



La carga de la prueba en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil peruano

*The Burden of Proof in the Draft Amendment of Peruvian Civil
Procedure Code*

José María Asencio Mellado

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante
Contacto: jm.asencio@ua.es

Resumen

En el presente artículo, el autor aborda la regulación de la carga de la prueba en el Proyecto de reforma del Código Procesal Civil peruano, analizan críticamente las disposiciones normativas proyectadas y formulando sugerencias, ajustes y propuestas.

Palabras clave: Carga de la prueba, carga dinámica, Código Procesal Civil peruano, reforma procesal civil, recursos

Abstract

In this article, the author addresses the regulation of the burden of proof in the Draft Reform of the Peruvian Civil Procedure Code, providing a critical analysis of the draft's legal provisions while formulating suggestions, adjustments, and proposals.

Key words: Burden of Proof, Shifting of the Burden of Evidence, Peruvian Civil Procedure Code, civil procedure reform, appeals

Recibido: 15 de septiembre de 2021 / Aprobado: 31 de marzo de 2022



La carga de la prueba en el proyecto de reforma del Código Procesal Civil peruano

José María Asencio Mellado

1. *Introducción*

La publicación en fecha 5 de marzo de 2018 del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y la profundidad de las modificaciones que se quieren operar en la norma vigente hacen conveniente que puedan tratarse aquellos aspectos más significativos de la propuesta. Y la carga de la prueba lo es, por su importancia, su innegable carácter dogmático, que obliga a un tratamiento procesal riguroso y las modificaciones operadas en un sistema que regula ciertos principios de manera más flexible. Consecuencia de tal flexibilidad es la correlativa de una institución dependiente de modo directo e inmediato de la posición que se adopte en relación con el proceso y sus vínculos con la economía, la sociedad y los posicionamientos políticos ideológicos.

El proyecto desarrolla la carga de la prueba desde una concepción clásica, la propia de un sistema liberal que se traduce en el proceso civil en una forma muy determinada de entender el principio de aportación. Esta tendencia no implica necesariamente, sin embargo, una concepción decimonónica estricta del proceso civil, apegada al liberalismo más radical, sino que se adecua a los tiempos, a las influencias de una cierta socialización del proceso civil, que comporta una flexibilización de aquel principio, especialmente en lo referido a la proposición y valoración de la prueba, no al dispositivo, que permanece y debe permanecer inmutable en su esencia.

El proyecto, pues, fruto de esa tendencia clásica, que es consecuencia de asumir una dogmática que no debe ser enterrada o, al menos, no sin propuestas alternativas eficaces y suficientemente meditadas, con el rigor exigible a toda reforma integral o que pueda llegar a serlo bajo una apariencia de mera especulación intelectual, ha decidido regular la carga de la prueba, acogerla, mantenerla viva y adecuada a la realidad del presente. Reconocen y asumen los autores del proyecto que esta institución es o constituye un procedimiento vinculado al reconocimiento de la propiedad privada en un proceso civil no socialista que implica una determinada posición en el mismo de las partes y el órgano judicial. Y que estos datos, elevados a condición de principios coherentes con el entorno en el que deben operar, obligan a una consideración muy determinada de algo tan esencial como es la afirmación de una decisión en una sentencia. Y concluyen, en el marco de ese sistema, que la solución clásica, con las modificaciones que ha experimentado al compás de los cambios sociales, es, hoy por hoy, insustituible por más que, en el terreno de la pura abstracción, sin atender a los efectos prácticos de soluciones no experimentadas, pueda demandarse la pura y simple erradicación de la institución de la carga de la prueba en el ámbito concreto de esta sociedad, no de otra que pudiera, tal vez, permitirlo si se alteraran los principios y derechos que la presiden.

De este modo, el proyecto rechaza una expresión absoluta del principio de aportación, que suponía una distribución formal de la carga de la prueba (que llaman algunos objetiva) inflexible y que se basaba en la naturaleza de los hechos alegados, sin excepción posible alguna. Una solución, pues, plenamente formal al problema del hecho incierto, no ilógica sin embargo y vinculada a la verdad igualmente formal, pero coherente con el sistema económico y social inspirador de los Códigos liberales puros.

En este sentido, es obvio y no cabe duda, la concesión de amplios poderes de practicar prueba de oficio, modera, aunque no excluye tampoco, la carga de la prueba en este sentido formal y

puede hacer devenir la distribución menos determinante, pero siempre, obviamente, que la iniciativa probatoria judicial fuera ordinaria e imperativa, no una excepción. Y aun, en estos casos, no parece posible que pudiera erradicarse una consecuencia formal derivada de la inactividad de las partes, pues los tribunales no pueden soportar las consecuencias de la falta de prueba al no ser partes. Eso parece evidente. La carga de la prueba, en efecto, como instrumento liberal, decae en su importancia cuando el proceso civil se socializa, es decir, cuando se atiende a valores superiores a los intereses de las partes litigantes, cuando se busca la verdad material (sin entrar ahora en este asunto y solo a efectos de este debate). Pero, en todo caso, mientras subsista una preponderancia de las facultades de las partes en orden a la aportación de hechos y pruebas, la carga de la prueba, como solución al problema del hecho incierto, será irreemplazable. Y, se repite, aún en el caso de que exista iniciativa probatoria de las partes¹.

En conclusión, aunque se concedan al tribunal facultades de ordenar de oficio pruebas, la carga de la prueba, como solución formal al problema del hecho incierto, será la única alternativa posible, incluso si esa facultad fuera imperativa.

Quiere decirse con todo lo expuesto que no comparte el proyecto, ni quien estas páginas suscribe, las teorías que combaten la institución sobre la base de argumentos, excesivamente especulativos y que no ofrecen alternativas eficaces. Las propuestas de supresión carecen de una propuesta sustitutiva novedosa capaz de servir a las razones de la carga de la prueba. Ni la valoración de la prueba puede sustituir a lo que es de aplicación únicamente cuando valorada la existente subsiste la duda, ni convertir

¹ La Ley de procedimiento Civil, Administrativo, Económico y Laboral, Ley núm. 7 de 1977, cubana, en su art. 244, regula la distribución de la carga de la prueba atendiendo a los hechos que cada parte alega. Y la consecuencia es la normal cuando no se cumple con ella, incluso cuando este Código admite como diligencias para mejor proveer todas las que el juez considere necesarias y convenientes.

la infracción de la carga en una obligación con sanción incluida en caso de incumplimiento, pues la carga de la prueba ya opera y convive con tales obligaciones, que ocupan un lugar no coincidente. Ambos argumentos o propuestas de sustitución parten de premisas erróneas; de ahí que lleguen a conclusiones no satisfactorias y tal vez arriesgadas. La prudencia aconseja, cuando de una institución secular se trata, evitar posiciones extremas que pudieran provocar crisis profundas en el sistema, máxime si se afirman soluciones que ya existen y no se oponen, sino que complementan a la carga de la prueba o, mejor dicho, que la carga de la prueba complementa dado su carácter subsidiario.

A las críticas me iré refiriendo a lo largo del trabajo; baste ahora destacar el acierto del prelegislador peruano al asumir sin mayores reservas y regular adecuadamente en líneas generales una institución que tiene sentido, utilidad y eficacia cuando es aplicada correctamente. Las críticas, en ocasiones, ponen al mismo nivel la aplicación defectuosa y la correcta, de modo que hacen equivalente a la esencia de la institución aciertos y desaciertos; de ahí que insistir en estos últimos para fundamentar una posición de rechazo puede conducir a la generación de efectos peligrosos para el sistema en su conjunto. Criticar es positivo, pero sin alterar lo que se critica haciéndolo similar a su uso inadecuado.

2. A favor de la carga de la prueba. Fundamento y principios que la informan²

No es el objeto central de este trabajo replicar los que se han publicado contra esta institución. La regulación de la misma, en sus distintas modalidades o actualizaciones, acredita que las

² Las consideraciones que en este breve trabajo se hacen, con la brevedad que exige el presente, vienen referidas a la obra “*Contra la carga de la prueba*” (2019) y, concretamente, a las afirmaciones de los profesores NIEVA FENOLL y FERRER BELTRÁN. Evidentemente se hacen desde el más profundo respeto y consideración y solo en el marco que nos ofrece la libertad de cátedra en este ámbito universitario, también de plena libertad.

críticas no tienen una aceptación suficiente y no parece que de futuro puedan prosperar, ni siquiera con un cambio sustancial del modelo procesal civil que, en todo caso, como ha quedado demostrado, implica una actualización de la institución, superadora de sus antiguos rasgos estrictamente formales e introduce elementos flexibles útiles y adecuados a la protección de los más débiles. Cuando las críticas abarcan toda la gama de alternativas se convierten en un ejercicio especulativo de interés para el debate, pero de difícil concreción práctica. Tal vez los autores solo han pretendido generar contradicción, lo que siempre es bueno, aunque haya materias más necesitadas de estos esfuerzos en tiempos tan complejos que necesitan estabilidad y permanencia de las instituciones, conceptos y dogmas básicos. Poner estos últimos en duda puede ser causa de inestabilidades, inseguridades e incertezas que ni siquiera son útiles para la especulación intelectual por su abstracción y subjetividad. La creatividad tiene el límite de lo que delimita una disciplina, sus conceptos fundamentales, los que la dotan de individualidad propia.

Basta, como se ha dicho, para sostener la necesidad de la carga de la prueba con desarrollar el concepto en su auténtica naturaleza, sin ceder a interpretaciones alejadas de su ser y con situar la institución en su lugar, junto al resto de conceptos a los que sirve o complementa, sin artificios que contrapongan lo que no se contradice.

Desarrollar lo que clásicamente ha sido y es la carga de la prueba, en el marco presente, es el mejor método para su comprensión, aceptación y refutación de posiciones que tal vez precisan de más detenimiento en su expresión por el efecto que pueden provocar, a veces no suficientemente meditado en su entidad real. La especulación intelectual es digna de encomio y base de todo avance, pero debe acompañarse de la prudencia, una virtud que modera a quien ejerce su labor en el mundo de la investigación jurídica en la que el progreso es siempre lento, pero seguro, acompañado al ritmo de los tiempos y la evolución social y siem-

pre deudor de las construcciones de los maestros del pasado, que merecen todos nuestros elogios. Todo lo demás debe ser entendido con las prevenciones que merece y también, naturalmente, con respeto.

La carga de la prueba constituye un procedimiento que se aplica a los casos y situaciones de falta de prueba y que, por tanto, es subsidiaria de la práctica y valoración de la misma. Las reglas formales de la carga de la prueba carecen de eficacia con anterioridad a la valoración de la totalidad de la prueba practicada, de modo que solo se acude a las reglas formales y materiales de la carga de la prueba al final, “a posteriori”, nunca mecánicamente como sanción automática al incumplidor y solo si el juzgador se enfrenta a una situación de hecho incierto obligado, como esta, a juzgar en todo caso. Claro está, a salvo la atención que cada parte debe prestar a su interés en probar lo que alega, natural y las inversiones que procedan de las determinaciones legales. Esta es la base de que la se debe partir, pues constituye la esencia de un concepto bien diseñado.

2.1. Carga de la prueba. Proceso liberal. Proceso civil social. Principio de aportación

La regla de la carga de la prueba es consecuencia de un modelo de proceso civil propio de un sistema liberal que tiene como base tres grandes soluciones: que los hechos son alegados por las partes en exclusiva e igualmente las pruebas, si bien en este apartado no se excluye una mayor o menor intervención judicial; que el juez debe mantenerse en una situación de equilibrada pasividad, la necesaria para mantener su imparcialidad, esto es, que sin ser un convidado de piedra, tampoco exceda su autonomía de aquello que afectara a su condición de tercero imparcial situado “supra partes”; y, por último, que la verdad es aquella que deriva de los hechos alegados, no de otros y, más concretamente, de las afirmaciones de hecho que las partes efectúan.

El principio de aportación, clásico, no es consecuencia directa, ni remedio para la evitación de la arbitrariedad judicial. Mucho antes del proceso inquisitivo y los jueces del Antiguo Régimen ya existía. Cierta que este principio y un juez abstencionista evita esa arbitrariedad, pero no responde este principio y, desde luego, no desde hace tiempo, a este fin. Vincularlo al mismo significa despojarlo de su sentido e indirectamente hacer lo propio con la carga de la prueba. Y eso es, cuanto menos, excesivo.

La carga de la prueba debe ser entendida en este marco general, el de un proceso civil liberal, sin pretender asignarle supuestos defectos que, de serlo, lo serían del modelo y más concretamente, de la influencia del sistema político económico en el proceso civil. Poner en el centro de la diana una institución cuando esta es coherente con el modelo procesal y sin que la alternativa que se propone quede claramente enmarcada en el mismo, por exceso o defecto, no parece una solución positiva y provechosa.

La carga de la prueba, en este sentido, expresa lo que es la regla de la posición de las partes y el juez en el proceso y asigna cargas a cada cual en función de su interés y consecuencias determinadas derivadas del incumplimiento de lo que es inherente al derecho o interés reclamado, que es de parte, no social en un sistema que reconoce la propiedad privada. Tan coherente es la distribución formal que los mismos detractores instan a una reforma que la suprima reconociendo que el interés de cada parte basta para que cumpla con lo que es consustancial a su posición. Siendo así que legalmente se instituya una carga útil para una consecuencia extraordinaria no parece equivocado.

Cierto es que la socialización del proceso civil, fruto del llamado Estado social de derecho, introduce correctivos a estas reglas en dos aspectos que se verán y el Proyecto recoge: la iniciativa probatoria judicial y la flexibilidad de la carga formal o subjetiva. Pero, tales matizaciones no afectan a la esencia de un proceso que es manifiestamente liberal. Y, como se verá, el Proyecto se

cuida mucho de atribuir obligaciones a los tribunales en ambas manifestaciones sociales o, lo que es lo mismo, de suplir de forma preceptiva la falta de iniciativa de las partes. Porque, la norma propuesta, aplicando la moderación obligada, concede facultades, no obligaciones y remedia las soluciones formales, pero es consciente de que su desaparición es imposible en el modelo en el que vivimos y, seguramente, en cualquier otro, aunque partiera de postulados radicalmente diferentes.

La carga de la prueba, en este marco, se desarrolla alrededor de dos aspectos bien diferenciados, aunque conectados y que deben ser comprendidos en el marco del sistema, en su real legalidad, no interpretando incorrectamente la institución o elevando a rango de legalidad lo que es, en muchos casos, una mala aplicación de la ley y el concepto. Se debe contribuir a la aplicación adecuada de estos últimos, sin criticar algo sobre la base de lo que no es, pero que resulta mal aplicado.

Así debe entenderse la diferencia entre una carga de la prueba formal y otra, material. Ambas se corresponden mutuamente, pero operan en forma distinta, aunque siempre produciendo efectos al momento de dictar sentencia. No son reglas de valoración de la prueba, ni siquiera de aportación y preceptivas, por lo que su utilidad se reduce al momento de comprobar si el hecho ha quedado acreditado o subsiste una situación de hecho incierto.

2.2. La carga de la prueba ofrece una solución meramente formal al conflicto que subyace al proceso civil

Todo este entramado de cargas y consecuencias, en una crítica final, pero determinante y global, se viene a calificar de estrictamente formal y contrario a una respuesta de fondo y útil para resolver un conflicto. Esta crítica es frecuente, dice algo que es obvio y que nadie niega, pero nada aporta a la realidad e incluso entra o necesita partir de conceptos confusos, como es el de verdad material.

Y así, se sostiene con aparente fuerza argumentativa, que la carga de la prueba constituye un método que atenta contra la valoración de la prueba y que la sustituye por un expediente meramente formal, una afirmación esta que no se apoya en la real naturaleza de la carga de la prueba, que es subsidiaria de la valoración de los medios aportados y que, teniendo razón en cuanto a las soluciones formales, entra en el espinoso asunto de la verdad material o formal que, en términos procesales, solo debe ser atendido en función de la actividad procesal de alegación de pruebas y de la iniciativa judicial que corrija una excesiva dimensión del principio de aportación, no en términos especulativos que competen a otras materias y disciplinas.

Es evidente que la carga de la prueba ofrece una respuesta formal a una situación de hecho, basada en la actividad de las partes o, mejor dicho, en su inactividad. Pero, se oculta que en los sistemas que niegan toda iniciativa probatoria al tribunal, frecuentes, esa respuesta formal es siempre posible y también que la intervención judicial es excepcional, no ordinaria. El art. 194 del proyecto así la disciplina, como una excepción, en lo que supone aceptar soluciones formales basadas en la eventualidad de una prueba limitada y sujeta a la voluntad de las partes que, además, introducen los hechos y una versión determinada de los mismos. Lo formal es casi sustancial al proceso civil y, sin duda alguna, al penal, pues el proceso se forja sobre un relato de hechos pasados construidos con elementos que tienden a confirmar afirmaciones que, además, vinculan al tribunal en virtud de los principios acusatorio y dispositivo. Hablar de soluciones formales no es decir gran cosa.

La excepcionalidad de la prueba de oficio no es consecuencia de temor alguno a posibles arbitrariedades judiciales, como se afirma con cierta generalidad y sin negar la veracidad de lo dicho, pues en tal caso la respuesta sería la de prohibir radicalmente toda iniciativa en este sentido, sino la de entender el principio de aportación, en el marco del sistema político y social, en la manera

adecuada a la titularidad de los intereses privados. Una cosa es la función social de la propiedad; otra, bien distinta, es la negación de este derecho. Una cosa es la concesión a los tribunales de facultades probatorias en el marco de unos hechos ofrecidos por las partes; otra, sustituir a las partes por el Estado que se convertiría en dueño de derechos e intereses privados. Los principios del proceso no son o no tienen origen y fundamento exclusivamente técnico, sino político, económico y social. Construir un proceso o cualquiera de sus instituciones al margen de la sociedad en la que deben operar puede generar crisis profundas en el sistema. Romper la armonía de un sistema, forjando elementos incompatibles o contradictorios, es conducta que debe ser puesta en duda en sus fines y efectos.

Claro, se insiste, que la carga de la prueba ofrece una respuesta más formal que la que deriva de una prueba valorada en su integridad; pero, no debe olvidarse y es esencial volver a recordarlo, que se acude a ella cuando no ha sido posible resolver el caso con la prueba practicada, incluso la ordenada judicialmente. Este carácter excepcional o subsidiario se opone a una crítica que, leída aisladamente, pudiera tener cierta fuerza, pero que, vista en su real entidad, carece de un fundamento sólido. Cuando no es posible una sentencia de fondo, sobre la base de hechos acreditados, se acude a una solución formal, siempre preferible a una sentencia absolutoria en la instancia que fomentaría las fórmulas de autotutela. La seguridad jurídica exige poner fin al proceso con una resolución de fondo que produzca los efectos propios de la cosa juzgada. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una sentencia de fondo que resuelva sobre las pretensiones ejercitadas y que contribuya a la paz social evitando la autodefensa. Y, cuando fracasa la prueba, debe acudirse a otra solución para que el proceso sirva como instrumento de satisfacción jurídica, de carácter público y preceptivo ante cualquier controversia que no pueda ser compuesta por otras vías legales.

Como sostenía SERRA, en el sistema antiguo, la falta de prueba daba lugar a una sentencia absolutoria en la instancia; hoy, esta solución es constitucionalmente imposible.

Y, en definitiva, se repite como conclusión, entrar en el espinoso asunto de la verdad cuando en el proceso su objeto no son los hechos, sino las afirmaciones que las partes sostienen de los mismos, presupone una crítica que parte de una posición errónea, pues parece sostener que es la verdad material, la real, la que determina el proceso. Los autores de la obra que se comenta saben perfectamente que no es así.

2.3. La flexibilidad de las reglas de distribución de la carga de la prueba

Pero, la comprensión de que la propiedad cumple una función social y que debe garantizarse la igualdad de las partes y su derecho de defensa, ha llevado, en un proceso largo, a que el expediente estrictamente formal, directamente relacionado con el principio de aportación, experimente las variaciones propias del carácter más o menos radical del mismo y, de este modo, favorecer una aproximación a una supuesta verdad material en términos procesales. De este modo, las reglas flexibles que rompen con distribuciones estrictas de la carga formal de la prueba y la concesión a los tribunales de facultades o iniciativas probatorias, reducen la aplicación del expediente formal y amplían las posibilidades de una solución más cercana a la realidad. Pero, en todo caso, cualquiera que sea la forma en que se planteen estas excepciones o rupturas de la aportación de parte, la carga será necesaria ante la inevitabilidad del hecho incierto.

Las críticas a las reglas de flexibilización de la carga de la prueba y a las que establecen unas determinadas inversiones probatorias que desplazan la carga exactamente en la parte que no tenía la de probar unos hechos ajenos, son muy débiles y utilizan, para dar fuerza al argumento, aspectos que operan de forma distinta a la forma en que se ofrecen. Claro está, que para llegar a ello

hay que vincular carga de la prueba con el sistema de prueba tasada, cuando esa vinculación no es tal, aunque solo sea porque la carga de la prueba no es criterio alguno de valoración, ni tasado, ni libre. Se insiste en que funciona una vez valorada la prueba y, ante su insuficiencia, constituye una decisión estrictamente objetiva y formal.

La carga de la prueba opera en un sistema de libre valoración porque es subsidiaria y funciona solo cuando, valorada libremente la prueba, subsiste la duda. Y ahí, como sistema de solución del hecho incierto, para evitar desigualdades, exigencias de probar lo imposible o muy difícil, la flexibilidad no solo no ataca, sino que refuerza el sistema de libre prueba frente a quienes atacan estas excepciones que se mantienen impertérritos ante los efectos demoledores de las reglas tasadas de distribución de la prueba. En todo caso, más rígido y tasado es establecer una distribución común y general que desatienda situaciones que obligan a excepciones. Flexibilizar significa minorar los efectos de la rigidez del sistema que, sin querer o con base en presupuestos que les llevan a esta conclusión de apariencia contradictoria, defienden los detractores de la institución.

El problema de los críticos, se insiste, es que sitúan la carga de la prueba en un momento anterior, tasado y previo. De ahí sus errores y las consecuencias de sus premisas.

En todo caso, en el marco del sistema liberal, la flexibilización ha sido fruto de la evolución de la jurisprudencia más social y de la misma sociedad, de lo que se infiere que la crítica, que aparenta modernidad, supone un retroceso importante que, de ser aceptada, supondría una vuelta al imperio del liberalismo más absoluto.

Es arriesgado asegurar que el problema del hecho incierto se supera o soluciona sin atender a regla alguna formal o material. Que lo no probado produce siempre el efecto de desestimación de lo sostenido. Si a este argumento radical se suma el de negar todo

valor a la flexibilización de las reglas de distribución, se incurre otra vez en cierta precipitación. Baste un ejemplo: si el actor no prueba el hecho constitutivo se desestima la demanda sin más, según sostienen los detractores de la carga de la prueba. Pero, si el documento que debe probar la demanda lo tiene la parte demandada y no lo aporta, resultará que la postura aparentemente moderna se convierte en un instrumento de protección de los poderosos, los desleales y aquellos que actúen de mala fe. Se puso antes el ejemplo de la Compañía de seguros que no aporta la póliza de seguros, pero puede ampliarse a muchas más cosas. Igualmente, el tema, no baladí, de las costas, de la condena, depende de lo probado por una o ambas partes y este no se soluciona de la forma tan simple como exponen los detractores del concepto clásico.

2.4. Carga de la prueba y valoración. Carga y obligación

Las afirmaciones que hacen equivaler la carga de la prueba al atentado a la libre valoración de la prueba o las que confunden carga y obligación parecen querer desconocer o, mejor dicho, torcer tal vez a propósito, con sentido crítico y finalidad de generar debate –no se entiende bien de otra manera–, el funcionamiento de una institución que solo opera una vez valorada la totalidad de la prueba, sin atender a quién la ha proporcionado, a norma alguna de distribución formal u objetiva. Solo cuando, apreciada la prueba en su conjunto e individualmente, no se alcanza la convicción, se recurre a un procedimiento que da solución al problema del hecho incierto y el deber de resolver en todo caso: prohibición del *non liquet*.

Aludir a una contraposición entre valoración de la prueba y carga solo es posible partiendo de una concepción errónea de su auténtica naturaleza, de una aplicación equivocada que en ocasiones tiene lugar, pero que por tal merece ser rechazada, no ser convertida en argumento contra la misma institución. Eso es lo lógico en el marco de una crítica severa, pero conceptualmente válida.

Una lectura del art. 200 del proyecto revela que esta crítica carece de soporte legal y parte de un presupuesto erróneo y forzado o que califica como valoración de la prueba lo que es subsidiario de ella. Y es que aplicar una regla formal, automática, no puede ser o constituir una valoración de la prueba, porque lo que se valora es la falta de la misma. El problema de la carga de la prueba, se repite la afirmación del Tribunal Supremo español, es el de su falta y difícilmente se puede valorar lo que no existe.

La carga de la prueba tampoco es, ni puede devenir por su carácter de carga, en una sanción, siendo compatible, como lo es, con las que el ordenamiento quiera imponer para compelir a las partes a colaborar en el proceso conforme a los principios de lealtad, probidad y buena fe (art. IV Proyecto), que acarrean sanciones para el caso de desatención (art. 110 Proyecto). No solo es compatible con esas sanciones, sino que la carga es independiente de las mismas, pues podría suceder que, incumplida una obligación procesal de aportación de un medio determinado, por ejemplo, un documento, y sancionada la parte con la multa prevista en la ley, posteriormente no se recurriera a las normas de la carga de la prueba si la pretensión o los hechos que se oponen a la misma estuvieran acreditados por otros medios. O que, impuesta la sanción, la parte insistiera en no colaborar aportando la prueba que, legalmente, tendría que llevar a autos. Tal vez le podría interesar más el pago de la sanción que la condena derivada del incumplimiento de una carga procesal.

En consecuencia, oponer carga de la prueba y sistema de obligaciones procesales constituye una opción parcial que reduciría los medios necesarios para conformar las resoluciones judiciales definitivas. Las obligaciones procesales y las cargas operan en sentido diferente y con fundamentos distintos y así ha sido siempre entendida la cuestión cuando se analiza la evolución de las distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso.

Las obligaciones no son consecuencia de ninguna relación jurídico-procesal³, sino del deber de actuación en un modo determinado en el proceso, derivado de ciertos principios. Y afectan a la prueba, pero también a la comparecencia, a la ejecución, etc. Un deber procesal es ajeno al contenido de la prueba y no puede ser vinculado a la pretensión o resistencia, salvo las presunciones que la ley establece en orden a la prueba de interrogatorio, que tienen relación con un conocimiento y un efecto contrario al interés de quien debe declarar. Y aun así es complejo de admitir esta inferencia.

Las cargas, por el contrario, sí conectan la conducta con la sentencia, en tanto satisfacen o no una expectativa de obtener una resolución favorable o adversa. Y son pocas y solo aquellas que tienen una relación directa con la conducta, el hecho a probar y el interés en hacerlo, conforme a la alegación del mismo. La carga es, en este sentido, una regla de determinación de los hechos, propia de un sistema procesal dado y vinculada a la naturaleza de tales hechos, su alegación y el interés de la parte, que debe ser valorado en el caso concreto poniéndolo en relación con su posición y el respeto a los derechos de la contraria.

En resumen, pues, las obligaciones procesales tienen su campo y no excluyen a las cargas, sino que ambas son compatibles, generando su desaparición vacíos que no cumplen aquellas. Sancionar, se reitera, a quien no aporta un documento, carece de utilidad para resolver el problema de hecho incierto y pudiera ser beneficioso para quien prefiere soportar unas sanciones pecuniarias que ser objeto de una sentencia condenatoria. Suprimir la carga de la prueba y sustituirla por obligaciones, sancionando su incumplimiento, beneficiaría a la parte más fuerte, aquella que dispone más fácilmente de la prueba, que puede negar a la parte más desfavorecida, que podría optar por soportar sanciones pe-

³ SENDRA (1981: 158 ss), al estudiar las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso.

cuniarias y obtener una sentencia favorable más beneficiosa. Por ejemplo, no aportar la póliza de seguro del demandado para eximirse del pago de los daños negando la condición de asegurado del codemandado que la afirma y que es insolvente.

Criticar la carga de la prueba exige, más que acudir a referencias históricas, hacerlo a las categorías procesales, tales como la naturaleza jurídica del proceso, los conceptos de carga y obligación etc. Solo así se garantiza cierta seguridad, la propia de una ciencia, la procesal, en evolución, pero que no soporta fácilmente verse negada en sus dos siglos de historia anteriores. Los maestros que nos precedieron tenían fuertes conocimientos y sólidas convicciones.

Desde estas premisas generalmente aceptadas, la carga que se impone a las partes de acreditar los hechos que alegan, si bien moderada por los poderes judiciales de actuación de oficio de la prueba y por reglas flexibles de distribución, goza de un fundamento lógico, basado en el interés en probar los hechos alegados, estos sí en exclusiva por las mismas partes. Quien acude a un proceso para instar una pretensión y quien se opone a ella goza de un interés relevante en obtener una resolución favorable y ese interés solo se satisface con una actividad probatoria útil y eficaz, con una conducta activa. Que el Estado pueda averiguar la verdad y probar no supone negar ese interés de parte, en delegar en los tribunales la acreditación de lo alegado.

En definitiva, la carga de la prueba se explica en la que tienen las partes, que no es obligación, de acreditar aquello que alegan; lo cual hunde sus razones en la misma explicación del interés de quien demanda o es demandado. La carga de la prueba es razonablemente una solución directamente relacionada con la realidad de lo que impulsa a demandar.

2.6. Principios que presiden la carga de la prueba en el Proyecto de Reforma

Como ya se comentó en páginas anteriores, el proyecto, aunque con especialidades notables, asume los principios que, generalmente, informan la institución en el sistema liberal social mayoritario en el mundo capitalista.

Los arts. 196 y 200 constituyen el núcleo básico de la regulación y en ellos cabe encontrar todos los rasgos del modelo clásico, en tanto las modificaciones no significan o entrañan alteración del mismo en su esencialidad.

El art. 196 del proyecto es el central al regular la distribución de la carga de la prueba, la llamada carga de la prueba formal en la forma más común y conforme a la naturaleza de los hechos afirmados por cada parte, presunción de que disponen y de que tienen un interés directo en acreditarlos. Junto a este, el art. 200 contiene la llamada carga de la prueba material o, lo que es lo mismo, la consecuencia en sentencia de no probar aquello sobre lo que recaía una carga legal o judicialmente impuesta.

La carga de la prueba, en su aspecto formal, como se verá, es objeto de modificaciones respecto de su sentido originario, del reparto rígido e inmodificable, asumiendo el novedoso tratamiento que le han proporcionado la doctrina y los ordenamientos más modernos. Y así, asume la tendencia a una distribución de la carga de la prueba que, partiendo de una regla lógica, es menos rigorista y que somete a criterios amplios, tan amplios que ni siquiera la norma establece a cuáles ha de someterse el tribunal que los acuerda.

Por su parte, el art. 200 deja meridianamente claro que la carga de la prueba no constituye regla valorativa alguna, que es subsidiaria y exige, para consolidar o prohibir aplicaciones inadecuadas, una motivación en la sentencia de la insuficiencia probatoria, requisito para que entre en juego el expediente formal de la carga de la prueba. Y el art. 122 A llega mucho más lejos en esta exigencia de motivación, hasta el punto de impedirse absolutamente una sentencia formal, automática, meramente derivada de

una carga aplicada incorrectamente, que se imponga a ser, exclusivamente, una consecuencia de la frustración de una previa valoración de la prueba existente.

Y, en fin, el art. 194 permite, aunque con carácter excepcional, no limitado por norma alguna, no aclarado en sus límites, la iniciativa probatoria judicial, regla esta que tiene una directa afectación en la evitación de sentencias formales derivadas de ausencia de prueba debidas solo a la inactividad de las partes o al incumplimiento de estas con respecto de sus deberes legalmente establecidos.

De estas normas resultan dos consecuencias que vienen a refutar los argumentos en que se basan los detractores de la carga de la prueba:

En primer lugar, que la carga de la prueba es subsidiaria, es decir, que se aplica ante la inexistencia de prueba y al margen de quién la haya propuesto u ordenado si es el tribunal. Rige, conforme al art. 200, el llamado principio de adquisición procesal conforme al cual el convencimiento debe formarse sobre la prueba que consta en autos, sin atender a quien la haya propuesto y si sobre el mismo recaía una carga formal.

Este principio, y su clara expresión en la norma citada, hace devenir escasamente razonables los argumentos que se ofrecen contra la carga de la prueba, que parecen olvidar u obviar la realidad legal y normativa partiendo la crítica de algo que no existe tal y como lo reflejan los autores de la obra que en estas páginas se ha comentado.

La claridad del art. 200 y su tenor literal no dejan espacio para la duda, salvo que la misma se quiera constituir en la base misma de la refutación. Expone dicho precepto que “el juez acude a las reglas de carga de la prueba solo en los casos en los que los medios probatorios ofrecidos e incorporados al proceso no sean suficientes para dar por probado un hecho”, lo que significa que la

carga de la prueba solo es aplicable en situaciones en que, llegado el momento de pronunciar sentencia, entienda el Juez, valorada la prueba sin atender a regla de distribución alguna e incluso apreciada conjuntamente, que los hechos alegados quedan dudosos o inciertos. En ningún caso, pues, se acude a este expediente si las pruebas han proporcionado la debida certeza al tribunal cualquiera que sea quien haya acreditado los hechos o los medios empleados.

Como ha manifestado el Tribunal Supremo español en multitud de ocasiones “el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de pruebas” (SsTS 31.XII.1997; 24.XI.1998; 8.III.1999).

En segundo lugar, se repite, conforme a los arts. 197 y 200, la carga de la prueba no constituye regla valorativa alguna, pues se aplica una vez se ha valorado la prueba conforme a las reglas existentes, más o menos tasadas en cuanto a medios y criterios dependiendo de cada uno de estos.

Por último, el art. 196 acoge un criterio amplísimo de flexibilización, sometido a valoración judicial en cada caso que, unido a la prueba de oficio y a las obligaciones procesales de lealtad y colaboración, reducen la aplicación de la carga de la prueba a situaciones excepcionales.

3. La distribución de la carga de la prueba. Especialidades del proyecto

El art. 194 del proyecto es de una gran complejidad, difícil de entender y, seguramente, de prosperar el proyecto, no será aplicable sin enfrentar grandes dificultades. Y es que, reconociendo la necesidad de flexibilizar las reglas formales de la carga de la prueba que el proyecto asume, se llega a la intención de eludir toda carga formal rígida. Se arriba pues a una judicialización de la excepción, no sujeta a criterio alguno ni a regla previa en materias que generalmente se supone; así, se

impone reglas de inversión por razones de protección de la parte más débil.

El sistema, que debe elogiarse en este intento de descartar las reglas de imposiciones genéricas inflexibles y automáticas, renuncia a contener normas de esa naturaleza, aplicables en todo caso y, por tanto, inflexibles aun siendo expresión de flexibilidad. Pero, el procedimiento elegido es complejo al hacer depender la distribución de la carga de una decisión judicial no sujeta a criterio alguno o a norma o presunción general. Y, lo que debe meditarse, sin que pueda anularse una sentencia cuando, comprobada una indefensión material y procesal indiscutible, no haya el juez apreciado la violación patente de derecho fundamental que no puede ser reconocido solo en los márgenes de la consideración de un juez de modo irrecusable.

Debería el legislador peruano meditar acerca de esta postura que, siendo positiva por la flexibilidad de lo que es formal y debe ser corregido, no puede quedar en manos de una decisión judicial previa sin consecuencias en el momento de pronunciarse una sentencia que se pudiera comprobar fruto de una manifiesta indefensión.

La determinación de criterios generales, que las partes deben atender por su propio interés y valorar personalmente, podría convivir perfectamente con el sistema ideado. No son necesariamente excluyentes el uno y el otro, sino complementarios.

3.1. La regla general

Como no podía ser de otro modo, el proyecto parte de una regla general que grava con una carga formal de probar a aquel que haya alegado los hechos en los actos de alegación, sean deduciéndola una pretensión o contraponiendo una resistencia.

Es decir, quien alega un hecho positivo, debe acreditarlo. El actor, aunque se omita esta terminología que sí recoge la LEC es-

pañola 1/2000, ha de probar los hechos constitutivos de la demanda, mientras que el demandado ha de hacer lo propio con los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes, los que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los alegados por la parte actora en palabras del art. 217 LEC española.

Aunque el legislador peruano no haga mención a esta división o, mejor dicho, terminología, es evidente que no hay diferencia entre ambos textos, pues los hechos alegados por cada parte son los positivos o negativos que fundamentan sus pretensiones y resistencias. Es difícil imaginar a un demandado alegando hechos constitutivos de la pretensión actora salvo para negarlos o admitirlos, en cuyo caso estarían eximidos de prueba. Obviamente, salvo los casos de reconvención.

Es obvio que esta distribución no es arbitraria, ni irracional, ni absurda. Por el contrario, y al igual que sucede con ciertas normas tasadas de prueba se basa en máximas de la experiencia, en el normal comportamiento humano y, en este caso, en la lógica del contradictorio, del juego de pretensiones y resistencias y de las posiciones contrapuestas que las sostienen.

La regla contempla una situación de normalidad. Claro está, esta normalidad debe compensarse con la excepción y más en una sociedad compleja, en un mundo globalizado en el que la persona muchas veces se supedita a la colectividad en todas sus manifestaciones. De ahí que sean necesarias reglas que la flexibilicen. Así se estableció por la jurisprudencia reiterada que fue construyendo un sistema equilibrado que hace pocos años fueron incorporando los textos legales procesales civiles.

3.2. La flexibilización de la regla ordinaria

Sobre la base de estas pretensiones, la redacción de la norma y el procedimiento elegido en orden a la distribución extraordinaria de la carga de la prueba difiere mucho de la española; los efectos de la opción escogida habrán de ser contrastados en una

práctica que no puede ser anticipada con certeza, pero arriesgada por su falta de práctica comprobada. El art. 217 LEC española, al contemplar la distribución de la carga general, introduce en la norma una clara referencia a que esta regla común será aplicable en los casos en los que “ordinariamente” de los hechos alegados para cada parte se desprenda el efecto jurídico pretendido o resistido. Es decir, que su aplicación, debe entenderse, solo funciona subsidiariamente, cuando no concurra una circunstancia que aconseje acudir a una norma distinta, teniendo esta última preferencia sobre la general. Y así, en España, esa remisión al carácter ordinario de carga impuesta en abstracto presenta un carácter corrector de la misma regla, de modo que solo se aplica esta cuando no concurran circunstancias que hagan necesario acudir a inversiones de la carga en sentido amplio.

Y por inversiones debe entenderse, además de las que la ley establece en atención a materias y personas necesitadas de una protección especial porque se presume una contrastada desigualdad, las provocadas por la disponibilidad o facilidad probatoria e, incluso, por la conducta obstrucciónista de la contraparte en relación con los deberes de lealtad y buena fe.

Frente a quienes empeñan sus esfuerzos en combatir la flexibilización de las reglas de la carga de la prueba, que tanto costó incorporar al proceso civil, debe recordarse que derivan de la necesidad de garantizar la interdicción de la indefensión, es decir, un derecho fundamental que no puede negarse o reducirse en su protección sobre la base de especulaciones intelectuales no comprobadas empíricamente o comprobadas y con un resultado que es imposible negar en su virtualidad. De no haber sido así habría que concluir que el legislador se ha empeñado en atacar el sistema de derechos fundamentales, que la introducción de regla que protegen al más débil y refuerzan la igualdad material es caprichosa. Tal vez no haya sido así y el proceso civil social obliga a tomar decisiones que garantizan tales derechos y equilibran la posición de las partes.

En definitiva, la flexibilidad de las reglas formales de la carga de la prueba impide la imposición a una parte de la carga de aportar pruebas diabólicas, sanciona con efectos en la sentencia a la parte que actúa con deslealtad y obstaculiza el proceso (arts. IV y 110 proyecto) o, en general, dirige la prueba a la de los hechos positivos, evitando que haya que probar, incluso indiciariamente, hechos negativos.

En definitiva, en el sistema español, es preferente el criterio de la flexibilidad y subsidiario el de aplicación de la regla general al que solo se acude en defecto de una necesidad que aconseje apartarse del mismo.

Por el contrario, el art. 196 del proyecto parece seguir otra orientación, aunque tal vez sea consecuencia, como se va a decir, del procedimiento seguido para imponer una carga no ordinaria, no de la idea que informa y preside la norma y el modelo en general. Un procedimiento que, como tal, lleva a que la regla ordinaria se convierta en norma más preferente que las excepciones que deberían reducir su impacto.

Y así, de este modo, la norma establece que la distribución común, la que distribuye la carga atendiendo solo a quien ha alegado el hecho a acreditar, es aplicable en todo caso salvo los casos en los que legalmente se establezca lo contrario. O, lo que es lo mismo, cabe entender, en los supuestos en los que una norma determine una norma especial de inversión de carga de la prueba. En estos casos, no hay duda de que la regla común queda subordinada a la presencia de una previsión legal que minore sus efectos.

Por el contrario, fuera de esta previsión legal, el referido precepto remite la aplicación de los criterios especiales, aquellos que en España se constituyen en regla, en excepcionales. Y lo hace de forma expresa. Solo, pues, se aplicarán cuando un juez lo establezca, sin atender a criterio alguno, pues el precepto no establece que se trate de supuestos de disponibilidad, facilidad, obstaculización o cualquier otro. Y el juez, conforme a la norma, solo atenderá

a una sustitución de la regla general en casos excepcionales por imperativo del art. 196.

En resumen, si no existe norma legal, la norma aplicable es la común a salvo que el juez establezca lo contrario en el caso.

Algunas precisiones se deben hacer en este punto para comprender que el modelo escogido presenta ciertas dificultades.

La primera, que la flexibilidad de las normas de la carga de la prueba, cuando no se refieren a inversiones legales, no tienen su origen en la conveniencia de invertir la prueba de los hechos, sino que atienden a la disponibilidad del medio de prueba. Porque, cuando se hace referencia a la disponibilidad o facilidad no se está hablando de hechos que no tienen ese carácter, en sí mismos de disponibles o fáciles de acreditar. Lo que se analiza en estos supuestos, no previstos legalmente, es el medio de prueba en concreto, quién lo tiene o quién puede más adecuadamente aportarlo. Aunque, naturalmente, tampoco es ajeno a este análisis ciertos hechos que, generalmente, son más fáciles de probar por una parte determinada. Pero, tales supuestos son escasos en tanto la ley suele venir a contemplarlos con carácter general.

Por el contrario, las previsiones legales de inversión de la carga de la prueba sí suelen vincularse a hechos que se entienden, por máximas de la experiencia, que deben ser probadas por una parte, aunque no sea quien los alegue. Pero, cuando constan situaciones concretas de indefensión, comprobadas o posibles, es el medio y no tanto el hecho el que determina la necesidad de la inversión. El hecho puede ser acreditado, pero el medio lo dispone o lo puede disponer con más facilidad la contraparte. Por ejemplo, si conserva la copia del único contrato privado, lo que no impediría a quien demanda probar dicho contrato mediante testigos o indicios. O tiene a su disposición soportar un análisis de sangre a efectos de investigar la paternidad.

Y esa individualización es la que parece chocar con una norma como la propuesta que otorga al juez en cada caso la facultad, que no deber, de excluir la regla general, pues su intervención, es evidente, no puede producirse más que a instancia de la parte que indique su situación de indefensión.

Porque, en efecto, del precepto se desprende que las inversiones de la prueba legalmente determinadas no precisan de decisión judicial en su aplicación al momento de dictar sentencia si debe acudirse al expediente de la carga de la prueba. Si el hecho y los sujetos se encuentran previstos en una norma en esta sentencia, ni el juez, ni las partes deberán indicar la aplicación de dicha norma, que deberá tomarse en consideración en la sentencia. Por ejemplo, en España, si el actor alega discriminación por razón de sexo, será el demandado el que deberá acreditar lo contrario (art. 217 LEC).

La regulación peruana propuesta difiere profundamente de la española en los casos en que no existe una norma que imponga una inversión de la carga de la prueba. Casos que en España se sujetan a criterios de disponibilidad y facilidad de la prueba, así como a conductas desleales u obstruccionistas. Pero, en España, no compete al órgano judicial determinar previamente a quién debe corresponder la carga de la prueba en cada caso; es a las partes a quienes compete alegar al respecto y valorar lo afirmado por cada una de ellas, asumiendo, pues, las consecuencias de no atender las peticiones o alegaciones de quien pida la aplicación de los criterios legales. El juez, en el momento de dictar sentencia, valorará si en efecto la carga de probar correspondía a un sujeto distinto al que alegó si aprecia que concurría una causa que así lo fundamentaba.

En Perú, la norma, por el contrario, establece que ha de ser el juez el que acuerde una distribución no ordinaria en cada caso, una vez propuesta la prueba y valoradas, se entiende, las alegaciones de las partes, pues es obvio que tratándose de disponibili-

dad o facilidad de medios de prueba el juez carecerá de información si no se la proporciona la parte afectada. La adopción de una inversión de oficio, sin que las partes aleguen en concreto, parece que solo puede tener una aplicación común en los casos en los que las inversiones de la carga vengan referidas a los hechos o a los sujetos, a condiciones objetivamente establecidas “a priori”, lo que, como se ha dicho, suele hacer la ley, amplia en la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos.

Una norma de esta importancia, la que deriva en el juez la facultad y excepcional de invertir la carga de la prueba sin referencia alguna a lo que se quiere proteger, pierde además su valor cuando ninguna consecuencia en la sentencia se ha de producir si el juez, se insiste, sin referencia a criterio legal alguno, no aprecie la necesidad o conveniencia de flexibilizar la carga, por falta de convicción o cualquier otro motivo, incluso la excesiva carga de trabajo y la tendencia de los jueces civiles a actuar como convidados de piedra.

Resulta, por tanto, que la falta de apreciación por el juez de una necesidad vinculada a una situación de indefensión, no podrá ser valorada en sede de recursos cuando, sin ser la carga de la prueba una norma valorativa, sí debe ser revisada si, cuando se aplica formalmente, se infringen las normas de distribución en que se basa.

Un derecho fundamental quedaría huérfano de protección conforme a la norma propuesta.

La atribución al juez, sin recurso alguno, de esta apreciación hace que la regla ordinaria se convierta en una norma formal en extremo, porque la insuficiencia probatoria puede derivar de una inactividad contraria al derecho de defensa sin que esa vulneración pueda ser combatida en otras sedes.

En conclusión, si las normas de distribución que excepcionan la regla general pretenden evitar los defectos de una formalización

zación excesiva y si la iniciativa probatoria compete a las partes, es a estas a quien debe corresponder valorar su conducta con arreglo a criterios que deben regularse.

Un argumento más debe ofrecerse y valorarse. Porque, el modelo peruano atribuye al juez una amplia iniciativa probatoria de oficio. Siendo así, lo razonable y suficiente sería que el juez, ante una situación de indefensión, ordenara la práctica de pruebas concretas para integrar el vacío probatorio y que las dirigiera al sujeto que deba aportar los medios de que dispone.

Distribuir la carga de la prueba cuando puede ordenar la misma no parece necesario e introduce un factor que se traduce en una situación de posible indefensión al formalizar lo que podría ser menos formal.

Es evidente, no obstante, que se está ante dos situaciones diferentes: la de distribuir la carga de la prueba conforme a las peticiones de las partes y la de ordenar de oficio pruebas; pero, ambas pueden al final concluir en un mismo resultado: la negativa de la parte que debe proponer o colaborar con el juez que ordena la prueba. En ambos casos se aplicarían las reglas de la carga de la prueba, pero, es evidente, la iniciativa probatoria no parece que sea compatible o, al menos, que haga necesaria esta intervención judicial y el reparto de la carga de la prueba.

En todo caso, el legislador debería revisar este sistema, la posible duplicidad de mecanismos y las declaraciones que niegan cualquier efecto en vía de recursos de no poner en marcha la iniciativa probatoria de oficio o no distribuir la carga de la prueba.

No parece que una situación de indefensión, con relevancia constitucional, pueda ser excluida del oportuno recurso ante las instancias correspondientes.

4. *La carga material de la prueba*

Se entiende por carga material de la prueba, también denominada objetiva, la forma de resolver, conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba, una situación de hecho incierto. Se trata de la segunda manifestación de la carga de la prueba, la consecuencia de no cumplir con la carga formal y, por tanto, de resolver una contienda en los casos, expresamente establecidos y excepcionales, en los que procede.

Como ya se ha dicho, solo desde la comprensión adecuada de este procedimiento o expediente, de su subsidiariedad y de su naturaleza, se comprende que es imprescindible y que no existe mecanismo alguno que lo pueda reemplazar, pues ni la libre valoración de la prueba, ni las obligaciones procesales pueden ocupar un espacio que tales mecanismos no integran. Ni tan siquiera, como se ha comentado, la plena iniciativa probatoria de oficio serviría por sí sola a tales efectos, pues el incumplimiento de ese supuesto deber judicial, que no lo es nunca en un proceso regido por el principio de aportación, sino excepción, no podría generar una responsabilidad judicial que llevara a una sentencia que imputara a una de las partes por un defecto ajeno. Aun en los casos en que se confiere esa facultad, son y deben ser las partes las que soporen la carga de acreditar lo que a su derecho conviene, pues son ellas las que inician el proceso y sostienen sus propios derechos e intereses. En un proceso liberal, los derechos e intereses, aunque tengan relevancia social, son y deben ser privados.

El art. 200 del proyecto de reforma constituye una norma que contiene la carga material de la prueba en forma clásica, perfectamente definida y con todos los elementos que la identifican en el marco del sistema. La norma es clara y no deja espacio a duda alguna en cuanto a su regulación, su adecuación a los imperativos del procedimiento y sus características. Establece, pues, los efectos que debe producir el incumplimiento por las partes de su carga formal o subjetiva en los casos en que proceda acudir a estas.

La norma es consecuencia de los principios que rigen el procedimiento:

En primer lugar, es respetuoso con el principio de subsidiariedad del expediente. Y, de esta forma, afirma que la sentencia se dictará conforme a lo establecido en el precepto “solo en los casos en los que los medios probatorios ofrecidos e incorporados al proceso no sean suficientes para dar por probado un hecho...”. La carga material de la prueba, la solución formal en que consiste este mecanismo, solo se aplica cuando, al momento de dictar sentencia, subsiste la duda, es decir, los hechos no se han podido probar y el juez no ha adquirido el debido convencimiento de unos u otros. Y, a tal efecto, la certeza propia de la convicción judicial será independiente de quién haya probado los hechos, de la carga formal que pudiera haberle correspondido. Conforme al principio de adquisición procesal, resulta indiferente quién haya probado unos determinados hechos, a quién correspondía la carga de hacerlo si los mismos han proporcionado al juez el debido convencimiento. Si lo alcanza, dictará la sentencia que proceda sin aplicar regla formal alguna de distribución, pues esta no constituye regla de valoración probatoria alguna, ni sanción, ni presupuesto de la sentencia determinante de su contenido, sino remedio subsidiario.

Ninguna norma de este proyecto, ni de ningún código procesal civil, permite aplicar el expediente de la carga de la prueba de manera formal si el hecho se ha probado, si el juez lo considera acreditado.

Y el art. 200 del proyecto es de una claridad meridiana y no permite abrigar duda alguna que pueda fundamentar las críticas que se hacen a una institución que es lo que es, no lo que se afirma, en algunos casos.

En segundo lugar, consecuencia directa del anterior principio, es que la carga de la prueba, como remedio al problema del hecho incierto, en su expresión material, no es, ni puede serlo, una regla de valoración de la prueba. Como sostiene el Tribunal Su-

premo español, “el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba”. Solo cuando falta la prueba, tras ser valorada conforme al sistema que rija para cada medio, es de aplicación una regla objetiva, estrictamente objetiva, que no precisa motivación para ser utilizada, pues es consecuencia de la imposibilidad de motivar una sentencia por falta de prueba. Afirmar que la carga de la prueba se erige en un procedimiento o mecanismo valorativo cuando es consecuencia de una valoración que no ha producido fruto es arriesgado, máxime cuando se aplica de forma absolutamente objetiva, atendiendo solo a los criterios estrictamente formales de distribución y sin atender, pues, al contenido de las pruebas que ya se habrán valorado y de las cuales ha resultado una situación de insuficiencia probatoria.

Lo que es simple aplicación objetiva de unos criterios del mismo carácter no puede ser, a su vez, una regla de valoración, pues es consecuencia del fracaso de esa apreciación y no consiste en operación intelectual alguna, en tanto ha fracasado la ordinaria consistente en la valoración de la prueba. Si se aplica cuando fracasa esta, difícilmente se puede calificar de regla de valoración. Tampoco, por supuesto, se puede identificar con una norma de valoración tasada, pues estas eran y son consecuencia de máximas de la experiencia que aconsejaban dotar de un determinado valor a un medio concreto. Aquí, no se atiende o valoran los medios no aportados, aplicándose la regla de modo independiente al medio material no traído a autos, ni la condena es consecuencia de una máxima de la experiencia, sino de una necesidad práctica que se basa en la noción de interés de cada parte en el hecho que introduce y en el que basa su pretensión o resistencia. El carácter formal y objetivo de la carga de la prueba se opone derechamente a considerarlo una regla de valoración, ni siquiera tasado.

En tercer lugar, la consecuencia, afirma el precepto en aplicación de las normas de distribución y sus diversas representaciones, se ha de aplicar una vez comprobado que las partes, que no han probado y que tampoco ha sido suficiente, en su caso, la

prueba ordenada de oficio, no han cumplido con las cargas formales, tanto la ordinaria, como las excepcionales en sus dos manifestaciones: las inversiones de la carga de la prueba establecidas legalmente y las que el juez ordene en su caso atendidas las peticiones de las partes y comprobada la situación de indefensión o facilidad probatoria o las que se entiendan aplicables en Perú una vez se desarrolle el art. 196.

Como antes se dijo, en primer lugar, ha de comprobarse que se ha incumplido una regla legalmente establecida; en segundo lugar, que se ha omitido cumplir con una resolución judicial que distribuye la carga de la prueba de forma flexible y, en tercer lugar, si no existen las anteriores, que no se ha actuado conforme a la regla ordinaria que distribuye la carga conforme a los hechos alegados. Y ello teniendo en cuenta, como se dijo y debiera ser revisado, que solo cabe acudir a excepciones en el caso si el juez las ha establecido en una resolución judicial o, lo que es lo mismo, que no cabe apreciar una situación de indefensión en sentencia si antes el juez no la ha apreciado y determinado una inversión de la carga ordinaria, aunque sea evidente la situación de desequilibrio producida.

El art. 200, junto al más general 122 A del proyecto, establecen especiales deberes de motivación que persiguen la aplicación estricta de la carga material y solo en los casos procedentes. Estos preceptos tienen la finalidad expresa de garantizar que se acuda a la solución formal solo cuando no se ha alcanzado la convicción, en primer lugar y, en segundo lugar, que se aplican correctamente las reglas formales de distribución.

Se trata de una norma, con escasos referentes en el derecho comparado, que evita aplicaciones indebidas del procedimiento formal, que lo reconduce a su lugar adecuado y que, en fin, asegura que la condena se adecue a las normas de distribución ordenadas legal o jurisprudencialmente. Un precepto que constituye un freno a prácticas, a veces frecuentes, que evitarán reiterar errores

y que, a su vez, explican claramente que las críticas formuladas a la institución negando su real naturaleza carecen de fundamento.

El art. 200, de este modo, establece que la sentencia que aplique la solución formal derivada del incumplimiento de una carga formal, ha de motivar “si la parte a la que le corresponde la carga probatoria cumplió o no con ella para establecer los efectos que ello genera (sic) en el caso concreto”. Una vez establecida la carga formal y comprobado, como establece la norma, que subsiste una situación de duda, de hecho, incierto, debe comprobarse que la parte gravada con una carga determinada, no cumplió con ella y que la consecuencia de la sentencia condenatoria deriva, precisamente, de ese incumplimiento del gravamen establecido.

Y el art. 122-A, viene a ampliar las garantías de aplicación correcta de la institución, abundando en exigencias de motivación que impiden, adecuadamente cumplidas, toda transgresión o desproporción del procedimiento.

Y, a tal efecto, exige, en lo que atañe directa o indirectamente a la carga de la prueba, tres condiciones:

Que se determinen los hechos admitidos por las partes, pues respecto a los mismos ninguna actividad probatoria es exigible en tanto no están necesitados de ella.

Que “justifique por qué los medios de prueba admitidos y actuados no son suficientes para dar por probado un hecho antes de aplicar las reglas sobre carga de la prueba”. Es decir, que hay que probar la insuficiencia probatoria, el hecho incierto, la duda, indicando los motivos por los cuales la prueba no es bastante para obtener el convencimiento. Es evidente que se trata esta de una exigencia compleja, pues no es lo mismo explicitar las razones positivas de un convencimiento, que hacerlo de la imposibilidad de alcanzarlo. Es evidente que esta exigencia puede ser útil, no obstante, para una nueva valoración en sede de recursos que aprecie si la prueba era o no suficiente para dictar una sentencia

de fondo y, en consecuencia, si procedía o no una solución formal. En todo caso, sería necesario que el legislador se replanteara esta cuestión, que atañe a la motivación de las sentencias absolutorias penales por falta de convicción que aquí, en el proceso civil no pueden serlo porque abren la puerta al mecanismo formal de la carga de la prueba. Pero, el problema de la motivación de la no convicción y las exigencias al respecto es complejo. La condena exige elementos objetivos en qué basarse; la absolución es más subjetiva e íntima.

Que, “en caso sea necesario acudir a alguna, debe identificar adecuadamente la que utiliza, justificando a quien le corresponde y estableciendo sus consecuencias”. Por último, se debe motivar, una vez explicitada la falta de convicción, la duda, la regla que se ha aplicado y justificar las razones por las que se atiende a ella, conforme, evidentemente, a las normas que establece el art. 196, esto es, la ordinaria o las excepciones a esta última. Esta motivación se integra con la que establece el art. 200 y referir el incumplimiento de la ordenada legal o jurisprudencialmente.

En todo caso, la identificación de la regla de distribución, cuando es excepcional y ordenada judicialmente, puede ser hecha por remisión a la resolución judicial que, conforme al art. 196, debe hacer el juez al momento de establecer una carga no ordinaria, ni legalmente establecida.

5. *Los recursos*

No existe norma alguna respecto de la recurribilidad de las resoluciones que se dicten en aplicación de las que rigen la carga de la prueba, de modo que hay que acudir a los motivos que abren la puerta a los diferentes recursos frente a las sentencias definitivas.

Al efecto de establecer los recursos procedentes, es necesario partir de los caracteres de este procedimiento, pues confundirlo lleva a afirmaciones, en sede de recursos, al menos complejas.

Dos situaciones deben distinguirse al punto de valorar la recurribilidad de una sentencia que aprecie o no la aplicación o aplicabilidad de las reglas de carga de la prueba. La primera, que el juez entienda los hechos probados y, por tanto, no acuda a los criterios formales de distribución de la carga probatoria. La segunda, que estime los hechos no probados y aplique las normas previstas en el art. 196 del proyecto.

En ambos casos, no obstante, hay que partir del hecho de que, en sede de recursos, en concreto en apelación, no en casación (art. 385,4), el tribunal “ad quem”, tiene plena competencia, previa impugnación, para valorar la prueba practicada (art. 364). A tal efecto, debe entenderse, se establecen los deberes de motivación que contienen los arts. 122 A y 200 y, en concreto, los que se refieren a la necesidad de constatar la falta de entidad de la prueba practicada para lograr la convicción judicial. En este sentido, pues, el tribunal de apelación podrá valorar la suficiencia o insuficiencia de la prueba ejecutada.

Si el juez “a quo” estimó los hechos probados y no acudió a las reglas de la carga de la prueba, el órgano “ad quem”, de considerar que tales medios son insuficientes, podrá revocar la sentencia y dictar una aplicando las normas de distribución, pues debe siempre emitir una sentencia de fondo. Esta y no otra puede ser la solución a una situación de falta de prueba comprobada en apelación por un tribunal que, previo recurso, efectúa un control de la suficiencia de la prueba practicada. Evidentemente, acudirá a este expediente formal una vez practicada en apelación la prueba que sea pertinente (art. 374). Este recurso, como se puede comprobar, no se basa en la inaplicación del procedimiento de la carga de prueba, sino en la suficiencia o no de la prueba. Porque, evidentemente, no es recurrible la no aplicación del expediente en sí misma considerado, es decir, sin atender a la suficiencia o insuficiencia de la prueba. La aplicación o no de la solución formal no es autónoma, sino consecuencia de la valoración de la prueba y de su resultado. No es posible, pues, recurrir la no aplicación del art.

200 sin hacerlo de la suficiencia de la prueba y no será posible reformar la sentencia por no aplicar la solución formal si no se establece que la prueba era insuficiente para lograr la convicción.

Igualmente, pues, si el juez ha acudido al mecanismo de la carga de la prueba al entender que la practicada era insuficiente, podrá en apelación reformarse la sentencia si el tribunal superior considerara que la prueba era bastante para que el hecho fuera tenido como cierto, en cuyo caso anulará la solución formal y re-solverá conforme a su libre valoración.

En casación la solución es otra necesariamente, dado que el art. 385,4 del proyecto no contiene entre los motivos de este recurso extraordinario el de error en la apreciación de la prueba. En consecuencia, en caso alguno podrá evidenciarse la situación anteriormente comentada.

Pero, en ambos casos, para concluir, cuando se considere procedente la aplicación del procedimiento formal de la carga de la prueba, será recurrible la infracción de las normas de distribución, es decir, la imputación a cada parte de las que le corresponden, ordinarias, legales u ordenadas judicialmente y la determinación de las razones del incumplimiento de las que competían a cada una de ellas.

Así, al no ser la carga de la prueba una regla de valoración, en apelación y en casación, podrán ser objeto de recurso las decisiones judiciales de imputación de las reglas de distribución establecidas y la referida al cumplimiento o desatención de las aplicadas al caso concreto. En resumen, si se aplica la solución del art. 200 ante la insuficiencia de prueba, se podrá recurrir el uso inadecuado o erróneo de las reglas de distribución del art. 196.

Referencias

GIMENO SENDRA, José Vicente
1981 *Fundamentos del Derecho Procesal*. Madrid: Civitas.

NIEVA, Jordi; FERRER, Jordi y GIANNINI, Leandro
2019 *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.