tema es la Dellepiane que contrasta la figura del indicio con la prueba indiciaria, señala el indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el indicio, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. De manera que el indicio, si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba. Para que ello acontezca, es necesario que este sea sometido a un raciocinio inferencial, que permita llegar a una conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Recién en este estado podemos hablar de prueba indiciaria. DELLEPIANE, Antonio. La nueva teoría de la prueba. Editorial Temis. Bogotá 1994. Pág. 57. De lo que se puede inferir como idea propia que nos encontramos ante un contenido (indicio) y continente (prueba indiciaria), el indicio por sí sólo no es suficiente para arribar a determinada conclusión, requiere de otros elementos que proporciona la prueba indiciaria, por ello entendemos que la prueba indiciaria está configurada por el hecho indiciario, la inferencia lógica y el hecho indicado o aparición del hecho que se buscaba. Por lo cual, el indicio sólo es una parte de esta complicada tarea de juzgar a través de la prueba indiciaria o prueba indirecta.

233 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 17.

racterísticas especiales, pues de él se puede arribar a otro hecho, pero gracias a la actividad cognitiva (deductiva y basada en la experiencia) del juez.

Por ello es que mayoritariamente la Doctrina se ha puesto de acuerdo para señalar que el indicio en realidad es un medio de prueba²³⁴. Aunque se trata de un medio de prueba que no muestra directamente el hecho, es decir que no es representativo, sino que por el contrario lo indica, lo muestra, se deduce. Ello significa que el juez no puede observar directamente el hecho, este hecho no aparece representado (es decir no hay medio de prueba directa que lo represente, como el documento o testimonio), sin embargo, este hecho lo puede llevar a encontrar otro hecho que requiere probar.

En la tesis del indicio como medio de prueba el aporte de Devis ECHANDÍA es importante pues señala que cuando el legislador autoriza al juez para considerar cierto un hecho si existe "prueba de indicios" y cuando este declara en su sentencia que existe tal prueba, se refieren al resultado del medio probatorio, es decir a que en virtud del indicio necesario o del conjunto de indicios contingentes, debidamente establecidos en el proceso, existe la certeza o el pleno convencimiento del tal hecho.²³⁵

Aun se mantienen las posiciones de la doctrina que desconocen su calidad de medio de prueba para considerarlo como objeto de prueba u operación mental. Así tenemos a Eugenio FLORIÁN²³⁶ que señala que el indicio puede ser considerado de dos puntos de vista: por un lado se vincula al concepto de objeto de prueba y precisamente queda comprendido dentro del concepto de la prueba indirecta; y por otro, expresa el resultado de una operación mental, de una inducción lógica y psicológica, lo que desemboca en una apreciación y pertenece, consiguientemente a la valoración de la prueba. ROSENBERG también niega la calidad de medio de prueba a los indicios para considerarlos como argumentos obtenidos de las afirmaciones de las partes o de las pruebas.

El indicio conforme se puede deducir de lo expuesto hasta aquí, tiene tres momentos importantes, dejando constancia que la prueba indiciaria se presenta como un proceso complejo pero indivisible, donde confluyen las etapas²³⁷ que menciona-

234 Precisa Víctor DE SANTO que la mayoría de los autores, cuya opinión comparte, atribuyen a los indicios el carácter de medio de prueba. Agrega los indicios son una prueba crítica o lógica e indirecta. En efecto no puede ser una prueba histórica ni representativa del hecho indicado porque de lo contrario su valor probatorio consistiría en esa representación y entonces si consistiese en un objeto o una cosa representativa se trataría de un documento, y consistiría en una declaración sería un testimonio, una confesión o una pericia. Víctor DE SANTO. La prueba judicial, teórica y práctica. Editorial Universidad. Bs. As. 1992. Pág. 671.

235 Devis ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 588.

236 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Editorial Temis. Bogotá 1968. Tomo I. Pág. 130.

237 VARELA nos habla de la eficacia de los indicios señalando que se requiere para ello: a) necesidad de realidad del hecho indicador y la imposibilidad de que la conexión lógica entre éste y el indicado sean obra del azar o de la casualidad; b) debe ser clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador o su conjunto y el indicado; c) existencia de pluralidad de indicios en el caso de

remos, pero no de manera aislada sino más bien vinculadas²³⁸:

- a) *Establecer el hecho indiciario*, esta actividad consiste en que el juez determina el hecho indicante, el hecho indicador, el cual lo llevará a presumir la existencia de otro hecho, desconocido, pero cuya existencia requiere probar para resolver el conflicto. Ello implica que en el proceso no existe una prueba directa que le permite representar de forma correcta como sucedieron los hechos que dieron origen al conflicto.

Definitivamente el hecho probado debe estar relacionado de manera directa con el hecho investigado, deben estar conectados (conexión lógica). Además debe tenerse mucho cuidado que el hecho probado en el proceso se haya obtenido de manera regular, es decir que se trate de medios de prueba que demuestren el hecho indiciario debidamente admitidas y actuadas, que no se trata de un hecho indiciario obtenido de forma irregular, es decir con prueba ilícita.

En un proceso de nulidad de acto jurídico por simulación, el hecho indiciario, corresponde a un hecho o conjunto de hechos ya probados en el proceso, así podemos encontrar como hechos indiciarios a: la posesión que ejerce el demandado vendedor sobre el predio objeto de *litis*, el mantener los servicios del inmueble bajo su titularidad (agua, luz, teléfono, cable, Internet), el comprador demandado sigue viviendo en inmueble alquilado, es decir, no ocupa el bien adquirido, los impuestos del predio se siguen pagando a nombre del anterior propietario, el documento de identidad del vendedor demandado mantiene como domicilio el inmueble sub *litis*, el vendedor se sigue comportando como dueño del predio, el abogado del demandado transferente es el mismo del comprador demandado, tienen el mismo domicilio procesal, entre otros.

contingentes, dado que éstos basados en los principios de causalidad, identidad o analogía, de acuerdo con la manera corriente de suceder de las cosas, no representan, considerados individualmente, la imposibilidad de que obedezcan a la causalidad o al azar; d) los indicios contingentes deben ser, además, graves, concurrentes o concordantes y convergentes; e) la inexistencia de *contraindicios* que no puedan descartarse razonablemente de otros elementos de prueba que resten eficacia a la de indicios; f) reunidos todos los requisitos enunciados, cabe la posibilidad de obtener una conclusión final dotada de certidumbre y que aparezca como un resultado lógico e inmediato del desarrollo de un proceso mental dinámico basado en las inferencias que surjan de los rastros o vestigios indicadores del hecho comprobado. VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Editorial Astrea. Bs.As. 2004. Pág. 179.

238 En materia penal el Tribunal Constitucional de España ha señalado como requisitos que debe reunir la prueba indiciaria "para que pueda otorgársele validez a los mencionados efectos de desvirtuar la presunción de inocencia inicialmente obrante a favor de todo acusado en un procedimiento penal. Tales requisitos son los siguientes: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados; y b) los hechos constitutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que, en principio debe quedar explicitado en la sentencia, se manera que la función que corresponde a este Tribunal, cuando de prueba indiciaria se trata, es la de examinar externamente si la inferencia a que han llegado los órganos jurisdiccionales para fundamentar la condena a partir de ciertos hechos acreditados ha sido o no obtenida a través de un discurso lógico y coherente...". STC 387/2003 del 01.12.03, Recurso de Amparo 5109-2002 en www.tribunalconstitucional.es.

El objeto de prueba en este proceso es determinar la existencia de la simulación como causal de nulidad, pero a ella no se puede llegar por prueba directas y no son suficientes los hechos probados que por si solos, no determinan la existencia o inexistencia de la causal invocada.

- b) *La actividad de inferencia lógica*, en esta parte que es la más importante de la prueba indiciaria el juez realiza una operación mental de inferencia, es la parte del razonamiento del juez. Donde a partir de un hecho o conjunto de hechos probados²³⁹ llega a una conclusión: la existencia de un hecho desconocido, no probado en el proceso de forma directa.

En esta operación mental del juez busca establecer *una relación de causalidad* entre el hecho conocido y probado en el proceso y el hecho desconocido. La operación lógica, crítica y compleja que realiza el juez busca demostrar otro hecho. Por ello se dice que "el indicio es un hecho que narra otro hecho".

En la prueba indiciaria el juez no puede ver directamente el hecho que investiga y no hay hechos que lo representen de forma directa, sino que hay hechos que pueden estar vinculados con este hecho, al cual llegará con la operación mental. Por ello la doctrina la reconoce como una prueba indirecta²⁴⁰ por excelencia.

En esta actividad lógica crítica el juez (como en la valoración de cualquier otro medio de prueba) usa las reglas de la experiencia con respecto al hecho

239 José CALVO precisa sobre la problemática que presentan los indicios señala una de carácter material o sustantivo: que no debe tratarse de un solo indicio (*indicium anus, indicium nullus*), pues necesariamente han de ser múltiples, dependiendo de las circunstancias su cualificación o número, cifrando esa pluralidad en un mínimo de dos, graves o concluyentes, que se presenten concordantes en apuntar hacia una misma dirección, bien que pudiendo basta excepcionalmente la unicidad, cuando ese único indicio revista una relevancia "de especial significación". Creo que el sentido atribuible a esa unicidad, siempre excepcional, admite dos posible interpretaciones: que el indicio único se ofrezca con intrínseca capacidad para desarrollar, por vía periférica aunque no desconectada una inferencia presuntiva articulada en el concatenamiento o imbricación seriada y derivativamente acumulable de concausas desprendibles del tipo "en cascada", interrelacionadas a otros indicios sobreentendidos en su propio modo de ser, o que aquel indicio único conduzca a una inferencia presuntiva de carácter forzoso como articulada desde una ley científica en la que la conclusión causal no pueda separar por ser excluyente de toda otra causalidad probable. CALVO GONZÁLES, JOSÉ. *Hechos difíciles y razonamiento probatorio* (sobre la prueba de los hechos disipados) en <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/hechos.doc>. Por su parte KIELMANOVICH señala que la prueba indiciaria no necesariamente exige una pluralidad de indicios que por su precisión, gravedad o concordancia pueden formar la convicción del juez. Puede existir contrariamente un solo indicio, del cual pueda ser argüido lógicamente "el hecho relevante para el juicio", pues en un sistema de valoración de la prueba regido por el sistema de la "sana crítica" su eficacia dependerá antes de su número, del sentido común del magistrado. KIELMANOVICH Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Bs. As. 2004. Pág. 656.

240 Hablamos de prueba directa cuando el conocimiento o la relación que existe entre el objeto de la prueba y el juez, destinatario de la prueba, es directa y sin intermediarios. Hablamos de prueba indirecta, consiguientemente, cuando el juez tiene, conocimiento o relación con el objeto de la prueba a través de hechos, de cosas o de personas. Se habla de prueba indirecta cuando la prueba del hecho principal se hace mediante la prueba de otros hechos que dados suponen la existencia de aquél (presunciones). GIMENO SENDRA, VICENTE. Op. Citada. Pág. 202.

conocido, para inferir (la inferencia implica una actividad deductiva-inductiva y inductiva-deductiva, la inducción y deducción son operaciones que se confunden en esta actividad lógica crítica²⁴¹) la existencia de otro hecho aun desconocido.

En el ejemplo precisado el juez valora el hecho indiciario o el conjunto de ellos basándose en las reglas de la experiencia, con sentido crítico y lógico, preguntándose por qué el transferente continúa ocupando el predio sub *litis* si ya lo vendió, por qué su comprador sigue viviendo en morada alquilada si es dueño del predio sub materia, por qué los servicios continúan a nombre del transferente, entre otras interrogantes

- c) *Aparición del hecho desconocido*, llamado también *hecho indicado*. Es el resultado final de la actividad de inferencia lógica. Aquí aparece un hecho desconocido pero que se pretendía determinar a partir del hecho indicador. Los hechos señalados en el punto a) probados logran mostrar otro, están en capacidad de indicar la existencia de otro hecho.

En virtud a ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador el juez infiere con mayor o menor seguridad es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que se investiga: esa inferencia la conoce DEVIS ECHANDÍA como presunción judicial.

En el ejemplo propuesto de nulidad de acto jurídico por simulación, cuando el juez llega a esta etapa señala que hay un hecho que no aparecía representado en ningún medio de prueba de forma directa, pero que llegó a él haciendo un análisis crítico de otros hechos probados del proceso. En este caso *la conclusión* sería que con el estudio del hecho indiciario o del conjunto de ellos se llegó a determinar que el acto jurídico fue simulado por los demandados, que no existe el acto jurídico en la realidad, sólo en la formalidad, es decir documentalmente.

Nuestro Tribunal Constitucional no es ajeno a la preocupación general de que cuando el juez haga uso de la prueba indiciaria, la motive correctamente, así lo precisó en la STC 00728-2008-PHC/TC: "En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de instancia deberá precisar, en *primer lugar*, cuáles son los indicios probados y, en *segundo término*, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...), que el órgano judicial *explícite no sólo las conclusiones obtenidas sino también*

241 Señala LÓPEZ MORENO que en la prueba de indicios el espíritu va siempre por la vía inductiva de lo conocido a lo desconocido. A veces a lo largo y fatigoso el trayecto que necesita recorrer, los hechos intermedios, son muchos los eslabones que los unen tan sutiles, que se necesita gane perspicacia para percatarse de ellos, siendo preciso sentar principios generales, y frecuentemente también deducir de las consecuencias más o menos lógicas, para hallar el apetecido enlace. Es decir, que cuando la inducción no basta, el espíritu, sin apenas darse cuenta de ello, recurre a la deducción, sirviendo entonces de punta de enlace entre el hecho conocido y el desconocido las opiniones del que discurre. Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 24.

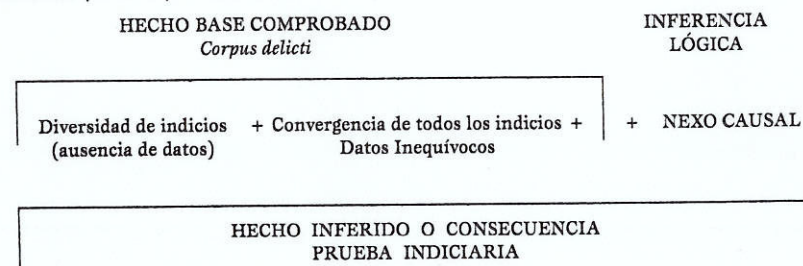
los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatare que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales" (resaltado nuestro).

Nuestra Corte Suprema también ha proporcionado una ejecutoria con carácter vinculante en materia penal en la ha precisado los requisitos mínimos para el uso adecuado de la prueba indiciaria a parti de lo desarrollado en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Recurso de Nulidad No. 1912-2005-Piura, Sala Penal Permanente): "(...) sin embargo, como se advierte de lo expuesto precedentemente, no respetó los requisitos materiales legitimadores, única manera que permite enervar el derecho a la presunción de inocencia; que sobre el particular, por ejemplo, se tiene lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en doctrina que se comparte, que la prueba por indicios no se opone a esa institución [Asuntos Pahm Hoang contra Francia, sentencia del veinticinco de setiembre de mil novecientos noventa y dos, y Telfner contra Austria, sentencia del veinte de marzo de dos mil uno]; que, en efecto, materialmente, los requisitos que han de cumplirse están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el *nexo causal y lógico* existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) éste –hecho base– ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley–, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son–, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí–; que es de acotar que no todos los indicios tienen el mismo valor, pues en función a la mayor o menor posibilidad de alternativas diversas de la configuración de los hechos –ello está en función al nivel de aproximación respecto al dato fáctico a probar– pueden clasificarse en débiles y fuertes, en que los primeros únicamente tienen un valor acompañante y dependiente de los indicios fuertes, y solos no tienen fuerza suficiente para excluir la posibilidad de que los hechos hayan ocurrido de otra manera –esa es, por ejemplo, la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve que aquí se suscribe–; que, en lo atinente a la *inducción o inferencia*, es necesario que

sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo".

Nuestro CPC no ha desarrollado de forma expresa los elementos mencionados, se ha limitado a definir el indicio en el artículo 276: "el acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia".

Para finalizar este punto compartimos un cuadro estructurado por Rosas Castañeda con respecto a la prueba indiciaria en materia penal que nos puede servir de referencia para la prueba civil.



18. PRESUNCIONES

El vocablo presunción proviene del verbo latino *praesumere*, cuyo significado es tomar antes, presentir, conjeturar²⁴², suponer. Gramaticalmente hablando el vocablo presunción se presenta como sinónimo de sospechar, conjeturar, aquí tenemos una actividad valorativa sobre un hecho sin embargo no hay ninguna seguridad o certeza de su veracidad.

La presunción implica *suponer un hecho como cierto sin tener prueba directa sobre el particular*, aunque *si existen indicios* que nos llevaron a dicha presunción. En nuestra vida diaria al igual que en la actividad probatoria presumimos sobre la existencia de algo, debido a que existen indicios que nos han conducido a sospechar sobre su existencia.

242 El Código Canónico (Dado en Roma el 25.01.83 por el Papa Juan Pablo II) en el Canon 1584 define a la presunción como "...una conjetura probable sobre una cosa incierta. Puede ser de derecho, cuando la determina la ley, o de hombre, si proviene de un razonamiento del juez". En el Canon 1586 precisa que "el juez no debe formular presunción alguna que no esté establecida por el derecho, a no ser sobre un hecho cierto y determinado que tenga relación directa con lo que es objeto de controversia". El Código Civil del Uruguay define en su artículo 1600 a las presunciones como las "consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido".

Con la presunción entonces, se puede dar por cierta una cosa sin la correspondiente prueba o sin que siquiera nos conste.

Para DEVIS ECHANDÍA la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o del hombre), con fundamento en las máximas de experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Agrega que desde otro punto de vista, cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del juez.²⁴³

SERRA DOMÍNGUEZ precisa que cuando las máximas de experiencia a utilizar para la formación de nuevas afirmaciones deban y puedan ser empleadas por el juzgador nos encontramos ante las presunciones. Si la máxima ha sido ya recogida por el legislador, surge la presunción legal. Si en cambio su elección es libre para el juzgador, la presunción es judicial.²⁴⁴

VARELA precisa las presunciones como juicio lógico del legislador o del juez nos lleva a una conclusión final, partiendo de la apreciación crítica de los indicios que arrojan los hechos indicadores.²⁴⁵

En sede nacional ZAVALA precisa para que la presunción pueda constituirse es necesario que la afirmación base haya quedado plenamente acreditada. Si mediante la presunción se pasa de un hecho conocido a otro desconocido, es inescindible a la propia naturaleza de la presunción que el hecho o afirmación base sea conocido plenamente por el juez, lo cual ocurre solamente a través de la prueba efectuada en el proceso, que haya provocado una convicción afirmativa del juez entorno a la realidad de la afirmación base. Por ello sugiere que la presunción tiene tres elementos: una afirmación base, una afirmación resultado y un enlace.²⁴⁶

Se entiende entonces que en la presunción existe un juicio lógico²⁴⁷ asumido de antemano por el legislador (presunción legal) o estructurado por el juez (presunción judicial), ambas sustentadas fundamentalmente en máximas de experiencia, por el cual partiendo de un hecho conocido por el juez y debidamente probado en

el proceso se llega a uno nuevo²⁴⁸. De ahí que esta última se confunde mucho con la prueba indiciaria, aunque trataremos más adelante de establecer la diferencia sustancial entre ambas.

Para MUÑOZ SABATÉ hablar de prueba de presunciones es lo mismo que dijéramos prueba de raciocinio, lo cual, no tiene sentido ni lógica. El juez mientras presume, valora, y apenas puede existir actividad valorativa sin que a la vez con mayor o menor complejidad, no se ejercite también una presunción. Esta actividad valorativa comienza con la percepción de los tres instrumentos heurísticos²⁴⁹ –testigos, documentos, piezas- respecto de los cuales se producen en la mente del juez una serie de procesos discursivos que podríamos denominar de contrastación porque su finalidad es la compulsa, el temple, en una palabra: la autenticación de los instrumentos de prueba... lo importante en todos estos casos -los señalados por el autor sobre testigos- es que de un hecho o dato conocido (las contradicciones del testigo, sus emociones, el parentesco con la parte proponente, etc.) se deduce, basándose en una máxima de experiencia, otro hecho desconocido, cuál es la discrepancia entre su ciencia íntima y el conocimiento revelado.²⁵⁰

18.1. NATURALEZA JURÍDICA:

Una antigua discusión en el tópico de presunciones es su *naturaleza jurídica*, ya que para un sector de la doctrina son consideradas medios de prueba y otro niega esa posibilidad.

GORPHE y GUASP consideran a las presunciones judiciales como medios de prueba. Para UGO ROCCO las presunciones *iuris tantum* son medios de prueba. FRAMARINO DEI MALATESTA sostiene que las presunciones *iuris et de iure* constituye medio de prueba.

Un gran sector de la doctrina considera que las presunciones no tienen la calidad de medio de prueba, dentro de los cuales encontramos a DEVIS ECHANDÍA, COUTURE, ROSENBERG, EISNER, Dellepiane, SERRA DOMÍNGUEZ, entre otros.

Precisa KIELMANOVICH que gran parte de la doctrina no le asigna tampoco a las presunciones judiciales *estricto sensu*, medios de comprobación de los hechos por otros hechos (que nos los representen), categoría de prueba, sino que los reputan como "argumentos" (PALACIO) o "subrogados de prueba" (COUTURE) o formas de razonamiento judicial (ARAZI).²⁵¹

243 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo II. Pág. 677.

244 SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Estudios de derecho procesal*. Editorial Ariel. Barcelona 1969. Pág. 364.

245 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 183.

246 ZAVALA TOYA, SALVADOR. Las presunciones en el Derecho Civil. En Revista de Derecho. No. 48. Pontificia Universidad Católica del Perú- Lima, diciembre de 1994. Págs. 95 a 116.

247 BENTHAM nos habla de la prueba circunstancial para diferenciarla de la prueba directa, señalando que es la que se deduce de la existencia de un hecho o de un grupo de hechos que, aplicándose inmediatamente al hecho principal, llevan a la conclusión de que ese hecho ha existido. Esta conclusión es una operación del juicio. Jeremías BENTHAM. *Tratado de las pruebas judiciales*. Librería El Foro. Bs.As. 2003. Pág. 225.

248 En ese sentido se ha pronunciado el CPC de México con su artículo 496 al señalar que la "presunción es la consecuencia que el juzgador o la ley deducen de un hecho o indicios conocidos, para averiguar la verdad de otro desconocido".

249 Se conoce como heurística a la ciencia que se ocupa de la búsqueda e investigación de hechos pasados, por ello es que la doctrina ubica dentro de su estudio a las fuentes de prueba.

250 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 198.

251 KIELMANOVICH Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Op. citada. Pág. 654.

18.2.2.1. Presunciones legales absolutas:

Hay situaciones o hechos determinados por el legislador de manera previa, que deben ser admitidos tal cual, como si fueran ciertos, sin admitir duda sobre los mismos, dándole a este hecho certeza incontrovertible y definitivo, aunque muchas veces en términos reales sean cuestionables o controvertibles. Estas situaciones sobre las cuales no se admite actividad probatoria para demostrar lo contrario (a lo que señala la norma) se les denomina presunciones legales absolutas, también conocidas como *presunciones iure et de iure* o presunciones de puro derecho.

Las presunciones *iuris et de iure*, producen una certeza definitiva y como consecuencia no admiten prueba en contrario, son presunciones indestructibles, conforme lo expresa PARRA QUIJANO.

Sostiene Devis ECHANDIA que las presunciones *iuris et de iure*, se limitan a suprimir el hecho presumido del presupuesto fáctico para la aplicación de la norma sustancial y a darle certeza a la situación jurídica sustancial, sin imponer a nadie la carga de probar el hecho contrario, que queda definitivamente excluido. Por tanto, su relación con la regla de la carga de la prueba es menor y su carácter sustancial es más claro e indudablemente no son reglas de prueba.²⁶¹

De lo que podemos inferir que la presunción legal absoluta tiene los siguientes elementos:

- a) La presunción debe ser *calificada de forma expresa por la ley*, de ahí lo de presunción legal;
- b) Debe tener el carácter de *absoluta*, lo que implica que *no se admite la prueba en contrario*.
- c) El *hecho base debe ser acreditado* por el beneficiario de la presunción o ser deducido por el juez como un hecho que ocurrió.

Aquel sujeto del proceso a quien le favorece la presunción sólo tiene la carga de probar la existencia del hecho que sirve de base para la presunción.

Ello no significa que en la presunción legal absoluta no exista actividad probatoria, la hay, y se presenta de dos formas diferentes, el beneficiario por la presunción –como dijimos– debe acreditar el hecho que sirve de base para la presunción, cuando ello sucede, de este hecho base se desprenden consecuencias inmediatas que ponen de manifiesto el *hecho presumido*. Sobre el *hecho presumido* no se admite prueba en contrario. Por otra parte, el sujeto en contra de quien se hace valer la presunción puede realizar actividad probatoria para lograr probar la inexistencia del hecho base respecto del cual se pretende establecer el hecho presumido, si logra probar la inexistencia del llamado hecho base o presupuesto, entonces el juez no podrá aplicar la presunción.

Aunque merece mencionar que un sector de la doctrina no admite la existencia de estas presunciones, pues señalan que no son verdaderas presunciones, siendo meros preceptos o mandatos jurídicos imperativos, actos dispositivos del legislador (LESSONA), asimismo porque estas presunciones se asemejan mucho a las ficciones y por ser completamente ajenas al derecho a la prueba (Muñoz Sabaté).

Nuestro CPC señala sobre esta presunción en su artículo 278 “*cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base*”.

En la Casación No. 1766-2002-PIURA nuestra Corte Suprema ha citado este tipo de presunciones “...en armonía con dicho propósito se contemplan, entre otros, los principios de publicidad, legitimación y buena fe registral, recogidos en los artículos 2012, 2013 y 2014 del CC, en cuyas virtudes se presume de modo “*jure et de jure*” que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, que dicho contenido se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez y que el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos”

18.2.2.2. Presunciones legales relativas

En las presunciones legales relativas, conocidas como presunciones *iuris tantum*, también se encuentra la participación del legislador, pues este tipo de presunción viene ya impresa en la norma, la diferencia con las presunciones *iure et de iure* es que éstas si *admiten prueba en contrario*.

En la presunción legal relativa el legislador considera a priori *cierto* un hecho presumido, sin embargo, este hecho se mantendrá en tal situación *en tanto no se demuestre lo contrario*. Así tendremos que se presume propietario al poseedor de una cosa, en tanto el sujeto perjudicado con dicha presunción no demuestre lo contrario.

La diferencia sustancial entre la presunción legal relativa y la absoluta, radica justamente en que la primera admite prueba en contrario y la segunda no. La presunción legal relativa favorece a uno de los sujetos de la relación sustantiva, haciendo presumir un hecho como cierto, el cual se mantendrá en tal situación en tanto el otro sujeto de la relación jurídica no demuestre lo contrario. Ello quiere decir que la *carga de la prueba* para probar que el hecho presumido recae en el sujeto al que no favorece la presunción. El sujeto favorecido sólo tiene que acreditar el hecho que sirve de base en la presunción. Si no se logra probar de forma fehaciente la inexistencia del hecho presumido por la disposición legal, entonces el juez debe decidirse por aplicar la presunción.

261 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 684.

Precisamente Devis ECHANDIA haciendo un análisis de cada una de las presunciones toma distancia respecto de aquellos autores que han señalado que las presunciones son medios de prueba. Así resumimos su posición: la presunción simple, de hombre o judicial, es diferente del indicio, como la luz lo es de la lámpara que la produce. Del conjunto de indicios que aparecen probados en el expediente, obtiene el juez las inferencias que le permiten presumir el hecho indicado, pero esto no significa que se identifiquen, porque los primeros son la fuente de donde se obtiene la segunda, aquellos son los hechos y ésta el razonamiento conclusivo. Agrega que las presunciones simples son el resultado de los razonamientos probatorios del juez y no son un medio de prueba. El juez las utiliza simplemente como principios basados en máximas de experiencia, para la valoración de las pruebas, y entonces es más claro todavía que no son pruebas sino una manera de razonar del juez para calificar su mérito o eficacia. Sobre la presunción de derecho rechaza que sea una prueba, porque ello implica la posibilidad probar en contrario con otros medios, pero si la considera una regla jurídica sustancial para la aplicación del derecho objetivo en un caso determinado, su naturaleza resulta idéntica en ambos casos, con la diferencia de que las puramente legales o *iuris tantum* presumen el hecho cierto mientras no se desvirtúe con plena prueba y las *iuris et de iure* le otorgan una certeza definitiva e indiscutible.²⁵²

La presunción no es medio de prueba, es sólo una forma de razonamiento judicial que le sirve al juez para la valoración del material probatorio. Por ello se les llama también razonamiento conclusivo. Las presunciones le sirven al juez de guías para la valoración de la prueba.

18.2. CLASES DE PRESUNCIONES:

La Doctrina siempre ha participado de una clasificación conocida de a las presunciones, llamándolas: *presunciones legales y judiciales*, dentro de las primera encontramos a las *presunciones iuris tantum* y a las *presunciones iure et de iuris*.

18.2.1. Presunciones judiciales.

Llamadas también presunciones de hombre o presunciones simples. Conocidas en doctrina como las *proesumptionis hominis* o *presumption of fact*. Son presunciones eminentemente procesales, pues no admiten cualquier situación extraprocesal.

Las presunciones judiciales "son aquellas de que se sirve el juez como hombre durante la *litis* para formarse su convencimiento, de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden normal de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, o le acompaña, conocida la existencia de uno de los dos hechos, presumimos nosotros la

existencia de otro. La presunción es, por consiguiente, un convencimiento fundado sobre el orden normal de las cosas y que dura hasta prueba en contrario"²⁵³

Las presunciones judiciales están basadas en el *razonamiento conclusivo* del juez apoyado en *máximas de experiencia* propias con respecto a algunos aspectos vinculados al proceso, estructuradas en sentido lógico, de las cuales se sirve para valorar el material probatorio. Este razonamiento o forma de pensar del juez *parte de su intelecto*, no está sujeto a máximas de experiencia que parten del legislador (pre establecidas), como si ocurre en las presunciones legales, donde el legislador le dice el juez como debe hacer su razonamiento conclusivo, admitiendo o negando la prueba en contrario.

Para Arazi las presunciones judiciales son aquellas que el juzgador extrae a través de indicios; constituyen una forma de razonamiento judicial. El profesor argentino nos presenta un ejemplo para graficar una situación en la que se presenta la figura de la presunción judicial: si tiene que acreditarse la forma en que ocurrió un accidente de tránsito, consideramos como medios de prueba las siguientes: la declaración de un testigo presencial, la presentación de una fotografía tomada en el momento o la filmación del hecho, y como indicios: el testimonio de personas que declaran haber visto el automóvil chocado, el lugar donde se encuentran los daños de los vehículos, las huellas dejadas en el pavimento, etcétera; se advierte que ninguno de estos últimos hechos son representativos del hecho controvertido, pero valorados en conjunto autorizan al juzgador a inferirlo.²⁵⁴

Según la experiencia del juez, es decir utilizándola en *el sentido normal de las cosas*, el juez conoce un hecho que aparece probado en el proceso, del cual *presume* la existencia de otro distinto (hecho probable). Resulta de vital importancia el razonamiento que hace el juez para llegar a inferir sobre la existencia de otro hecho. Este razonamiento lo lleva a presumir de la existencia de un hecho relevante para el proceso que no aparece en él representado de forma directa, pero para llegar a esa conclusión debe apoyarse en un hecho ya probado. Sin embargo, la conclusión a la que llega el juez (presunción), que no es otra cosa que el *razonamiento presuntivo* debe ser *verosímil, dable, creíble, incontrovertible*, para ello requiere del uso de las máximas de experiencia y la lógica. No es suficiente llegar a la conclusión de que el hecho presumido *probablemente existe*, la *simple probabilidad* no le dará al juez convencimiento, certeza del hecho investigado.

Las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basado en el resultado de la prueba practicada (y, por tanto, ya valorada) o en los hechos formalmente fijados de otro modo (admisión, "ficta confesión"). Consecuentemente

252 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba...* Op. citada. Tomo II. Pág. 680.

253 CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Revista de Derecho Privado. Tomo III. Madrid. 1954. Pág. 261.

254 ARAZI, ROLAND. "La carga de la prueba". Op. Citada.

no hay proposición, ni práctica de la "prueba" de presunciones. Hay construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia siempre que concurren las condiciones legales para ello.²⁵⁵

Por ello, las presunciones judiciales a diferencia de las presunciones legales no tienen ningún tipo de restricción para su estructura sujeta a la norma procesal, son propias del juez, quedan bajo la esfera de su razonamiento y análisis crítico. Son inferencias lógicas que parten del prudente y ponderado arbitrio del juez y que lo ayudan a generar convencimiento. Están entonces basadas en la lógica y experiencia, no en la ley.²⁵⁶

PARRA QUIJANO nos presenta la actividad del juez en la presunción judicial: a) Actividad Volitiva: el juez debe querer tener como fijado el hecho presumido; b) la presunción es el resultado de la actividad del pensar. Los hechos son estáticos; el juez, al pensar y razonar sobre éstos, les da movimiento y deduce; c) en el pensar y razonar el juez induce y deduce, sobre todo de las reglas generales de la experiencia; d) emplea la lógica dialéctica para reflexionar e imaginar y deducir.²⁵⁷

Por ello consideramos que nuestro legislador ha definido correctamente en el artículo 281 del CPC la presunción judicial como el "*razonamiento lógico-crítico del juez, basado en reglas de la experiencia o en sus conocimientos a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados*".²⁵⁸

18.2.2. Presunciones legales:

En la presunción legal partimos de máximas de experiencia del legislador, pre establecidas, por ello es que determinados hechos o circunstancias previamente establecidos en norma legal se dan por ciertos, en algunos casos admitiendo prueba en contrario en otros no.

255 ORTELLS RAMOS, Manuel. Derecho Procesal Civil. Op. Citada. Pág. 401.

256 PARRA QUIJANO nos proporciona un ejemplo ilustrativo sobre presunción judicial en el cual interesa probar si entre A y B existieron relaciones sexuales durante la época de la concepción. Se señalan como premisas: Si se prueba que A visitaba todos los días a la señorita B. Que la señorita B, sólo atendía al señor A. Que la señorita B salía cogida de la mano con el señor A. En el ejemplo presumimos que las relaciones sexuales de la señorita B eran con el señor A, con base en los hechos que están relacionados y empleando las reglas de la experiencia. Si A era el único que la visitaba, sólo atendía a ese señor A, en público se mostraba amoroso como era cogerse de la mano, la experiencia nos enseña que las relaciones sexuales eran con el señor A. Agrega Parra que cuando presumimos, el hecho indicio y el indicado están ya sucedidos: las relaciones sexuales y el embarazo. PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 84.

257 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 95.

258 Para la Ley de Enjuiciamientos Civiles de España en su artículo 386 la presunción judicial se genera "*a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción*".

Aquí no hay razonamiento lógico-crítico del juez, es el legislador quien le indica al juez como deducir. Por ello es que en este tipo de presunciones existe más bien una limitación el raciocinio del juez. Esta presunción tiene efectos extraprocesales, ya que los efectos sustanciales de las reglas jurídicas que se aplican a casos concretos se generan fuera del proceso.

Aquí el juez tiene *como verdadero un hecho* o circunstancia porque así lo dispone el legislador, aunque en algunas circunstancias sea imposible su comprobación. El juez es mero comprobador del hecho (dándolo por cierto) siempre que éste sea el presupuesto fáctico de la norma, derivándose del mismo las consecuencias que ésta le asigna. La convicción o certeza que tenga el juzgador sobre determinados hechos no es relevante en las presunciones legales porque ellas contienen valoraciones anticipadas del legislador a las que el juez debe someterse.

Por ello CARNELUTTI señala que en las presunciones legales la ley no deja valorar al juez, sino que establece ella misma su eficacia y valor. Para ello, la ley fija el hecho diverso del hecho a probar y determina que, dado este hecho, debe entenderse verificado el hecho a probar y, por tanto, las consecuencias que de él se derivan.²⁵⁹

La justificación de las presunciones legales la indica con claridad VARELA al señalar que las presunciones legales cumple una función *sustancial y extraprocesal*, además de *probatoria*, cual es la de darle seguridad a ciertos acontecimientos o situaciones de orden social, ético, familiar y patrimonial, como puede ser el conocimiento de la ley, la legitimidad de hijos nacidos dentro del matrimonio, etc. Igualmente permite tener por establecido un hecho, siempre que otro hecho, indicador del primero, haya sido determinado fehacientemente. Las presunciones legales no difieren de las presunciones judiciales en cuanto a su mecanismo lógico, pues también existen tres elementos: un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume.²⁶⁰

Las presunciones legales en todo sistema jurídico tienen una razón de ser, su existencia coadyuva a *proporcionar estabilidad* a una serie de relaciones que se presentan en el contexto social: relaciones de orden sociales, familiar, patrimonial, etc., en las cuales una investigación prolija sobre determinado acontecimiento puede resultar inútil, engorroso, difícil. Igualmente el legislador crea presunciones en razón de la *equidad*, otras veces para evitar el *desequilibrio de las partes* en cuanto al acceso del material probatorio.

259 FRANCESCO, CARNELUTTI. *Sistemas de derecho procesal civil*. Editorial Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. Bs.As. 1944. Traducción Alcalá-Zamora y Sentis Melendo. Tomo II. Pág. 539.

260 VARELA, CASIMIRO A. *Valoración de la Prueba*. Op. Citada. Pág. 183.

En caso de duda respecto de la naturaleza de la presunción legal, es decir, cuando no se puede establecer con certeza *si es absoluta o relativa*, entonces, se debe considerar sólo como presunción legal relativa.

Nuestra CPC regula esta presunción en el artículo 279: "Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de la presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso".

Este tipo de presunciones no sólo son reguladas en la legislación sustantiva: el poseedor es reputado propietario, mientras no se prueba lo contrario (Art. 912), la posesión de un bien hace presumir la posesión de sus accesorios (Art. 913), se presume la buena fe del poseedor, salvo prueba en contrario (Art. 914), si el poseedor actual prueba haber poseído anteriormente, se presume que poseyó en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario (Art. 915). Las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario (Art. 970). Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario (Art. 1139). Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el recibo de alguna o de la última, en su caso, hace presumir el pago de las anteriores, salvo prueba en contrario (Art. 1231). Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla (Art. 1361).

Es también posible ubicar las presunciones legales relativas en la legislación procesal: la declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda (Art. 461). Se atribuye al silencio de acreedor el carácter de manifestación de voluntad negativa en el caso de ofrecimiento extrajudicial de pago (Art. 811). Presunción de reciprocidad respecto de la fuerza que se da en el extranjero a la sentencia o laudos pronunciaos en el Perú (Art. 838).

18.3. DIFERENCIA ENTRE INDICIO Y PRESUNCIÓN:

No es una tarea sencilla determinar la diferencia entre *indicio* y *presunción*. Sin embargo en esta parte del trabajo pretendemos establecer diferencias, pues la hay. Hay que partir sosteniendo que el indicio y la presunción son sucedáneos de los medios probatorios.

En primer lugar debemos indicar que tiene gran aceptación en la Doctrina la denominada prueba indiciaria, lo que significa como lo hemos sostenido que el indicio es un medio de prueba, por ello es que cotidianamente se menciona a la *prueba indiciaria*, inclusive se le menciona como madre de las pruebas. En cambio la presunción como hemos señalado en líneas anteriores es una forma de razonamiento judicial, juicio lógico del legislador o del juez, de mucha utilidad para el juez en la valoración del material probatorio, es por ello que se les conoce también como *razonamiento conclusivo*. Son pues herramientas importantes para la valoración de la

prueba. "Las presunciones no son medios de prueba, sino forma del razonamiento judicial": Arazi.

Así tendremos pues, que en la prueba indiciaria tenemos la existencia de un hecho conocido (indicador) que nos lleva a un hecho desconocido (indicado), del cual llegamos a la conclusión o certeza de que realmente ocurrió, a este último se llega gracias a una operación lógica realizada por el juez, utilizando la lógica, máximas de experiencia o conocimientos científicos y técnicos.

En cambio en la presunción existe un juicio de probabilidad de que un hecho ocurrió, sin tener certeza real de que así fue, pues existe presunción de su existencia, basado en el juicio lógico del legislador o del juez, en la presunción se hace uso también de las máximas de experiencia y la lógica. Se considera como cierto un hecho debido a que así lo aconsejan las máximas de experiencia. Agregamos que la *presunción es una operación del intelecto por la cual haciendo la relación adecuada se llega al conocimiento de otro hecho, el cual se presume ocurrió*. Tendremos entonces la siguiente fórmula "si se da A, se presume B" (Hedeman).

De acuerdo a lo expresado podemos señalar que indicio y presunción son dos conceptos que difieren de su contenido pero que tienen elementos comunes, ambos parten de un hecho, una conducta u otro elemento, pero que nos ayudan a descubrir la existencia de otro hecho o a presumirlo. Ambas hacen uso de las máximas de experiencia, usan la lógica para lograr su propósito y los conocimientos técnicos o científicos. Ambas ayudan a resolver los conflictos de intereses de manera correcta, cuando no hay prueba directa en la cual el juez pueda sustentar su decisión, por ello reciben también el nombre de pruebas indirectas.

Los elementos comunes entre indicio y presunción son: un hecho conocido, regla de experiencia, deducción y conclusión. Sin embargo el indicio está constituido por una señal, vestigio, huella. Esta por tanto una cosa, un hecho, un suceso conocido del cual se infiere otro, en tanto que la presunción es pues una forma de pensar, pero de forma lógica.

Aunque conviene informar sobre la existencia de posiciones en la Doctrina que consideran al indicio y presunción como voces sinónimas²⁶², aquí encontramos a LESSONA, GUASP, PALACIO, BONNIER, MITTERMAIER²⁶³. La presunción es un término

262 SERRA DOMÍNGUEZ precisa "por nuestra parte, debemos señalar que no existen otras diferencias entre presunción e indicio que las resultantes de integrar momentos distintos de un mismo juicio. Mientras que el indicio es elemento inicial de que parte la presunción, ésta es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero, causal y lógicamente". SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL. *Estudios de derecho procesal*. Editorial Ariel. Barcelona 1969. Pág. 702.

263 Este autor conoce al indicio y presunción como la prueba artificial, de las cuales señala se establece por medio de las consecuencias que sucesivamente se deducen hechos, y ello son los medios de hacerla funcionar; agrega que los prácticos y el legislador las emplean indistinta-

más jurídico en cambio el indicio es más científico conforme lo precisa GORPHE. En cambio CARNELUTTI precisa que el indicio corresponde a la dogmática penal y la presunción al derecho civil, criterio éste último superado en la doctrina actual, pues los indicios y presunciones se pueden utilizar en ambos procesos.

Los que abogan por la distinción de estos dos institutos son SENTÍS MELENDO, PRIETO CASTRO, MANZINI, FRAMARINO DEI MALATESTA, PARRA QUIJANO²⁶⁴, Antonio ROCHA, DANIEL SUÁREZ, entre otros.

Cuando se trata de presunciones hominis éstas se parecen mucho a prueba indiciaria, pues tiene como base común la de ser construidas por el juez. Existiendo una posición en la doctrina vinculada a que el indicio se vincula a la presunción *hominis*, dando el nombre de presunción sólo a la presunción iuris (seguida por Alcalá Zamora y Ricardo Levene). Aunque podemos indicar como diferencia entre ambas que el indicio puede ser anterior, simultáneo o posterior al hecho desconocido que se busca establecer, pero en la presunción judicial el indicio aparece luego que el hecho investigado y el indiciario acontecieran. Tenemos entonces que cuando se presume el hecho indicio y el indicado deben haber sucedido.

En la línea de distinguir entre indicio y presunción PARRA QUIJANO sostiene que no cabe la menor duda que el indicio y la presunción son dos conceptos diferentes: a) el indicio es un hecho que para que signifique algo, el interprete debe agregarle una presunción, basada en las reglas de la experiencia para deducir otro hecho que es el buscado. En una forma gráfica se puede decir que la presunción de hombre es la regla de experiencia aplicada a un hecho concreto que le permite al juez encontrar otro hecho igualmente concreto. Ejemplo: hay una regla de experiencia que dice que quien fuga, que quien huye, es porque tiene conciencia de ser culpable. Pedro se fugo, huyó del sitio (este hecho material no significa nada), le agregamos la regla de la experiencia indicada anteriormente, y tendremos: Como Pedro fugó, posiblemente es culpable. b) Si la presunción que elabora el hombre es correcta, los hechos indicante e indicado, deben haber sucedido antes de que el hombre elabore la presunción; porque de otra manera ésta resultaría siendo creadora de hechos, cosa que no corresponde a la ciencia del derecho probatorio y resultaría muy peligroso para las partes en el proceso civil y para el enjuiciado en el proceso penal.²⁶⁵

Resalta en la Doctrina la importante visión que tiene del tema VÍCTOR DE SANTOS quien aboga por la diferencia entre la presunción y el indicio, así los indicios operan como base o supuesto de hecho de la presunciones judiciales y que éstas concurren en la apreciación de aquellos, puesto que son principios lógicos fundados en la

mente. Mattermaier, C. J. Tratado de la prueba en materia criminal. Editorial Reus. Madrid 1959. Pág. 437.

264 Sostiene PARRA QUIJANO que no es adecuado confundir el indicio (hecho) con el razonamiento que hace el juez con sustento en él. La presunción judicial no crea hechos, de tal manera que cuando se aplica el hecho indicios y el investigado, deben, necesariamente, haber ocurrido.

265 PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial*. Tomo IV. Pág. 97-98.

experiencia común o en conocimientos especializados, que conducen al magistrado a apreciar el mérito convicto de aquéllos. El indicio es una prueba que consiste en un hecho conocido y la presunción judicial consiste en el argumento lógico, basado en las máximas de experiencia o conocimientos especializados, que le permite al juez otorgarle valor probatorio a aquél, al inferir de dicho hecho otro desconocido de cuya comprobación se trata. La presunción judicial sirve de razón para calificar o apreciar el mérito probatorio de los indicios y, por consiguiente, no puede confundirse con éstos.²⁶⁶

Las posiciones que creen en la sinonimia entre el indicio y la presunción parten de una posición estática de las instituciones, pues la presunción como ya sostuvimos es un juicio lógico, razonamiento conclusivo, por lo cual no puede convertirse en un hecho que sirve para probar otro hecho. Por ello MANZINI citado por MUÑOZ SABATÉ²⁶⁷ enseña que mientras la presunción deviene el resultado de una deducción obtenida de una regla de la experiencia, el indicio constituye el fruto de una inducción, en cuanto a que a lo abstracto une lo concreto. Nos presenta un ejemplo para graficar lo dicho: *Premisa mayor*: de ordinario el que sale clandestinamente y de noche de una casa ajena con una saco en la espalda ha cometido un hurto (presunción relativa). *Premisa menor*: al imputado se le vio salir clandestinamente y con un saco a la espalda y durante la noche en que se cometió el hurto (indicio). *Conclusión*: luego el imputado está indicado como autor del hurto cometido aquella noche en aquella casa.

El indicio y la presunción definitivamente son dos instituciones distintas útiles para el juez en la tarea de valoración. Por ello MUÑOZ SABATÉ -quien tomó partido en este debate- menciona un binomio, *el indicio como hecho base y la presunción como inferencia*. Sostiene que el indicio no es ningún razonamiento discursivo, no representa ninguna categoría especial de inferencia como lo es, en cambio, la presunción, sino que equivale solamente la afirmación base, de la cual parte precisamente aquella. El indicio, de *inde dico*, "de allí digo", es lo que nosotros llamamos dato inferidor, o hecho base (en ciertos casos, *facta concludentia*) y el Código Civil denomina "hecho demostrado" (art. 1253). Se trata pues de un elemento de la presunción. Si la presunción es monobásica se compondrá de un solo indicio; si es polifásica, de varios.²⁶⁸ Nos quedamos con una frase impactante de MUÑOZ SABATÉ para determinar la diferencia entre indicio y presunción: "*decir que el indicio es una presunción resulta tan absurdo como, por ejemplo, afirmar que una cerilla es el fuego*".

En rigor los que por su número, precisión, gravedad y concordancia tienen que producir convicción, son los indicios - sostiene ARAZI; las presunciones son la consecuencia de la labor intelectual del juez para extraer conclusiones de los indicios. Citando

266 VÍCTOR DE SANTO. *La prueba judicial*... Op. Citada. Pág. 673.

267 MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 238.

268 MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Técnica Probatoria*. Op. Citada. Pág. 241.

a Rocco precisa que los indicios son fuentes de presunciones y de diferencian de las fuentes de prueba en que de los primeros se infieren no ya la certeza de la existencia de un hecho desconocido –como sucede con las segundas- sino sólo la razonabilidad, según las reglas usuales de la vida práctica, de que aquel haya existido.²⁶⁹

18.4. DIFERENCIA ENTRE FICCIÓN Y PRESUNCIÓN

Normativamente en nuestro medio se entiende por ficción legal a “la conclusión que la ley da por cierta y que es opuesta a la naturaleza o realidad de los hechos, no permite prueba en contrario” (Art. 283 del CPC).

En realidad la similitud se presenta entre la *ficción legal* y la *presunción legal absoluta*, pues ambas muestran como verdadero, un hecho que muchas veces realmente no lo es. Ambas parten del criterio lógico que maneja el legislador para dar por verdaderos, hechos que no se condicen con la realidad material. Ambas no admiten prueba en contrario. Existen diferencias sustanciales y rasgos en común entre la ficción legal y la presunción legal absoluta, a tal punto que un procesalista renombrado como ROSENBERG ha estimado que las presunciones *iure et de iure* son en realidad ficciones.

MUÑOZ SABATÉ precisa que se ha señalado para este instituto una cierta conexión con el también instituto de las *ficciones*, ya que tanto la presunción legal absoluta como éstas últimas, surten igual efecto que las realidades debidamente probadas, por ser realidad que proclama la ley misma. Es decir, la fuente de ambas ficciones está en el legislador, viniendo a diferenciarse solamente en que así como la ficción representa una afirmación hecha por aquel en el acontecimiento de la falsedad, la presunción es la resolución de una duda pronunciándose en determinado sentido.

Devis ECHANDIA entiende que la ficción, a diferencia de las presunciones, sólo puede ser obra del legislador y consiste en suponer existente o inexistente un hecho o una cosa que no es así, o en trasladar las consecuencias jurídicas de un estado de cosas a otra diferente, como si fueran iguales. Hay de común entre la ficción y las presunciones *iure et de iure* que no admiten prueba en contrario; pero la ficción legal es un mandato legal que no se basa en ninguna regla general de la experiencia, ni en lo constante de los fenómenos físicos o morales y ni siquiera en su carácter ordinario, sino en la voluntad del legislador que parte de una base absolutamente contraria: el conocimiento de que la realidad es distinta.²⁷⁰

Así, se *presume* que todos sin excepción conocen la exactitud del registro, sin admitir prueba en contrario. Hecho imposible en la realidad pero que el legislador ha optado como presunción legal absoluta, utilizando una máxima de experiencia del

269 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 127.

270 Devis ECHANDIA, Hernando. *Teoría General de la Prueba*.... Op. citada. Tomo II. Pág. 691.

legislador. De no tener esta presunción sin admitir prueba en contrario, nos traería muchos problemas de prueba en el proceso, pues cualquier podría alegar que desconoce por ser materialmente imposible que sepa el contenido del Registro.

Así tendremos como *ficción legal*, sin admitir prueba en contrario que todos conocemos la ley, aunque en la realidad no sea un hecho materialmente posible. También la ficción de considerar sujeto de derecho y darle personalidad jurídica a un concebido, como si tuviera vida, entre otras. Aquí no hay uso de una máxima de experiencia de experiencia, sino una imposición más bien del legislador en el caso del concebido para darle protección jurídica y en el caso del conocimiento de la ley para evitar la alegación de su ignorancia.

19. PRUEBA ILÍCITA

Al pronunciar el vocablo *prueba ilícita* nos ponemos a reflexionar de inmediato sobre su término contrario o antónimo, es decir, el de *prueba lícita*. Ello nos lleva a señalar que en ambos vocablos hay dos términos comunes: el de *prueba*, pero a la vez existen dos palabras que se contraponen: *licitud* e *ilicitud*.

Nuestro ordenamiento jurídico en general se encarga de desterrar conductas humanas que se vinculen con la ilicitud, aquellas que se contravengan el ordenamiento jurídico (conducta antijurídica), propone más bien la protección y tutela de las conductas vinculadas a lo lícito, es decir, aquellas que se condicen y relacionan con el sistema jurídico. Ello no es ajeno a la actividad probatoria en el proceso, por lo cual se exige que los medios de prueba que las partes pretendan incorporar al proceso respondan a términos de licitud en su obtención.

Aunque la situación no es de por sí tan sencilla, ya que se trata de impedir que al proceso ingrese determinado material probatorio y que además no sea permitida su valoración por el juez, cuando ésta fue obtenida directa o indirectamente violentando *derechos fundamentales*.²⁷¹ Ello significa que el análisis para determinar si la prueba es ilícita o no lo es, debe partir necesariamente desde la *óptica constitucional*, pero realizada dentro del proceso con todas las garantías.

El derecho procesal propone que las pruebas que se incorporen al proceso – sea por actividad de las partes o en virtud a la prueba oficiosa del juez – se encuentren encapsuladas en un manto de licitud y que en su obtención no se haya configurado ningún tipo de violación de derechos fundamentales. Lo que quiere decir que la prueba ilícita no tiene cabida en el proceso civil y sin temor al error en ningún tipo de proceso contemporáneo.

271 GONZÁLES MONTES precisa que la ilicitud de la prueba está referida al momento de su obtención, y prueba ilícita sería aquella que se ha obtenido por medios ilegítimos, es decir vulnerando derechos fundamentales. GONZÁLES MONTES, José Luis. “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”. En Revista de Derecho Procesal. Editorial Edersa S.A. Madrid 1990. No. 01 Pág. 29-44.

Conviene señalar pese a lo expuesto, que, en la doctrina y la jurisprudencia se mantiene un debate ardoroso y a la vez apasionante sobre la *prueba ilícita* llamada también *prueba prohibida*. Aunque se suele distinguir entre *prueba ilegal* y *prueba ilícita*, dentro de la primera encontramos a la prueba que es el resultado de la contravención de normas procesales de carácter formal, en cambio en la segunda ubicamos a las obtenidas con infracción de normas sustantivas, de jerarquía constitucional o legal, pero que reconocen derechos fundamentales. En ambos casos, la consecuencia de la existencia en un procesos de este tipo de pruebas es distinta; en el primer caso la prueba ilegal se sanciona con el mecanismos de la nulidad procesal, cuando se trata de prueba ilícita en cambio la consecuencia es más funesta y grave se debe declarar la inexistencia o exclusión de la misma dentro del proceso. Esto último significa que la sentencia no debe contener ni basarse en medios de prueba que se hayan obtenido contraviniendo derecho fundamentales.

El profesor Picó postula diferencias entre la *prueba ilegal* y la *prueba ilícita*, la ilicitud y la ilegalidad son dos conceptos que inciden directamente sobre la eficacia del derecho a la prueba, siendo ambos un límite intrínseco a ese derecho. La ilicitud de la prueba comporta la vulneración de cualquier derecho fundamental en la obtención o práctica de la prueba y su consecuencia procesal es la imposibilidad de que "surta efecto alguno", esto es, que pueda ser valorada por el juez. La ilegalidad de la prueba comporta también la limitación del derecho a la prueba, pues no puede admitirse ningún tipo de actividad probatoria prohibida por ley. Lo que se está prohibiendo aquí es la obligación del juez de hacer cumplir las normas referentes al procedimiento probatorio, por lo que deberá denegar toda aquella prueba que suponga infracción de ese procedimiento, como pretender aportar extemporáneamente un documento o un dictamen pericial privado.²⁷²

Los antecedentes de la llamada prueba ilícita se encuentran vinculados a Derecho Romano donde encontramos la máxima "*nemo ex suo delicto meliorem summa conditionem facere potest*" que equivalía a establecer como principio que quedaba proscrito todo aprovechamiento que se hacía de cualquier comportamiento ilícito. Sobre el particular GÁLVEZ MUÑOZ²⁷³ señala que debemos el desarrollo de la prueba ilícita a la labor realizada por distintos autores y tribunales de diferentes lugares desde el último cuarto de siglo XIX y está hoy presente, con mayor o menor extensión y rigidez, en la mayor parte de los países civilizados, considera que es consustancial a todo ordenamiento democrático. Pero resalta que en esta tarea destacan con toda justificación dos: primero, el jurista alemán ERNST BELING, que en 1903 publicó su famosa obra "Las prohibiciones probatorias como límite de la investigación de la verdad en el Derecho Penal", y segundo, y sobre todo, al Tribunal Supremo nor-

272 PICÓ I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Ponencia presentada en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, realizado en la Universidad de Lima, octubre de 2008. Fondo Editorial de la Universidad de Lima. Pág. 407-435.

273 GÁLVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales. Editorial Aranzadi S.A. Navarra 2003. Pág. 50.

teamericano, gracias, especialmente, a la impronta liberal marcada por los jueces Oliver W. Colmes y Earl Warren.

Conforme a la óptica de ADA PELLEGRINI²⁷⁴ la cuestión de la denominada "prueba ilícita" se ubica, jurídicamente, en la investigación respecto de la relación entre lo ilícito y lo inadmisibles en el procedimiento probatorio y desde el punto de vista de la política legislativa en la encrucijada entre la búsqueda de la verdad en defensa de la sociedad y el respecto a derechos fundamentales que pueden verse afectados por esta investigación. Agrega que la prueba ilícita (u obtenida por medios ilícitos) se encuadra en la categoría de prueba prohibida. La prueba es prohibida siempre que sea contraria a una específica norma legal o a un principio de derecho positivo.

Según Jorge CARDOSO²⁷⁵ existe otra clase de prueba que, inclusive siendo eficaces, su práctica está prohibida de modo expreso o tácito por las leyes que consagran o reglamentan el respeto y la dignidad debido a la persona humana. Estas pruebas también deben ser rechazadas por el juez, no por ineficaces sino por estar legalmente prohibidas. Son las pruebas ilícitas, las cuales, en ciertos casos, pueden llegar a ser eficaces, por ejemplo el testimonio rendido por el médico, el abogado o el confesor con violación de su secreto profesional, o la inspección judicial de papeles o documentos amparados con reserva legal como la correspondencia confiada a los telégrafos o correos.

Sostiene Enrique FALCÓN que es prueba ilícita en general cuando el modo de adquisición, su ofrecimiento o su producción y efectos en la sentencia traspasa el límite que el ordenamiento jurídico o el conocimiento científico han fijado.²⁷⁶

Conviene consignar el pensamiento de MONTERO AROCA²⁷⁷ sobre la prueba ilícita sobre todo la aclaración que ensaya sobre su denominación, aclara en tal sentido que *los medios de prueba no son nunca ilícitos, ni pueden serlo*. Si el medio de prueba es actividad que se practica en el proceso, esa actividad puede ser legal o ilegal, es decir, acomodada o no a la norma procesal, y en su caso podrá declararse nula. Agrega que *la ilicitud se refiere al modo en que se han obtenido las fuentes de prueba*, a cómo la parte ha llegado tener conocimiento de la existencia de la fuente, y en su caso podrá declararse que la fuente no puede ser asumida en el proceso, porque en éste no se trata de lograr la verdad a cualquier precio.

Con respecto a la prueba ilícita podemos intentar el siguiente perfil que engloba los aspectos generales de la institución, con la advertencia que en ello no se agota su tratamiento, así tenemos

274 PELLEGRINI GRINOVER, ADA. Pruebas Ilícitas en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Setiembre de 1995. Año 7, No. 10. Versión digital. Traducción del portugués por Elpidio Ramón Monzón. Se ubica en www.poder-judicial.go.cr.

275 CARDOSO ISAZA, Jorge. *Pruebas Judiciales*. Op. Citada. Pág. 31.

276 FALCÓN, Enrique M. *Tratado de la prueba*. Op. Citada. Pág. 770.

277 MONTERO AROCA, Juan. "Procedimiento probatorio (la grandeza de la sumisión a la ley procesal)" en *La prueba en Revista del Consejo General del Poder Judicial*. Madrid 2000. Pág. 296.

- a) La doctrina conoce también a la *prueba ilícita* como *prueba prohibida*.²⁷⁸ Otros autores como María SAENZ ELIZONDO se refiere a la *prueba obtenida por medios ilícitos*.²⁷⁹ Sin embargo, según MANUEL MIRANDA ESTRAMPES se le conoce también como *prohibiciones probatorias, prueba ilegalmente obtenida, prueba ilícitamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular* y hasta *prueba clandestina*.²⁸⁰
- b) La prueba ilícita es toda aquella obtenida con la utilización de medios ilícitos, los cuales contravienen principios y normas establecidas en la Constitución o en cualquier otra norma de contenido sustantivo del ordenamiento jurídico. Aunque se entiende también como prueba ilícita aquella que es nula de pleno derecho por haberse obtenido con violación al debido proceso.
- c) La prueba ilícita tanto como su obtención y oportunidad de producción, es *normalmente anterior y exterior al proceso*.
- d) *El derecho a probar* aun encontrándose constitucionalmente garantizado y correspondiendo a todo aquel que recurre al órgano jurisdiccional no es absoluto, pues *encuentra un limitante en la prueba ilícita*, por lo cual no es posible ofrecer, admitir, actuar ni valorar pruebas de esta naturaleza. Visto desde otra óptica la prueba ilícita *le genera al juez un limitante en la etapa de apreciación de la prueba*, pues la convicción no se puede lograr de forma libre por el juez sino que está configurada por la valoración de todo el material probatorio que se haya obtenido de forma regular, no de modo ilícito. De cierto modo ello garantiza que las partes no funden sus pretensiones en pruebas prohibidas ni que el juez sustente sus decisiones en ellas.

278 PICÓ I JUNOY precisa que los términos de prueba ilícita y prueba prohibida no resultan excluyentes, la prueba prohibida es un concepto gráfico y expresivo que resulta correcto para denominar las consecuencias o efectos prohibitivos que la prueba ilícita comporta, esto es, la prohibición de su admisión y la prohibición de valoración. Citado por MANUEL MIRANDA ESTRAMPES en "La prueba ilícita: concepto y clases" ubicado en www.premium.vlex.com.

279 María SAENZ profesora de la Universidad de Costa Rica define a la *prueba obtenida por medios ilícitos* como aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios de derecho positivo, agrega que tiene relación con el concepto de medio de prueba prohibido que es aquel medio de prueba que resulta, por sí mismo capaz de proporcionar elementos que permiten llegar a constatar la existencia de un hecho deducido en el proceso, pero que el ordenamiento jurídico, prohíbe utilizar. María ANTONIETA SAENZ ELIZONDO en "*La prueba ilícita en el proceso penal*" ubicado en www.ciencias penales.org.

280 Zapata García expresa que es *prueba irregular* aquella obtenida o practicada con transgresión de normas que participan de la construcción protectora de un derecho constitucional. "Dentro de este concepto podemos incluir las fuentes de prueba logradas de modo ilegal, así como los medios de prueba practicados irregularmente sin observar el procedimiento legal establecido, siempre que en ninguno de los dos supuestos se haya vulnerado un derecho fundamental". La *prueba viciada* de que hablan algunos autores se refiere a la capacidad de ser valorada como veraz, con total independencia de su modo de obtención. La *prueba clandestina*, por último, es aquella que se obtiene con un comportamiento oculto, infringiendo la intimidad o privacidad de las personas. Este concepto no aporta ninguna particularidad en tanto se encuadra perfectamente dentro del de prueba ilícita. ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita. Editorial LexisNexis. Santiago 2007. Pág. 23.

- e) La prueba ilícita *tiene como hábitat natural al proceso*, en él se puede determinar analizando el material probatorio, si alguna prueba aportada al proceso se encuentra afectada de ilicitud en su obtención, la denuncia de este vicio puede provenir de las partes aunque es admisible que pueda ser cuestionada de oficio por el juez al momento de la admisión del material probatorio.
- f) En el proceso la prueba ilícita tiene dos momentos de trascendencia: el primero referido a la decisión de *su admisión* al proceso²⁸¹, el juez no debe admitir medios de prueba de esta naturaleza, debe más bien desterrar la prueba ilícitamente obtenida; y segundo, a *su valoración*,²⁸² cuando esta prueba fue admitida sin reparo respecto de su ilicitud, el juez no debe basar su decisión en pruebas obtenidas de forma ilícita.²⁸³
- g) La sentencia dictada sobre la base de una prueba ilícita es nula y su nulidad debe ser declarada oficiosamente por el Juez A-Quem. Inclusive esta situación podría generar la interposición de un proceso constitucional hábeas corpus o de amparo con la finalidad de lograr su nulidad con indicación precisa de las pruebas ilícitas, el destierro de las mismas del proceso y la emisión de una nueva decisión.

281 Haciendo un comentario de la legislación española (precisamente el artículo 11.1 de la LOPJ) señala que debe entenderse que el juez no puede pronunciarse *ex officio* sobre este punto e inadmitir *ab initio* una prueba por ilícita. Si ello es así, debemos preguntarnos ¿qué sentido tiene esta peculiar regulación en la que primero se admite la prueba para, con posterioridad, declarar su ineficacia por ilícita? Probablemente el legislador al formular esta regulación ha sido consciente de dos hechos: la extrema dificultad externa de apreciar *in limine* la ilicitud de la prueba sin una previa denuncia por la parte perjudicada; y la oportunidad —y necesidad— de articular un incidente contradictorio en el que discutir y verificar la ilicitud de la prueba. Con esta nueva regulación el legislador ha querido evitar que el juez realice prejuicios frustrantes del derecho a la prueba, por lo que respetando la eficacia de este derecho prefiere que el litigante perjudicado por la presunta ilicitud de una prueba pueda defenderse. En todo caso, entiendo que si el juez aprecia inicialmente esta presunta ilicitud de la prueba deberá admitirla e iniciar el procedimiento incidental contradictorio previsto en el artículo 287 LEC. PICÓ I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

282 GERHARD sostiene una tesis muy analítica sobre el particular, señala que la libre apreciación de la prueba intervendría en el tiempo y por lógica sólo tras haberse resuelto, sobre la base de *otras reflexiones*, la cuestión de la admisibilidad o del cumplimiento del deber de esclarecimiento. Sólo cuando se haya aclarado que determinada circunstancia constituye un motivo de prueba lícita, se pasará en vista de esa circunstancia a apreciar la prueba. Sólo cuando unas circunstancias hayan sido lo suficientemente aclaradas, podrá darse comienzo a la apreciación. Las cuestiones relativas a la admisibilidad y al esclarecimiento tienen que resolverse con el auxilio de criterios que nada tiene que ver con la libre apreciación de la prueba. GERHARD WALTER. Libre apreciación de la prueba. Editorial Temis Librería. Bogotá 1985. Pág.327. En ello GERHARD tiene absoluta razón y compartimos su tesis, ya que la apreciación o valoración de la prueba sólo debe darse una vez levantado el manto de ilicitud que recae sobre determinados medios de prueba denunciados como portadores de ese vicio.

283 No podemos dudar sostiene María SAENZ de que cuanto el juzgador basa su decisión en una prueba ilícita no viola la norma que disciplina el método para adquirir, aplicar o valor la prueba sino que viola directamente la norma que lo vincula a juzgar conforme a pruebas legítimas. En conclusión realizada en sede de decisión no es un mero acto de validez sino un juicio que se apoya en la prueba válida. En "La prueba ilícita en el proceso penal" ubicado en www.ciencias penales.org.

- h) En el proceso es donde se debe decidir sobre *la exclusión*²⁸⁴ de la prueba ilícita (en la etapa de valoración) cuando su obtención se haya realizado vía configuración de un atentado a los enunciados constitucionales que protegen y reconocen derechos fundamentales, principios generales de naturaleza sustantiva o procesal o establecida en normas legales. Aunque se aprecia la diferencia entre prueba ilegal o ilegítima y prueba ilícita.²⁸⁵
- i) En el tópico de la prueba ilícita es concurrente la *contraposición de valores importantes*: la búsqueda de la verdad (soportada en el derecho a la prueba) y la garantía y respeto de los derechos fundamentales.²⁸⁶
- j) Si bien en este tópico el principio general es que el juez no debe basar su decisión en pruebas obtenidas de forma ilícita, sin embargo *corresponderá al juez proponer la atenuación de esta regla, haciendo la confrontación de este principio con otros valores constitucionalmente relevantes*.²⁸⁷ El juez al resolver debe poner en la balanza valores o principios y contrastarlos con otros, determinando cuál de ellos debe prevalecer en el caso particular. Ello en nuestra realidad se puso en evidencia con los famosos "vlavideos". La doctrina en esta situación propone la aplicación de la *teoría de la proporcionalidad*.²⁸⁸ Aun-

284 Debe entenderse como *exclusión* en materia de prueba ilícita al mecanismo que utiliza el juez para *expurgar* del proceso la prueba que se ha obtenido vulnerando derechos fundamentales. La exclusión tiene dos aristas: el *rechazo* de este tipo de medio de prueba y la *no valoración* de la misma, lo que implica que en la sentencia el juez no debe tomarla en cuenta para sustentar su decisión.

285 Enrique FALCÓN refiere que en el derecho estadounidense existe la denominada "audiencia de exclusión" (*exclusionary hearing*) se trata de una audiencia prejudicial para quien alegue prueba obtenida ilegalmente y sea revisada por el juez del juicio para determinar si es o no admisible en el proceso. Agrega que la *illegality* (ilegalidad) es todo aquello contrario a los principios del derecho, que es diferenciado por las reglas del procedimiento y que la obtención de la prueba ilícita (*illegally obtained evidence*) es la prueba obtenida con violación de los derechos de defensa. FALCÓN, Enrique M. Tratado de la prueba. Op. Citada. Pág. 772.

286 Conforme sostiene GALVEZ MUÑOZ desde el punto de vista de la prueba ilícita en el proceso penal en estos casos se encuentran en conflicto dos intereses que están constitucionalmente protegidos, aunque plantean exigencia procesales absolutamente contrapuestas: a) el interés público en *descubrir la verdad en el proceso que en cada ocasión se está instruyendo*, es decir, en lograr la reconstrucción fiel del caso planteado ante los tribunales de justicia, y ello con el fin de que éstos puedan aplicar correctamente el Derecho y acercarse, así, al ideal de la justicia material y a la realización de otros valores relevantes, como la protección de la sociedad frente a los delincuentes, la desincentivación de la autotutela privada o la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia; b) en segundo término y enfrentado al anterior, se *encuentra el interés también de carácter público en tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales de los ciudadanos*, es decir, en otorgar la máxima protección jurídica a los mismos, a fin de lograr su plena realización. GALVEZ MUÑOZ, Luis. La ineficacia de la prueba... Op. citada. Págs. 54 -55.

287 En el proceso penal se habla de un *interés preponderante de la sociedad* a saber la verdad sobre los hechos y sancionar el delito y el *interés del procesado* quien tiene el derecho a defenderse y ser sometido a un proceso justo, recibiendo una sentencia que no esté basada en pruebas obtenidas de forma ilícita. En el proceso civil se contrasta el derecho a probar de una de las partes y el derecho fundamental vulnerado en la obtención de la prueba ilícita.

288 Es el caso de los divorcios por adulterio o conducta deshonrosa que se prueban con interceptación telefónica realizada por el cónyuge que sospecha de la conducta de su consorte y grava las

- que finalmente de existir ilícitos penales en la obtención de la prueba si se aplica este tesis, el juez debe oficiar al Ministerio Público a fin de que investigue y denuncie ante la autoridad judicial los ilícitos cometidos durante la obtención de la prueba.
- k) En el proceso civil podemos ubicar generalmente como pruebas ilícitas: aquellas obtenidas vulnerando el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, las que violentan el domicilio, las producidas bajo grave amenaza o intimidación, las obtenidas vulnerando el derecho a la libertad, entre otras.
- l) Es posible encontrar pruebas que en si mismas son lícitas, obtenidas con todas las garantías y respeto a los derechos fundamentales, pero pueden engarzarse dentro de la configuración de "*pruebas ilícitas por derivación*", son aquellas a las que se arriba por información recopilada por una prueba ilícitamente configurada.²⁸⁹ La doctrina no se ha puesto de acuerdo si éstas deben tener el mismo tratamiento que las pruebas propiamente ilícitas²⁹⁰, aunque mayoritariamente se admite que en el proceso estas pruebas deben ser excluidas porque también existe ilicitud en su obtención.²⁹¹
- m) Las pruebas ilícitas derivadas son producto del precedente de los Tribunales Americanos que han generado la teoría de los "*frutos del árbol envenenado*".

conversaciones telefónicas entre su cónyuge y un tercero o con interceptación de mensajes de La Internet. En este caso en concreto encontramos por cierto en la balanza: por un lado el derecho a la intimidad del cónyuge demandado y el derecho al secreto de las comunicaciones y del otro, el derecho a la prueba del actor. Es aquí donde se busca la aplicación del *principio de proporcionalidad*, para contrastar cuál de los derechos debe primar sobre el otro, entendiendo siempre que los derechos que asigna la constitución y las garantías que de ella se derivan no deben interpretarse nunca en sentido absolutista.

289 Cuando una persona obstinada en la obtención de su divorcio viola el domicilio de su cónyuge -de la cual vive separado- para llevarse las cartas o misivas, tarjetas u otros objetos que demuestren que sostiene una relación amorosa con otra persona o interviene en esa morada su computadora personal y sustrae en elementos electromagnéticos toda la información que esta tenía y que se encuentra estrechamente relacionada a la relación adulterina con un tercero. Aquí las cartas y la información son pruebas que en circunstancias normales si son presentadas por las partes y que hayan sido obtenidas de manera regular son lícitas, sin embargo, aquí tenemos el quid de la *derivación*, pues ellas derivan de la violación de domicilio ejercitado en contra de la parte demandada. Otro ejemplo es cuando un sujeto utilizando la tortura o grave amenaza logra que otro sujeto declare por escrito (firme una declaración jurada) en la cual admita que simuló un acto jurídico con otra persona, con el objeto de perjudicar al torturante en su patrimonio o en una acreencia.

290 En el derecho español se establecieron criterios de permeabilidad de las reglas sobre prueba ilícita, sobre todo en la denominada *prueba derivada* creando la doctrina de la *conexión de antijudicialidad* por el cual no toda prueba que deriva de prueba ilícita es también ilícita, por lo cual hay que realizar una operación lógico deductiva que permita determinar su relación.

291 En estos casos se aconseja utilizar un mecanismo para establecer si la prueba obtenida deriva o no de la prueba ilícita, llamado *supresión mental hipotética*, el cual consiste en suprimir el acto viciado y se verifica si, sin él, racionalmente se hubiera llegado al acto regular. Si el resultado es positivo, el medio de prueba se puede valorar, en este caso se aconseja hacer uso de las máximas o reglas de la experiencia.

nado"²⁹²(*fruit of poisonous tree doctrine*), que tiene un significado simple: *si la planta o árbol está afectado de algún vicio, éste es transmitido a todos sus frutos*. Razón por la cual ni el árbol o planta (prueba ilícita) o sus frutos (prueba ilícita derivada) tienen cabida en el proceso. A esta teoría la doctrina la conoce también como "*regla de exclusión o la doctrina de la fuente independiente*" (Maier, Cafferata, De Marino).

Picó sostiene que la doctrina de los frutos del árbol envenenado viene a determinar la ineficacia jurídica de aquellas pruebas válidamente obtenidas, pero que se derivan de una inicial actividad vulneradora de un derecho fundamental. Rechazando a la doctrina y jurisprudencia de su país que entienden que la teoría de origen norteamericano, de la *fruit of the poisonous tree doctrine* (o doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita) haya sido recogida por el artículo 11.1 de la LOPJ,²⁹³

- n) También se conoce en esta materia la *doctrina del "tinte diluido"* que tiene que ver con prueba derivada de otra prueba que a su vez es prueba ilícita derivada. Propone la doctrina la admisión y valoración de este medio de prueba en el proceso, pues no tiene relación directa con la prueba ilícita, su relación es más bien distante.
- o) En la prueba ilícitamente obtenida es admisible la *excepción de buena fe (good faith exception)*, por la cual la prueba no puede ser excluida o suprimida del proceso cuando fue obtenida por una de las partes pero que en dicho accionar *actuó de buena fe*, porque erróneamente consideró se encontraba haciendo lo correcto (buena fe creencia), se creyó autorizado para ello, creyó tener derecho a su obtención. Esta excepción tiene uso frecuente en el derecho estadounidense siendo sus jueces pioneros en su aplicación, por ejemplo en el caso *US vs. Peltier* resuelta por el juez Rehnquist y el caso *Stone vs. Powell* sentenciada por el juez White. En esta excepción se requiere de la buena fe del sujeto infractor.

292 La doctrina de los frutos del árbol envenenado, desarrollada en Estados Unidos a partir del caso *Silverthorne Lumber Co. V. United States*, 1929, en el que se decidió que no se podía intimar a una persona para entregara documentación a cuyo conocimiento había llegado la policía a través de un allanamiento ilegal. La expresión que alude a esta doctrina: "*fruit of the poisonous tree*" la acuñó el juez Frankfurter en el caso *Nardone V. United States*, 1939 en los siguientes términos: "Once that established—as was plainly done here—the trial judge must give opportunity, however closely confined, to the accused to prove that a substantial portion of the case against him was a fruit of the poisonous tree. This leaves ample opportunity to the Government to convince the trial court that its proof had an independent origin" ("Una vez que está establecido—como lo ha sido plenamente aquí— el juez del caso debe dar oportunidad; por mucho que sea estrechamente restringida, al acusado para probar que una parte substancial del caso seguido en su contra ha sido un fruto del árbol venenoso. Esto deja amplia oportunidad al Gobierno para convencer a la Corte que su prueba tuvo un origen independiente). ZAPATA GARCÍA, María Francisca. La prueba ilícita. Op. Citada. Pág. 28-29.

293 Picó I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

- p) Cuando se decida la inadmisión de una prueba que el juez considera ilícita debe darse la oportunidad a la parte que la propuso para que haga valer la vía recursiva y esta decisión impugnada pueda ser analizada a mayor profundidad por el órgano judicial superior, el cual deberá verificar si la decisión tomada por el juez A-Quo es la correcta o no lo es. Lo que se debe impedir en este caso es que la decisión sea en única instancia e inapelable.
- q) La prueba ilícita tiene sustento en normas de Derecho Internacional vinculadas a Derechos Humanos, así el *Estatuto de Roma* señala en su artículo 69 punto 7 "no serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derecho humanos internacionalmente reconocidos cuando: a) esa violación suscite serias dudas sobre la fiabilidad de las pruebas; o b) su admisión atente contra la integridad del juicio o redunde en grave desmedro de él". De igual forma encontramos al artículo 8 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y el numeral 10 de la *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*.
- r) Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia derivada del expediente No. 2053-2003-HC/TC que "la prueba ilícita es aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva e inutilizable". Sin embargo tenemos precedentes de este mismo nivel en el Derecho Comparado.²⁹⁴

Nuestro CPC ha regulado de manera muy general el tópico de la prueba ilícita en su artículo 199 refiriéndose la "*ineficacia de la prueba*" definiendo que *carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por simulación, dolo, intimidación, violencia o soborno*.

294 Sobre jurisprudencia existe un decisión emblemática del TC de España referida a la prueba ilícita, es la sentencia 114/84 del 29.11.84 con la que en sede de amparo promovido por un trabajador que en la vía laboral había recibido una sentencia que justificaba su despido basado en una falta grave acreditada con conversaciones grabadas violentando el derecho a la comunicaciones, la sentencia desestimó el amparo pero dejó sentado criterio sobre una teoría general de la prueba ilícita. El ponente en esta sentencia fue nada menos que el renombrado LUIS DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. Con esta sentencia el TC español perfiló la prueba ilícita que luego fue recogida por el legislador para integrarla en el Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, este es el origen de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales en este País. La Constitución en el artículo 24.2 tiene contenida disposición vinculada a la prueba ilícita. Aquí un extracto de esa decisión "...lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos". "...Hay, pues, que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos fundamentales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita".

La actividad oficiosa del juez en el proceso civil los convierte en un juez más activo y decido a resolver el conflicto con todas las herramientas que le brinda el ordenamiento procesal, y hacerlo sobre todo de manera más justa, ello lo convierte en los que hoy llamamos el juez *director del proceso* (basado en la categoría de publicización del proceso).³⁰⁶ Ahora bien, consideramos que fundamentalmente lo que debe motivar al juez en la incorporación de medios de prueba de oficio, es verificar con total certeza y objetividad la verdad material de los hechos involucrados en él. Sobre todo esta vocación debe utilizarse para descubrir conductas de las partes, contrarias al *principio de moralidad de las partes en el proceso* (como el *fraude procesal*) o cuando la información suministrada por las partes a través de sus abogados (por defensa deficiente u omisiva, error, descuido, negligencia, inoperancia, inexperiencia)³⁰⁷ es insuficiente para resolver con total justicia el conflicto y se requiere de otros medios de prueba que solucionen el conflicto.

La carga probatoria³⁰⁸ en el sistema procesal moderno no sólo está a cargo de las partes, esta tarea es compartida por el juez; sin embargo, para ello el juez no debe crear ni generar hechos, debe basar su actividad en lo que han proporcionado las partes, salvo que se desentrañe del interior del proceso una conducta fraudulenta de las partes que perjudique a terceros, en tal caso será necesario salir de la esfera de los hechos proporcionados por las partes. Por ello se considera que la prueba de oficio quiebra la regla general de que la carga probatoria corresponde a las partes, considerándolo como una excepción³⁰⁹ al principio de la carga de la prueba.

306 Como sabemos el argumento del juez "director del proceso", el elemento publicístico del proceso, la actividad oficiosa en materia de prueba es atacada frontalmente por aquellos que defienden la tesis del garantismo procesal, aquí por ejemplo encontramos —entre otros— a Cipriani y Montero Aroca, el primero no admite una actividad oficiosa del juez más allá de la dirección formal del proceso, la potestad oficiosa en materia probatoria en manos del juez afectan el principio de igualdad de las partes. El segundo, repele la idea vinculada a la publicización del proceso, pues ello implica recortar esta facultad de las partes, poniendo objeciones a la proporcionarle iniciativa probatoria al juez, pues ello quiebra su condición de tercero. De otro lado, aquellos que no comparten esta tesis han pretendido desprestigiarla vinculándola a "posturas ideológicamente antiliberales y totalitarias como el fascismo o el absolutismo", buscando la destrucción del proceso "al servicio del derecho de las partes".

307 CAPPELLETTI — citado por ARAZI— considera que el juez puede corregir el error de los abogados, lográndose de esta manera una real igualdad de los litigantes cuando alguno de ellos, a menudo por razones económicas, no está en condiciones de asegurarse una defensa suficientemente hábil y calificada. ARAZI, Roland. La prueba en el proceso civil. Op. Citada. Pág. 39.

308 La doctrina también admite el vocablo *carga probatoria oficiosa* o *carga probatoria del juez* para referirse a la prueba de oficio en el proceso civil. Tomando este criterio Ysabel SÁNCHEZ sostiene que la prueba de oficio es en realidad una carga probatoria atribuida por ley al magistrado, pero no un deber ni una facultad, en consecuencia, la redacción del artículo 194 del CPC no es feliz sobre el tema, por cuanto no se trataría tampoco de algo "facultativo", sino que es una carga impuesta al juez. En principio la carga asemeja a una facultad, sin embargo, ello contiene a su vez una consecuencia gravosa. De no practicarse una prueba de oficio el juez, se corre con el riesgo de hacer del proceso algo inútil, vacío; en tanto que el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio por el cual lograr la solución al conflicto de intereses que ha dado inicio al mismo. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, YSABEL. Hacia el Final de una polémica bizantina sobre la prueba de oficio en el proceso civil. En Revista Jurídica del Perú, derecho privado y público. Numero 89, Julio de 2008.

309 "(...) la mencionada norma (se refiere al artículo 194 del CPC) resulta ser una excepción al princi-

Es definitivo que en este caso la actividad oficiosa del juez en materia probatoria propicia sentencias que cubren las expectativas no sólo de las partes que recurrieron al servicio de justicia en busca de tutela, sino que ello redunde de manera directa en la confianza de la comunidad en la actividad jurisdiccional.

¿Pero la actividad oficiosa del juez con relación a la prueba debe ser entendida como *facultad* o como *obligación*?

Conforme a la opinión de nuestro colega y amigo Héctor LAMA la *prueba de oficio es una facultad del juez y no una obligación*. Por ello se sostiene que el órgano jurisdiccional superior no se encuentra facultado para ordenar al inferior que actúe prueba de oficio, a efecto de que éste "se forme convicción respecto de los hechos controvertidos", puesto que la convicción o certeza constituye un estado psicológico del juzgador que no puede serle impuesto pues atentaría contra el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales que constituyen una garantía de la función jurisdiccional previsto en nuestra Carga Magna.³¹⁰

La facultad de actuación de medios probatorios de oficio conforme a las ideas de María GUERRA CERRÓN³¹¹ es una *facultad del juez y no una obligación y debe ejercer esta facultad con la garantía de su independencia judicial*. Considera que no debe ordenar la actuación de medios probatorios de oficio sino en todo caso mencionar que puede recurrir a la facultad que le concede el artículo 190 del CPC y el juez decidirá lo que corresponde de manera independiente.

Con una opinión más amplia MARTEL CHANG sostiene que la facultad contenida en el artículo 194 del CPC debe ser utilizado por los jueces con respecto a los límites que rigen la actuación de las pruebas de oficio, todo ello en aras del debido proceso legal y del respeto al derecho de defensa de las partes. Agrega que donde se ve enfrentado a la Justicia y la prevalencia de la formalidad procesal, debe resolverse a favor de la primera. Es una herramienta para hacer justicia concreta y por ende generar paz social, aparte de su empleo solo en los casos que resulte justificado, la debida y suficiente motivación de las resoluciones judiciales en materia de pruebas de oficio es un *imperativo que no debe postergarse más, pues sería una decidida contribución al correcto uso y manejo de esta herramienta legal*. Finalmente advierte que los jueces que hagan uso de esta facultad cuidando de no afectar su imparcialidad y la igualdad de las partes en el proceso, pues de ser así, tanto él como el servicio de justicia se deslegitimaría.³¹²

pio de la carga de la prueba referida en el artículo 196 del Código Procesal acotado, y tiene como objetivo permitir que el juez tenga actividad probatoria complementaria a la efectuada por las partes, las mismas que no le hayan producido convicción acerca de los hechos controvertidos". Casación No. 1123-1999-Arequipa.

310 LAMA MORE, Héctor E. "El juez y las pruebas de oficio". En www.hechosdelajusticia.org.

311 GUERRA CERRÓN, J. María ELENA. "Medios probatorios de oficio. ¿Facultad u obligación?" En *Diálogo con la Jurisprudencia* No. 99. Diciembre de 2006.

312 MARTEL CHANG, Rolando. "Pruebas de oficio en el proceso civil. Poder con límites". En *Actualidad*

Esta fórmula legal no menciona el vocablo "*prueba ilícita*" ni menciona la afectación que ésta puede producir en derechos fundamentales en su obtención, tampoco dicta pautas respecto a las reglas de excepción, ni del principio de proporcionalidad, felizmente la doctrina se encargó de esta labor y el juez civil debe echar mano a lo producido por ella para resolver problemas en el proceso que se vinculen a prueba obtenidas violentando derechos fundamentales.

Desde un análisis de la afectación de derechos fundamentales con la prueba ilícita el maestro español Picó afirma que la ilicitud de la prueba es un límite extrínseco del derecho constitucional a la prueba. La prueba ilícita es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. El derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible, al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue mayor eficacia y virtualidad. Ello significa limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con infracción de derechos fundamentales.²⁹⁵

Existe una norma en el derecho comparado más completa que merece citarla para graficar el avance de derecho escrito en esta materia, así tenemos el artículo 287 del LEC, Ley 1/2000:

1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva.

Conforme a esta norma es admisible la denuncia de parte sobre la existencia en el proceso de prueba ilícita aunque cabe la posibilidad de la actuación *ex officio* del juez. Esta situación se discute en audiencia con participación de las partes, realizando actuación de pruebas (pertinentes y útiles) que ayuden a decidir si se trata o no de una prueba ilícita. La impugnación inmediata de lo decidido está restringida a la reposición, sin embargo puede el desfavorecido reservarse este tema como argumento en la apelación de la sentencia.

295 Picó I JUNOY, Juan. "La prueba ilícita en el proceso civil español". Op. Citada.

20. LA PRUEBA DE OFICIO

La prueba de oficio en el proceso civil es un tópico que tiene mucha discusión y discrepancia entre los estudiosos del Derecho Procesal, precisamente porque la doctrina presenta un panorama disperso sobre el particular, algunos estudiosos parten de la premisa que la actividad probatoria en el proceso se encuentra estrictamente restringida a las partes, en tanto que otros proponen que las partes y el juez pueden tener actividad probatoria en el proceso,²⁹⁶ este último se encuentra habilitado para ello en situaciones determinadas, en tal caso nos encontramos frente a una actividad *ex officio iudicis* en la aportación de material probatorio.

El principal escollo encontrado en este tópico son las objeciones de la doctrina con respecto a esta actividad oficiosa del juez en materia probatoria, ya que ésta puede producir: a) Afectación del principio de imparcialidad; b) Vulneración del derecho al debido proceso; c) Quiebra el criterio de igualdad de las partes.

Para desentrañar la problemática presentada en la actividad probatoria oficiosa del juez debemos partir precisando:

- a) Que en el proceso se requiere siempre verificar la verdad;
- b) Debemos determinar el tipo de juez que llevará adelante el proceso: "el juez director del proceso", "el juez dictador" o "el juez espectador"
- c) Se debe determinar si esta actividad oficiosa del juez constituye "una facultad" o "una obligación".
- d) Si el justiciable requiere de una sentencia justa y que resuelva definitivamente el conflicto de intereses o se dicte una sentencia formalmente válida pero que no satisface al justiciable y crea desconfianza en la actividad jurisdiccional.

Empezaremos refiriéndonos a uno de los principios fundamentales sobre los cuales se asienta nuestro proceso civil, *el principio dispositivo* por el cual el proceso civil sólo puede ser iniciado y desarrollado por las partes, el impulso corresponde estrictamente a las partes (*nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*), son ellas las que proponen las pretensiones (*petitium*), los hechos que la sustentan (*causa petendi*), llamado también objeto del proceso (el juez no puede incorporar hechos) y las pruebas que acreditan lo afirmado, la actividad probatoria corresponde estrictamente a las partes. Las partes tienen el derecho de disposición sobre el derecho material (*de la res in iudicium deductae*) por desistimiento, conciliación o transacción. Conforme informa este principio el juez no puede ir más allá de lo que

296 "(...) constituye un principio procesal que los medios probatorios deban ser ofrecidos por las partes, tal como se aprecia del artículo 189 del código adjetivo, estableciendo dicho Código, además, la posibilidad de la actuación de pruebas de oficio sólo cuando los demás medios de probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para crear convicción en el juez, contrario sensu, si estos le han bastado para sustentar su decisión es innecesaria tal actuación de oficio". Casación No. 2601-98- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de junio de 1999.

proponen las partes, de lo cual se deriva el *principio de congruencia procesal* (*ne eat iudex ultra o extra petita partium*). El juez tiene restricciones para su actuación en el proceso, aquí nos encontramos con el *juez espectador*, también conocido como *juez convidado de piedra*, pues sólo va a resolver con lo que las partes aporten como material probatorio. En esencia este principio vinculado a nuestro tópico determina que la carga probatoria corresponda solamente a las partes²⁹⁷, el juez no puede realizar actividad oficiosa sobre este particular (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partibus*), pues pierde imparcialidad y su conducta busca favorecer sólo a una de las partes.²⁹⁸

La prueba se define como actividad, regulada por la ley procesal, que realizan el juez, las partes y los terceros, para poner a disposición del primero de los instrumentos de cuya valoración aquél extraerá las razones o argumentos con los que formará su convicción acerca de la verdad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento y decisión.²⁹⁹

Quienes consideran que el proceso debe quedar al exclusivo arbitrio de las partes, en lo que hace a la aportación y ofrecimiento de pruebas, como a la conducta que deben observar en el proceso, sostienen ahora que una postura contraria vulnera la Constitución Nacional (se refiere a la Constitución Argentina). En otros términos, sostiene que sólo se respeta la garantía constitucional al debido proceso, como el principio de igualdad, cuando el juez tiene la conducción formal del proceso pero no la material, es decir, cuando se mantiene como un observador ajeno a su resultado, cuestión esta última que sólo interesa a las partes.³⁰⁰

La actividad probatoria del juez en el proceso civil aparece enfrentada según la doctrina con el principio dispositivo, sin embargo la situación antes descrita aparece superada con el contenido del artículo 194 del CPC³⁰¹, pues si bien el proceso civil

297 El artículo 196 de nuestro CPC señala sobre el particular "salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, a quien los contradice alegando nuevos hechos".

298 Esta tesis es defendida por el magistrado español Xavier Lluch al expresar que se debe distinguir entre cargas de las partes y facultades del juez. A las partes les corresponde la carga de alegar y probar. Incumbe a las partes la función de averiguar las fuentes de prueba y aportarlas al proceso, y no es tal misión la del juez, so pena de subvertir de juzgar o menoscabar el insoslayable deber de imparcialidad judicial. Nadie mejor que las partes conoce los hechos y puede aportar las fuentes de prueba ante el juez. Las partes son, por ende, quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren también los riesgos por la falta de prueba. LLUCH, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". Op. Citada. Pág. 26-27.

299 QUEVEDO MENDOZA, Efraín. "Prueba: Ensayo de un concepto general". Op. Citada.

300 ROSALES CUELLO, Ramiro. "Constitución, prueba y el papel del juez en el proceso justo" en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 53 a 75.

301 Artículo 194 del CPC "cuando los medios probatorio ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes".

contiene intrínsecamente el interés propio de las partes, sin embargo la sociedad tiene interés supremo en su resultado. Es por ello que hoy hemos pasado del juez espectador al *juez director del proceso*, con facultades oficiosas que le negó el sistema dispositivo tradicional.³⁰²

La crítica que hace la doctrina respecto de que la actividad probatoria oficiosa afecta el principio dispositivo es errada tal como lo expresa el profesor español PICÓ I JUNOY, quien aclara que en todo caso la afectación sería al *principio de aportación de parte*, entendiendo por éste como el principio por el cual se hace la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, el cual está cifrado en el brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*.³⁰³

Realmente el principio dispositivo ha sufrido una variación en su formulación inicial en materia probatoria como lo sostiene Marianella LEDESMA al precisar que si bien tradicionalmente se expresó este principio como un privilegio indiscriminado de las partes en el proceso con el retraimiento oficial del juez ante éstos, ello ha sido punto de partida para ser superado por una nueva enunciación de este principio: la carga probatoria del juez.³⁰⁴ Frente a esta situación se entiende que las partes no pierden la carga de la prueba, pero el juez asume dicha carga oficiosamente con la sola finalidad de descubrir la verdad. Hugo ESCLAPEZ expresa que las partes siguen siendo dueñas de los hechos, con la carga de su respectiva prueba, pero el juez se reserva el derecho de comprobar esos hechos a fin de que la verdad legal, que surge del expediente, y la verdad real, que surge de los hechos, sea una sola.³⁰⁵

302 Eguren afirma que el tránsito de una perspectiva eminentemente privatística e individual a una dimensión social del proceso, abarcativa de ambos condimentos —el público y el privado— impactó en las principales instituciones del Derecho Procesal, introduciendo al debate ora en punto al ámbito clásicamente acordado al principio dispositivo, ora en relación con los roles del juez y de las partes en la dinámica del proceso. La asunción del compromiso del Estado en aras de la provisión de un servicio de justicia preocupado por la verdad y por el efectivo acceso a la jurisdicción mediante carriles que aseguran la igualdad real para ambas partes, ha tenido la virtualidad de enquistar al proceso, redimensionando el juego de deberes, cargas y sujeciones de los contrincantes —en tanto colaboradores del órgano- y de poderes, deberes y abstenciones del juez —director-, que intervienen en la instrucción del proceso-, recreando los juegos de polaridades e intereses, en el contexto de una renovada ética- de tinte eminentemente solidarista- fundada en los principios constitucionales. Agrega que el servicio de justicia ha dejado de ser una lucha privada librada en arena pública para convertirse en una función del Estado cuyo órgano transvasa la pose de un mero observador neutral e inerte y se incorpora como sujeto participativo en la dinámica del debate. EGUREN, María Carolina. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad-igualdad". en Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 201 a 213.

303 PICÓ I JUNOY, Joan. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". En Revista Peruana de Derecho Procesal No. II. Pág. 13 a 28.

304 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. "La prueba de oficio en el sistema dispositivo". En Dialogo con la Jurisprudencia Vol. 5 No. 11 / Agosto de 1999.

305 Esclapez, citado por ARAZI, Roland en *La prueba en el procesal civil*. Op. Citada. 44.

Nuestra Corte de Casación en sus resoluciones se inclina a la posibilidad de que la prueba de oficio puede ser ordenada por el órgano jurisdiccional superior, ello se desprende de las siguientes casaciones,³¹³ aunque esta situación es admitida de manera muy mayoritaria por las Salas Superiores de nuestro Sistema Judicial:

Casación No. 1342-98-Chincha: "Aun cuando no se trata de un punto denunciado por la impugnante, interesa a la justicia por razones de celeridad y economía procesal, señalar en este caso concreto que las sentencias inferiores no han observado, para definir la controversia, la discrepancia existente entre el asiento del Registro de Intestados obrantes a fojas 19 y 211 y la copia literal de dominio a fojas 22 repetidas a fojas 44 y 129, con relación a la fecha de anotación ...por tal razón el juzgador ha debido ordenar de oficio la exhibición de las copias autenticadas de los referidos documentos, conforme a lo dispuesto en el artículo 194 del Código Procesal en mención..."

Casación No. 2911-2002-LIMA: "El hecho que la citada Sala haya ordenado al A-quo que actúe una prueba de oficio no constituye en modo alguno interferir con su independencia jurisdiccional, ni que se sustituya en el lugar de las partes procesales, pues, *el juez, en cumplimiento de su rol de director del proceso no puede sustraerse de su ineludible obligación de rodearse de todos los elementos de juicio necesarios para la solución de la controversia* y, a partir de ahí, aplicar su razonabilidad en la apreciación de los medios probatorios y de los hechos aportados al proceso, sin perder de vista que la finalidad del proceso de naturaleza civil es el de resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica".

Casación No. 2318-2005-SANTA: "Por lo demás, todos los magistrados tienen la posibilidad legal de solicitar medios probatorios a las partes, a fin de resolver el conflicto intersubjetivo de intereses, de la manera más justa, aplicando irrestrictamente la ley"

Casación No. 1121-2004-CHINCHA-ICA: "Se evidencia la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, al haberse violado las reglas de la valoración de la prueba, porque tanto el a quo como el Colegiado Superior a quem al confirmar la resolución apelada que declara improcedente la demanda no han merituado los hechos que revelan si hubo o no simulación en el caso de autos,

Jurídica No. 140. Julio de 2005.

313 Aunque hemos encontrado un criterio distinto en la Corte Suprema: "(...) nuestro ordenamiento procesal civil recoge el sistema de libre valoración de la prueba, si la instancia superior no está de acuerdo con la apreciación de los medios probatorios efectuado por el inferior, tiene expedita su atribución revocatoria del fallo apelado, pero no puede disponer que este varíe la convicción a la que haya arribado, ni mucho menos ordenar actuar pruebas de oficio por ser esta una función discrecional del juez y siempre y cuando no haya arribado a una convicción sobre los hechos materia de la controversia". Casación No. 2057-1999-Lima.

motivo por el cual corresponde anular las sentencias antes señaladas a fin de que se haga un pronunciamiento sobre el fondo de la materia controvertida, declarando fundada o infundada la demanda, *pudiendo el a quo antes de emitir pronunciamiento, integrar al proceso todo el material probatorio ofrecido y/o actuar pruebas de oficio de conformidad con lo que dispone el artículo 194 del CPC*".

Nuestra opinión sobre el particular es que la herramienta otorgada al juez por el artículo 194 del CPC en estricto *es una facultad del juez que debe ser usada sólo cuando existe deficiencia en la carga probatoria de las partes y considerando que sin su uso no será posible resolver con justicia el caso concreto*.³¹⁴ Para el ejercicio de esta facultad requerimos de jueces decididos a resolver el conflicto con la certeza absoluta de los hechos controvertidos, por ejemplo cuando no se puede llegar a ella por deficiencia en la defensa de las partes que puede generar una grave desigualdad, así, la parte que tiene una defensa más preparada que la otra, tendrá éxito en el proceso en desmedro de la otra, en este caso en particular el juez debe hacer uso de este instrumento a fin de resolver el conflicto de manera correcta (aun mediando negligencia de las partes el juez tiene el deber de suplir esa omisión y antes de fallar tiene que esclarecer los hechos ordenando la producción de prueba que considere decisiva: MORELLO). Coincidimos con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional que ha precisado que la prueba de oficio *es una actividad facultativa del juez*, pues corresponde a la esfera de su decisión si actúa o no un medio de prueba para resolver el conflicto, las partes no lo pueden obligar a realizar tal actividad si ya precluyó la etapa postulatoria, ni pueden denunciar su inactividad en ese sentido.³¹⁵

Sin embargo, consideramos que los miembros del órgano jurisdiccional Supremo o Superior al absolver el grado, se encuentra facultados para disponer que el juez haga uso de esta herramienta, el límite de este poder es que sólo se debe ordenar en casos donde resulte absolutamente justificado su uso, *en esta situación la facultad que tiene el juez A-quo se convierte en obligación*, ya que el juez no puede sustraerse de lo ordenado por autoridad judicial jerárquicamente superior, ya que debe cumplir con lo ordenado.³¹⁶

314 "(...) la sentencia de vista ha cuestionado las pruebas ordenadas a actuar de oficio, porque sostiene que solamente se pueden ordenar para complementar la actividad probatoria de las partes, pero para sustituirla, y sin tomar en consideración dichos actuados, revoca el fallo de primera instancia, considerando que no se ha acreditado fehacientemente la obligación de pago demandado". Casación 2482-2006-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03.09.07. Casación No. 14000-T-97-Ucayali.

315 "(...) de conformidad con el artículo 194 del Código Procesal Civil, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción, el juez puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales, resultando ello una facultad discrecional del juez, y no un imperativo, por lo que al no haberse ordenado en autos la actuación de una prueba pericial de oficio, no se ha infringido ninguna formalidad procesal". Casación No. 1804-2002-Callao, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 01.03.04.

316 "(...) en tal sentido, es una facultad o potestad del juez ordenar prueba de oficio pero no es una obligación, más aun si se tiene en cuenta que de acuerdo al numeral 196 del mismo cuerpo le-

Podemos mencionar ejemplos que grafican la necesidad de ordenar que el juez realice pruebas de oficio, así tenemos:

- Cuando las partes han ofrecido medios de prueba extemporáneos al encontrarse en rebeldía o luego de haber precluido la oportunidad para ofrecer medios de prueba, también cuando en el proceso donde no está permitido ofrecer y actuar medios de prueba ante el juez de grado (proceso sumarísimo) y una de las partes los acompaña al recurso de apelación, en todos estos casos el juez superior determina que estas pruebas aportadas están vinculadas directamente con los puntos controvertidos y deciden la controversia, que al no ser valoradas han generado el resultado del proceso en determinado sentido cuando debe ser de otro. En este caso hay que *ordenar que sean incorporados de oficio al proceso y sean actuados en audiencia especial*.
- También hay casos en los que no se ha podido determinar el área de un inmueble que ocupa el demandado (desalojo, reivindicación, entre otros) y el juez no hizo el esfuerzo necesario para establecerlo, por ejemplo haber ordenado de oficio una *inspección judicial con la participación de peritos*.
- Otro caso es donde hay duda sobre la firma de una de las partes que aparece en determinado documento trascendente en el proceso (nulidad de acto jurídico, proceso ejecutivo con título valor, cobro de deudas contenidas en documentos privados) y las partes no ha solicitado el *peritaje* correspondiente, pero si aparece como punto de discusión en el proceso.
- Otra situación es cuando ambas partes han ofrecido peritajes de parte discrepantes sobre una firma contenida en determinado documento, en tal situación es necesario decidir sobre un *peritaje de oficio* para tener mayores elementos técnicos sobre el particular y realizar inclusive un *debate pericial*.

Bajo mi punto de vista esta situación no afecta la independencia del juez A quo, pues lo dispuesto por juez superior se encuentra en sintonía con el fin concreto y abstracto del proceso y el uso de la prueba oficiosa servirá para fallar en el proceso con justicia. No se puede privar al juez superior de la atribución como órgano revisor de ordenar al juez su actuación oficiosa de la prueba, pues de hacerlo se pondría generar la existencia de sentencias que no hacen justicia ni resuelven el conflicto de intereses.³¹⁷ Aunque no negamos la posibilidad de que sea el juez

gal, se establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hecho que configuran su pretensión o a quien los contradice alegando nuevos hechos...". Casación 2482-2006-Lima Norte, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 03.09.07.

317 Aunque admitimos que existen posiciones contrarias, como la expresada por el magistrado Abanto Torres quien precisa que ordenar a un juez de inferior grado la actuación de medios probatorios de oficio constituye una interferencia en la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, conducta que contraviene la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Agrega que el Poder Judicial es una institución jerárquicamente organizada. Sin embargo, la independencia en el ejercicio

superior quien actúe los medios de prueba necesarios para resolver el caso en concreto.³¹⁸ Igualmente hacemos una sana distinción, no es posible ordenar pruebas de oficio al juez inferior, cuando se está en desacuerdo y hay discrepancia respecto de la valoración efectuada por el juez, pues ello si afectaría la independencia del juez, no es admisible "ordenar" al juez que valore el caudal probatorio en sentido distinto al que ya hizo, pues, esta discrepancia de valoración, habilita al juez superior a la facultad revocatoria. Esta última situación debe ser tomada en cuenta por los jueces superior para no incurrir en excesos.

Pero en realidad la actuación oficiosa del juez en materia probatoria ¿afecta el principio de imparcialidad, vulnera el derecho al debido proceso o quiebra el criterio de igualdad de las partes? Veamos cada uno de estos aspectos:

Consideramos que el juez que pone en movimiento *la facultad de incorporar pruebas de oficio al proceso no contraviene el principio de imparcialidad* (elemento intrínseco a la actividad jurisdiccional pues el juez es considerado como tercero imparcial), pues la prueba o pruebas incorporadas oficiosamente por el juez al momento en el que las ordena, lo hace sin saber si favorecerán al actor al demandado, lo que importa en este caso es que el juez pueda llegar a establecer la verdad de los hechos y resolver con mayor certeza. Así, si el juez ordena la remisión de una partida registral que aparece incompleta en autos o no fue ofrecida por las partes no sabe cuál será su contenido ni a qué parte favorecerá o perjudicará, igual cuando existe duda del juez respecto de la veracidad de un documento o una firma contenida en el mismo, el cual es importante en el proceso y el juez oficiosamente ordena una pericia especializada para levantar dicha duda, en este caso el magistrado no sabe cuál será el resultado de la pericia. Igual ocurre cuando el juez ordena de oficio antes de emitir sentencia se incorpore como prueba un proceso judicial vinculado a la controversia. Entonces, no se puede afirmar que la incorporación oficiosa de material probatorio al proceso quiebre la imparcialidad con la cual debe desarrollar su función el magistrado, porque el juez no "ayuda" a una de las partes, sino que con esta actividad se encamina en la búsqueda de la verdad de los hechos para resolver con mayor certeza. Ahora bien, la información que brinde el medio de prueba incorporado oficiosamente no la va a valorar el juez de forma aislada, sino que la

de la función jurisdiccional es una garantía institucional esencial en un Estado democrático, por lo que la jerarquía no es ni puede ser incompatible con independencia. La doble instancia permite una diferente evaluación de los hechos y una diferente interpretación del Derecho, por las instancias de mérito, teniendo los jueces de apelación la última palabra mediante la potestad revocatoria, bajo la atenta mirada de la Corte de Casación. La superioridad jerárquica no implica hacer tabla rasa de la independencia del juez de primera instancia. ABANTO TORRES, Jaime David. La prueba de oficio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Los vaivenes entre los deberes y las facultades del juzgador, la jerarquía y la independencia judicial. En Jus - doctrina y práctica setiembre de 2007.

318 "(...) si el colegiado consideró necesarios dichos medios probatorios (extemporáneos) para formal convicción, debió hacer uso del artículo 194 del Código Procesal Civil, que permite ordenar pruebas de oficio, facultad que puede utilizar en cualquier etapa del proceso". Casación No. 3067-00-Cañete, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30.11.99.

valoración la debe hacer de forma conjunta y además razonada de todo el material probatorio incorporado al proceso. La prueba de oficio no decide o incide siempre el resultado del proceso, aunque cuando el juez lo hace, es porque tiene certeza de que le falta información para resolver la controversia, que ésta se encuentra fuera del proceso y que las partes no le han brindado correctamente la misma.

El debido proceso es un derecho de "contenido complejo no posee un contenido que sea único y fácilmente identificable, sino reglado por ley conforme a la Constitución" (Pleno jurisdiccional TC No. 0023-2005-PI-TC). De este derecho que tiene carácter de derecho continente se desprenden otros derechos, como el derecho al juez natural, el derecho al contradictorio, el derecho a ser asistido por un abogado, el derecho a impugnar, el derecho a la prueba, entre otros (derechos contenido). Veamos cómo puede afectar este derecho de las partes a tener un proceso en el cual se dicte una sentencia con las garantías mínimas para el ejercicio de sus derechos. Si el juez incorpora material probatorio al proceso, debe hacerlo con resolución debidamente motivada, señalando la razón fundamental por la cual se hace uso de esta facultad, su incorporación no puede ser arbitraria, antojadiza e inútil, debe perseguir una finalidad útil para el proceso y su resultado. Se debe dar oportunidad a las partes para que hagan valer la cuestión probatoria (tacha), se debe permitir que las partes puedan presentar contraprueba para contrarrestar la información proporcionada por el medio de prueba incorporado.³¹⁹ En los alegatos las partes pueden poner en tela de juicio la eficacia de la prueba incorporada. Esta facultad *ex officio iudicis* en nuestro sistema es inimpugnable por lo cual lo que decida el juez sobre el particular no puede ser objeto de control con la impugnación. Si el medio de prueba no es de actuación inmediata debe actuarlo en audiencia complementaria o en la audiencia que corresponda, con citación de la partes, no se puede incorporar medio de prueba de oficio y resolver la controversia sin dejar que las partes tomen exacto conocimiento de qué medio de prueba se pretende incorporar y cuáles son sus alcances. Si esta actividad oficiosa del juez cumple con los parámetros mínimos³²⁰ antes señalados no es posible hablar de una afectación de derecho al debido proceso de las partes, por el contrario las partes tendrán la garantía de que el proceso se resolverá con absoluta justicia.

319 "(...) si bien el artículo 194 del Código Procesal Civil, faculta al juez, en casos especiales y mediante decisión motivada e inimpugnable, a ordenar de oficio la actuación de medios probatorios adicionales, que le permitan formar convicción respecto de los hechos materia de la controversia, empero tal decisión no debe afectar el derecho de defensa de las partes". Casación 1248-2000 Loreto.

320 Aquí la doctrina se refiere a los límites que tiene el juez para hacer uso de la prueba de oficio, así el profesor de la Universidad de Barcelona PICÓ I JUNOY, precisa los siguientes límites: a) la prueba practicada por el juez debe necesariamente limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes en virtud de los principios dispositivo y de aportación de parte. No puede llevar a cabo ninguna actividad tendiente a investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ni fallar alterándolos; b) es menester que conste en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tendrá lugar la posterior actividad probatoria evitando que utilice su conocimiento privado, garantizando la imparcialidad del juzgador; y c) en el desarrollo del medio probatorio se debe respetar, escrupulosamente, el principio de contradicción y derecho de defensa que todo litigante posee en ejecución de la prueba. PICÓ I JUNOY, Joan. "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites". Op. Citada. Pág. 13 a 28.

Con relación a este debate en la doctrina ARAZI precia que el derecho de defensa tiene dos ángulos diferentes: a) la prueba que el juez ordena oficiosamente tiene que ser producida con todas las formalidades legales y con el contralor de las partes, quienes podrán ejercer las facultades inherentes a cada medio en particular; b) el juez no puede introducir una prueba en forma sorpresiva, cuando la ausencia de ella permite suponer, con fundamento, que los litigantes restringieron sus medios de ataque o de defensa sobre la base de la omisión probatoria de su contrario, y descuidaron algunas cuestiones que hubiesen sido importantes en el caso de estar debidamente probado el hecho controvertido, o no produjeron prueba que se oponga a la que, después, ordenó el juez.³²¹

Desde un plano técnico –afirma Rosales Cuello– se esgrime que en el proceso corresponde diferenciar la imparcialidad de la neutralidad. Se puntualiza que el juez no puede ser neutral, presupuesto su interés en el éxito sustancial del proceso en el que actúa, colaborando contados sus participes hacia su mejor realización. De todos modos, esa postura no afecta su imparcialidad frente a las partes. En consecuencia es criticado el modelo que denomina al juez como "Pilatos", aquel que so pretexto de resguardar su imparcialidad es indiferente al resultado del proceso. Por otra parte, desde una óptica más pragmática y con cita de Sentís Melendo, se expresa que la realidad señala como mayor peligro en este aspecto a la falta de ejercicio de estos poderes. Insiste, por eso, en que no es necesario exhortar a la cautela y a la moderación porque los jueces no suelen pecar por exceso, sino por defecto.³²²

El profesor universitario Obando Blanco señala que lo trascendente en el tema de la prueba de oficio es establecer cuáles son los *límites a la iniciativa probatoria del juez*. Estas son: a) que se limite a los hechos controvertidos o discutidos en el proceso –por lo que se protege el principio dispositivo–, so pena de incurrir la sentencia en incongruencia en cuanto al modo; b) que se limite a las fuentes probatorias que ya consten en la causa –impidiendo así una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial; c) que se permita el ejercer el derecho de defensa a las partes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.³²³

Finalmente, el *principio de igualdad de las partes* en el proceso no se quiebra con la aportación de material probatorio al proceso de forma oficiosa, pues el juez no pone en situación ventajosa a una de las partes en desmedro de la otra, por el contrario esta actividad la hace con el fin de llegar a establecer la verdad de los hechos del proceso y resolver con absoluta certeza. Es pues, el juez un colaborado

321 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 44.

322 ROSALES CUELLO, Ramiro. "Constitución, prueba y el papel del juez en el proceso justo". Op. Citada.

323 OBANDO BLANCO, Víctor R. "Constitucionalidad de la iniciativa probatoria del juez en la proposición de la prueba de oficio en el proceso civil". Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional". Realizado por la Universidad de Lima, Octubre 2007.

en el proceso, aportando oficiosamente material probatorio ante la deficiencia de las partes, así "el otorgamiento de la iniciativa probatoria al órgano jurisdiccional, se observa en la doctrina la configuración del litigante como colaborador y no como *dominus litis*. En la búsqueda del necesario convencimiento judicial acerca de lo discutido en el proceso, tanto las partes como el juez deben mutuamente colaborar, lo cual no supone tratar de subsistir la actividad de la parte por la del juez sino tanto de afirma su compatibilidad".³²⁴ Las medidas para esclarecer los hechos –prueba de oficio en nuestro sistema- no quebrantan el principio de igualdad porque el juez no intenta beneficiar a una de las partes en detrimento de la otra, sino que ejerce sus poderes-deberes para estar en claro antes de resolver.³²⁵

Con la carga probatoria judicial no se quiebra el derecho a la prueba (aun que ya hemos sostenido que no existe derecho absoluto) pues las partes mantienen incólume este derecho, ya que tienen derecho a ofrecer medios de prueba, a que éstos sean admitidos, actuados y valorados. Lo único que hace el juez en esta tarea es aportar medios de prueba al proceso oficiosamente cuando hay deficiencias en este aspecto por las partes.

Lo que se busca en el proceso contemporáneo es un juez activo, un juez que administre correctamente el proceso, que sea pieza fundamental de éste y no un simple "convidado de piedra" que deja en manos de las partes el resultado del proceso. Por ello el juez *director del proceso* tiene carga probatoria como facultad *ex officio*, siempre y cuando la actividad probatoria de las partes sea deficiente. Esta facultad le abre la puerta al juez para investigar sobre la verdad de los hechos controvertidos y lo debe hacer buscando información complementaria a la brindada por las partes, la finalidad de esta actividad es esclarecer los hechos, es llegar a establecer la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

Nuestro sistema procesal ha dado un paso importante con la incorporación de esta facultad al juez en el proceso, aun manteniendo los pilares sólidos del principio dispositivo. El *onus probandi* no sólo corresponde a las partes en el proceso (basado en el interés privado), también lo tiene el juez en situaciones muy concretas (con sustento en intereses más bien públicos). La prueba dejó de ser monopolio de las partes con la visión publicista del proceso. Si la prueba busca generar el convencimiento del juez respecto de los hechos, entonces porque no permitir que el juez participe en esta tarea.³²⁶

324 PICÓ I JUNOY, Joan. Op. Citada. Pág. 13 a 28.

325 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 44.

326 "(...) debe manifestarse que los juzgadores atendiendo a los fines del proceso consagrados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, y acorde con la facultad que establece el artículo 194 del mismo cuerpo legal, el juez puede incorporar al proceso los medios probatorios de oficio que estime convenientes, con lo cual también es posible incorporar la prueba extemporánea ofrecida por una de las partes, para lo cual debe emitir la resolución correspondiente, la que debe notificar a las partes a efectos de que éstas puedan hacer valer sus argumentos de defensa correspondientes. Siendo ello así, es evidente que la rigidez en la admisión de elementos probatorios

Son sabias las expresiones de PARRA QUIJANO quien abogando por la carga probatoria oficiosa con el fin de averiguar la verdad de los hechos sostiene que difícilmente se puede concebir un proceso como justo, cuando la sentencia no se construye sobre la verdad. Decretar pruebas de oficio es una necesidad psicológica que surge cuando se tiene un vacío cognoscitivo. Agrega que el juez educado para investigar, cuando descubre una deficiencia probatoria y como consecuencia un "vacío cognoscitivo", sufre una molestia similar al dolor físico. Frente a esa situación, la necesidad básica de información y comprensión, presiona al juez y debe hacer lo que sea necesario para su satisfacción. No decretar pruebas de oficio cuando hay vacíos cognoscitivos es detener el curso normal del pensamiento, que se abriría paso con carácter corrosivo en busca de la verdad.³²⁷

El aporte de BARBOSA nos ayuda a determinar las funciones del *onus probandi*, la cual tiene dos aristas, una *objetiva* y otra *subjetiva*. La primera consiste en un incentivo a los litigantes para que suministren las pruebas de sus alegaciones; la segunda es una indicación al juez para el caso de que, en ocasión de fallar, no encuentre probado un hecho relevante y tenga que hacer recaer sobre alguna de las partes las consecuencias desfavorables de esa laguna en el material probatorio.³²⁸

Desde la óptica de la sentencia justa ARAZI precisa que el principal deber del juez es dar una sentencia justa, o la más justa posible. Para ello tiene que utilizar todos los medios que el proceso judicial le brinda; las partes tienen la carga de aportar 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 que pueda cumplir con ese deber fundamental. Si no los usa no podrá dicta una sentencia justa.³²⁹

debe ceder paso a la posibilidad de que se admitan nuevos medios probatorios siempre que no se afecte el derecho de contradicción probatoria que asiste a la contraria, esto es, que la otra parte justiciable tenga la posibilidad real de cuestionar los referidos elementos, si lo estima conveniente. En todo caso, el límite es no permitir la ausencia de oportunidad para el debate del medio probatorio extemporáneo ofrecido y luego incorporado por el juez; lo que, además, deriva en la aplicación del principio de unidad probatoria, que informa el código procesal adjetivo". Casación No. 3837-2007-Piura, publicada el 31.01.08.

327 PARRA QUIJANO, Jairo. "La racionalidad e ideología en las pruebas de oficio". Ponencia presentada en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Realizado por la Universidad de Lima el año 2005.

328 BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. "Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba". Revista Peruana de Derecho Procesal No. II. Pág. 29 y ss.

329 ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Op. Citada. Pág. 41.

UNIDAD II: DERECHO DE PROBAR

2) Sentencia Del Tribunal Constitucional, Expediente N° 03997-2013-
PHC/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 05997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2015, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Ledesma Narváez. Se deja constancia que el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera votará en fecha posterior por encontrarse con licencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto contra la resolución expedida por la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 833, de fecha 31 de enero de 2013, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de noviembre de 2011, Noemí Bessi Landázuri Abanto interpone demanda de hábeas corpus contra el juez del Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Sullana, Luis Alberto Pintado Córdova; los jueces de la Sala Penal Liquidadora de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura, Castillo Gutiérrez, Gómez Tavares y Arrieta Ramírez; y, los vocales de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Neyra Flores y Santa María Morillo, por considerar que i) la resolución de fecha 29 de diciembre de 2009 (f. 55), que la condena por los delitos de asociación ilícita para delinquir y estafa genérica y dispone que devuelva lo ilícitamente apropiado, ii) la resolución de fecha 5 de abril de 2010 (f. 233), que confirma la sentencia condenatoria, y, iii) la resolución suprema de fecha 20 de junio de 2011 (f. 243), que declara infundado el recurso de queja interpuesto contra la resolución de fecha 20 de abril de 2010, que deniega el recurso de nulidad promovido contra la resolución superior que confirma la sentencia condenatoria, emitidas, respectivamente, por los emplazados, violan sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la debida motivación conexos a la libertad individual; por tanto, solicita que se dejen sin efecto.

Sostiene que en el proceso penal seguido en su contra (Exp. 559-2004) los órganos jurisdiccionales incurrieron en irregularidades en el ámbito probatorio. En tal sentido, refiere que ni el juez ni la sala demandados visualizó un DVD que ofreció durante la etapa de instrucción; que no se ha valorado el resultado de un informe pericial contable, el reporte de un banco, una carta de reclamo y tres cartas notariales; que no existe prueba que acredite la existencia de documentación paralela a una empresa formal; que no existen



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

, pruebas documentales que certifiquen que los productos comprados por la empresa hayan sido usados o enviados al continente africano. De igual forma agrega que se han considerado en forma fragmentada pruebas vitales que ofreció y que fueron corroboradas en el proceso tales como las conclusiones de la pericia judicial, el testimonio de constitución de la empresa LABOMAX, que prueban que nunca conformó ni participó en la formación de la empresa sino que fue una trabajadora cuya responsabilidad penal tampoco se probó.

Admitida a trámite la demanda, se ordenó sumaria investigación. En tal sentido, una vez realizadas las diligencias indagatorias, el Décimo Primer Juzgado Especializado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte procedió a expedir la resolución de fecha 14 de junio de 2012 (f. 629), declarando improcedente el hábeas corpus por considerar que no se configuró la supuesta violación de derechos fundamentales invocada.

Por su parte, la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda por similar argumento.

FUNDAMENTOS

§. Delimitación del petitorio y del asunto controvertido

1. El objeto del hábeas corpus que se analiza es que se declare la nulidad de i) la resolución de fecha 29 de diciembre de 2009 expedida por el Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Sullana, que condena a la recurrente por los delitos de asociación ilícita para delinquir y estafa genérica y dispone que devuelva lo ilícitamente apropiado, ii) la resolución de fecha 5 de abril de 2010 dictada por la Sala Penal Liquidadora de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura, que confirma la sentencia condenatoria, y, iii) la resolución de fecha 20 de junio de 2011 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declara infundado el recurso de queja interpuesto contra la resolución de fecha 20 de abril de 2010, que deniega el recurso de nulidad promovido contra la resolución superior que confirma la sentencia condenatoria; toda vez que tales decisiones, a juicio de la recurrente, han sido expedidas violando sus derechos al debido proceso, a la defensa y a la motivación de las resoluciones en conexidad con su libertad individual.
2. En el presente caso, la controversia radica en determinar si en el marco del proceso penal seguido contra la recurrente la falta de actuación y valoración de pruebas ofrecidas en la etapa de instrucción penal, en lo que particularmente corresponde al ofrecimiento de un DVD como prueba, ha incidido inconstitucionalmente en su derecho a la prueba y al debido proceso.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

§. Alcances del derecho constitucional a la prueba

3. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través de los procesos constitucionales.
4. La tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se realicen dentro de los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito litigioso.
5. 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. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable.
6. Por tanto, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (Cfr. STC N° 6712-2005-PHC, fundamento 15).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

7. Reconocido, pues, el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (hábeas corpus o amparo).

§. Análisis del caso

8. Como ya se precisó, alega la recurrente que la falta de actuación y valoración de pruebas ofrecidas ha incidido inconstitucionalmente en su derecho a la prueba y al debido proceso. En tal sentido, refiere –con especial énfasis– que ni el juez ni la sala demandados visualizó un DVD que ofreció durante la etapa de instrucción a pesar de que su contenido era de especial importancia para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal.

9. Al respecto cabe señalar que este Tribunal al no advertir de autos la existencia del DVD mencionado ni lo sucedido con éste en su calidad de prueba ofrecida; tomando en consideración que la recurrente incluso hasta en su escrito de recurso de agravio constitucional (f. 839) ha insistido en la importancia de visualizarse el contenido del DVD, con fecha 29 de abril de 2015 ofició al Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Sullana a fin de que remita el decreto de recepción del DVD y el auto admisorio de pruebas, con el objeto de corroborar su ofrecimiento al proceso penal y evaluar la presunta inconstitucionalidad. Tal solicitud fue atendida con fecha 13 de mayo de 2015, mediante Oficio N° 856-2015-JIPcFLS-KAL (f. 26 del Cuadernillo del Tribunal Constitucional), a través del cual el Juzgado de Investigación Preparatoria con Funciones de Liquidador de Sullana informó que no obraba en el expediente penal el decreto de recepción del referido DVD.

Sin embargo, mediante escrito de fecha 31 de julio de 2015 (f. 76 y ss. del Cuaderno del Tribunal Constitucional), la recurrente pone en conocimiento a este Tribunal de la resolución N.º ochenta y cuatro de fecha 9 de julio de 2015, expedida por el Juzgado de Investigación Preparatoria con Funciones de Liquidador de Sullana, en la misma que se refiere que habiéndose producido la pérdida de los tomos II, III y IV del Expediente 559-2004 y ordenado su búsqueda, se advierte que con fecha 7 de julio de los corrientes el Área de Archivo remitió los tomos extraviados y que por tanto se ha verificado que en el folio 1953 del tomo II obra un DVD debidamente lacrado que aparece como anexo G.

10. Este último hecho confirma la afirmación reiterada de la recurrente respecto al ofrecimiento del DVD como prueba al proceso penal seguido en su contra, así como también conlleva a inferir su falta de actuación reclamada. Por tanto, atendiendo que el derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia, tal como ya se advirtió en el fundamento 6 *supra*; este Tribunal considera que en el caso de autos se ha configurado la invocada afectación del derecho a la prueba de la recurrente por lo que su demanda de hábeas corpus deberá ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse producido la afectación del derecho a probar de la recurrente, y, en consecuencia, nula la resolución de fecha 5 de abril de 2010 dictada por la Sala Penal Liquidadora de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura que confirmó la sentencia condenatoria de fecha 29 de diciembre de 2009 expedida por el Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Sullana; y la resolución de fecha 20 de junio de 2011, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que desestimó el recurso de queja promovido.
2. Ordenar a la Sala Penal Liquidadora de Sullana de la Corte Superior de Justicia de Piura que evalúe el contenido probatorio del DVD ofrecido por Noemí Bessi Landázuri Abanto y, en consecuencia, determine su responsabilidad penal en el proceso seguido en su contra.

Publíquese y notifíquese.

SS.

URVIOLA HANI
MIRANDA CANALES
BLUME FORTINI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

03 FEB 2018

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N. ° 3997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA

En la fecha, me adhiero a la sentencia emitida por mis distinguidos colegas, que declara **FUNDADA** la demanda y conforme al fundamento de voto que suscribo con los magistrados Urviola Hani y Ledesma Narváez.

Lima, 25 de noviembre de 2015

S.

ESPINOSA- SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

03 FEB 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC

LIMA NORTE

NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

**FUNDAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS URVIOLA HANI,
LEDESMA NARVÁEZ Y ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA**

No obstante que hayamos suscrito junto a nuestros colegas los argumentos contenidos en la sentencia que resuelve el presente caso, consideramos necesario expresar lo siguiente:

1. Cuando la recurrente sostuvo que en el proceso penal seguido en su contra (Exp. 559-2004) los órganos jurisdiccionales incurrieron en irregularidades en el ámbito probatorio y, en ese sentido, hizo especial mención a la falta de actuación de un DVD ofrecido como medio de prueba; también refirió que no fue notificada de la resolución del 3 de marzo de 2010 (f. 41), la misma que señalaba fecha para la vista de la causa correspondiente a la apelación contra la resolución condenatoria, por lo que fue sentenciada sin haberse producido el contradictorio a pesar de que mediante escrito de fecha 17 de marzo solicitó uso de la palabra (f. 47).
2. Al respecto consideramos que es necesario recordar que sobre el acto procesal de la notificación este Tribunal ya ha señalado que en él subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales; sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Solo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, como consecuencia de la irregularidad en su tramitación, el justiciable quede en estado de indefensión (Cfr. STC N° 5510-2011-PHC, F.J. 2).
3. Ahora bien, la Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14 del artículo 139°, y en virtud de éste garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Así, el contenido del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida por concretos actos de los órganos judiciales de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.
4. No obstante, cuando se hace referencia al ejercicio del derecho de defensa en el marco de un proceso penal, éste no solo tiene una especial relevancia sino que adquiere una doble dimensión: una *material*, referida al derecho del imputado para ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra *formal*, lo que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones forman, por tanto, parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho. Y en los dos supuestos se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión.

5. Sobre el caso concreto es oportuno advertir lo ya también precisado por este Tribunal en el sentido de que en aquellos supuestos donde el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio del derecho de defensa la imposibilidad de realizar el informe oral, siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa por escrito a través de un informe (Cfr. resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 0137-2011-PHC, 5510-2011-PHC, 1147-2012-PA, 1307-2012-PHC, 3486-2012-PA, 3619-2012-PHC, 4594-2012-PA, 2881-2013-PHC, 4558-2013-PHC, 7131-2013-PHC, 7181-2013-PHC, entre otras).
6. En tal sentido, consideramos que la falta de notificación a la recurrente de la resolución de fecha 3 de marzo de 2010, que fijó vista de la causa para el 22 de marzo de 2010, no constituyó un impedimento para que pudiera ejercer su derecho de defensa mediante la presentación de informes escritos, a fin de sustentar los fundamentos de su apelación. De ahí que apreciamos que en el caso no se produjo la indefensión alegada, más aún, si como ya se advirtió *supra*, en aquellos supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio del derecho de defensa la imposibilidad de efectuar el informe oral.
7. Por tanto, pese a que la decisión suscrita por el Pleno del Tribunal estuvo orientada de manera exclusiva a dilucidar la controversia sobre la falta de valoración de una prueba ofrecida, sin atender la invocación de afectación al derecho de defensa formulada por la recurrente; consideramos que se le ha otorgado una debida tutela constitucional cumpliendo así con los fines esenciales de los procesos constitucionales, tal como exige el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

SS.

URVIOLA HANI
LEDESMA NARVÁEZ
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

03 FEB. 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
BESSY LANDÁZURI ABANTO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BLUME FORTINI

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas Magistrados, si bien estoy de acuerdo con que se declare fundada la demanda por la afectación del derecho constitucional a la prueba de la recurrente, considero que también debe estimarse la demanda en el extremo que alega la afectación de su derecho constitucional de defensa, por las siguientes consideraciones:

1. En el proceso penal que cuestiona la demandante, esta no fue notificada con la resolución de fecha 3 de marzo de 2010, que fijó como fecha para la vista de la causa el 22 de marzo de 2010. A este respecto, conforme obra a fojas 14 del expediente judicial (Tomo A), la secretaría judicial del Juzgado Penal Liquidador Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Sullana dio cuenta expresamente al juez del citado juzgado de lo siguiente:

“...mediante resolución de fecha 3 de Marzo del año 2011, la Sala penal señala Vista de la causa para el día 22 de Marzo del año 2010, a horas 9.30 A.M., sin embargo se verifica que dicha resolución NO SE HA SIDO NOTIFICADA a la inculpada NOEMI BESSY LANDÁZURI ABANTO...” (Sic).

2. Del mismo modo, a fojas 46 del expediente judicial se aprecia que el secretario relator de la Sala Penal Descentralizada de Sullana dio cuenta que en tal vista de la causa solo participó el abogado de la parte civil.
3. A fojas 48 del expediente, se confirma la vulneración continua del derecho de defensa, por cuanto el pedido de informar oralmente de la actora presentado el 17 de marzo de 2010 fue desestimado por la Sala.
4. El derecho a la defensa se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 14, de la Constitución, el cual establece:

“(...) el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”.

5. Este derecho no solo se encuentra garantizado por nuestro ordenamiento constitucional, sino también por el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reza lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
BESSY LANDÁZURI ABANTO

“...toda persona tiene derecho a ser oída, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

6. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado, con claridad y contundencia, respecto del derecho de defensa que:

“La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial, cualquiera [que] sea su materia” (STC 5871-2005-AA/TC, fundamentos 12 y 13).

7. En tal dirección, la debida notificación al justiciable es vital para el ejercicio cabal del derecho a la defensa, por cuanto permite que se tome conocimiento de los actos procesales que se están realizando durante el proceso, así como de las decisiones que se van adoptando a lo largo de este; y es, además, una obligación inexcusable del órgano jurisdiccional, que debe respetar con especial celo.
8. La omisión por parte del órgano judicial de notificar debidamente la programación para la vista de causa y el indebido rechazo a la solicitud de informe oral de la recurrente ha impedido que pueda presentar sus alegatos orales y ejercer plenamente su derecho a la defensa.
9. Por tal motivo, en el presente caso, considero que ha existido un indebido rechazo de la solicitud de informe oral de la recurrente, lo que lesionó flagrantemente el derecho constitucional de defensa de la demandante.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

03 FEB. 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
BESSY LANDÁZURI ABANTO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente fundamento de voto debido a que, si bien estimo que la demanda debe declararse fundada en relación con el extremo referido al derecho a la prueba, también considero que se ha configurado una vulneración del derecho a la defensa. En efecto, tanto la falta de notificación para la vista de causa, así como el rechazo arbitrario del pedido de informe oral, impidieron que el demandante pueda presentar los alegatos que estimaba convenientes.

S.
RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico.

03 FEB. 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 03997-2013-PHC/TC
LIMA NORTE
NOEMÍ BESSY LANDÁZURI ABANTO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia en mayoría en cuanto declara que se vulneró el derecho constitucional a la prueba de la recurrente, empero discrepo de ella en cuanto omite pronunciarse por la vulneración del derecho a la defensa.

En efecto, adicionalmente a los alegatos formulados sobre la vulneración de su derecho constitucional a la prueba, la recurrente sostiene también que no fue notificada de la vista de la causa programada para revisar la sentencia condenatoria emitida en su contra, lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa.

Al respecto, a fojas 14 (Tomo A) obra la razón emitida por la Secretaría Judicial del Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Sullana, dando cuenta que la resolución de fecha 3 de marzo de 2011, que señaló fecha de vista de la causa para el día 22 de marzo de 2010 a horas 9:30 am, no le fue notificada a la recurrente Noemi Bessy Landazuri Abanto.

Esta negligencia del órgano judicial originó en los hechos que la recurrente no asista a la vista de la causa programada (fojas 46, Tomo A), impidiéndosele exponer oralmente sus argumentos de defensa para revocar o anular la sentencia condenatoria emitida en su contra. Así, queda plenamente acreditado que la recurrente se vio impedida de ejercer los medios legales suficientes para su defensa.

Por estos motivos, complementando el fallo de la sentencia en mayoría, considero que se ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, y en este extremo la demanda también resulta **FUNDADA**, ordenándose la programación de una nueva vista de la causa que revise la sentencia condenatoria emitida en contra de la recurrente.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico.

03 FEB 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL