



Antonio María Lorca Navarrete^(*)

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la *causa petendi*. El modelo español y peruano

The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

“EL DERECHO DE LA PRUEBA NO ES UN SUBSISTEMA PROCESAL DE APLICACIÓN ACRÍTICA E INTERTEMPORAL DE NORMAS PROCESALES. (...) EL DERECHO DE LA PRUEBA ES O SE CONSTRUYE EN TORNO A UN SISTEMA DE GARANTÍAS PROCESALES QUE ACTÚA CON AUTONOMÍA Y SUSTANTIVIDAD PROPIAS COMO DERECHO DE LA GARANTÍA PROBATORIA”.

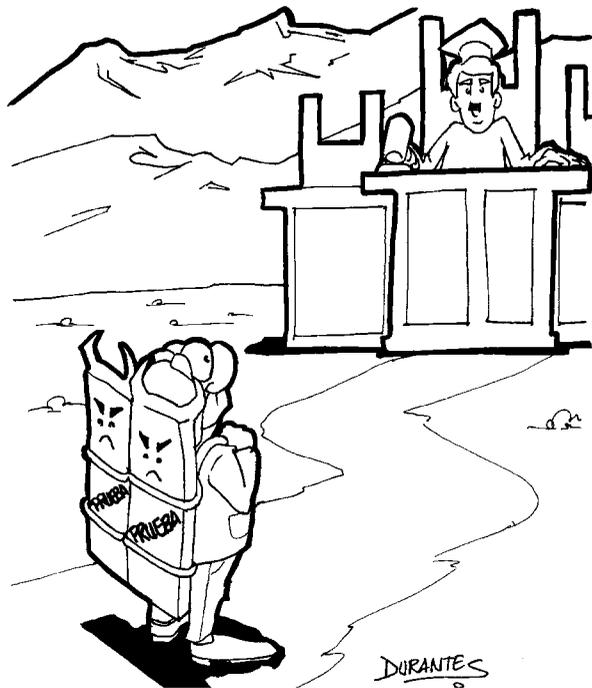
Resumen: En base a la comparación de los Códigos Procesal Civil español y peruano, y partiendo de la concepción constitucional de la garantía procesal de la prueba, el autor deja de lado la concepción del *derecho de la prueba*, como un *subsistema procesal de aplicación acrítica e intertemporal de normas procesales*. Por el contrario, afirma que el *derecho de la prueba* se construye en torno a un *sistema de garantías procesales* que actúan con *autonomía y sustantividad* propias como *derecho de la Garantía Probatoria*. Todo ello, con la finalidad de alcanzar el *derecho a un proceso justo*. En ese sentido, para lograr su objetivo nos comenta y describe temas relacionados a la institución de la “carga de la prueba”, por ejemplo: “la prueba diabólica”, “la *causa petendi*”, “la modificación”, “exoneración” e “inversión” de la carga de la prueba.

Palabras clave: Carga de la prueba - Función jurisdiccional - Garantía procesal - Proceso justo - Prueba diabólica - Causa petendi

Abstract: Based on a comparison of the Spanish and Peruvian codes of Civil Procedure and proceeding from the constitutional conception of procedural guarantees of standards of proof, the author eschews the conception of Law of Proof as a procedural subsystem of the accritical and intertemporal application of procedural norms. On the contrary, Lorca Navarrete affirms that the Law of Proof is constructed on the basis of a system of procedural guarantees that function with their own autonomy and substantivity such as the Law of Evidentiary Guarantee. The goal here is to achieve the right to a fair process. In order to explain his argument, the author discusses and describes questions related to the concept of “burden of proof,” for example, “the diabolic proof,” “the *causa petendi*,” “the modification,” “exoneration” and “investment” of the burden of proof.

(*) Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Granada.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model



Keywords: Burden of proof - Judicial function - Procedural guarantee - Fair process - Diabolical test - Causa petendi

1. La garantía procesal del derecho de la prueba

Para comenzar, en el examen e incidencia del *garantismo procesal en el Derecho procesal*, convengo en fijarme en algo homogéneo y circunscrito. La Exposición de Motivos del vigente Código procesal civil español de 2000 (en adelante, LEC) proclama y aclama que “justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”. Al confugio de tan meritada proclamación y aclamación se pretende alzarla o llenarla de luz y claridad *garantista* ¡Vale!

De ahí que, supongo para mí, *no es posible dudar*, en el momento presente de la exposición del *derecho de la prueba*,

“SIN EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA CARGA DE LA PRUEBA SERÍA IMPOSIBLE LOGRAR LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, POR CUANTO LA PRUEBA ES ESENCIAL PARA ACCEDER A LA MISMA”.

sobre su *funcionalidad* que *no sobre su instrumentalidad*. Y por ahí, insisto, cavilaré el inicio de mi discrepancia anunciando que objetaré *su instrumentalidad* con una serie de observaciones críticas. Y afirmaré la existencia de la *garantía procesal del derecho de la prueba*.

A ello voy. El *derecho de la prueba* surge, respecto del ya mentado cometido *funcional* (consistente en llevar a cabo la llamada *función jurisdiccional*), regulándolo jurídicamente y, desde esa perspectiva, *se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista sino, ante todo, como un sistema de garantías procesales, que posibilita la rotunda aplicación del artículo 24 de la Constitución, en orden a lograr la tutela judicial efectiva y básicamente ordenado a alcanzar un enjuiciamiento en justicia* en modo tal que, cuando el *derecho de la prueba* hace posible el *ejercicio de la función jurisdiccional*, consistente en el *derecho de todos “a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa”*⁽¹⁾, se está primando el *sistema de garantías procesales* que contiene. *No su instrumentalidad acrítica, atemporal y mecanicista*.

Comenzaré, pues, rememorando que el *derecho de la prueba* (o *derecho probatorio*)⁽²⁾

- (1) Artículo 24, numeral 2 de la Constitución española; artículo 139, numeral 3 de la Constitución peruana: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”.
- (2) En el Derecho anglosajón se utiliza el término *evidence*. Según *The American Heritage Dictionary evidence* (Second College Edition (1982)) es “[t]he data on which a judgment or conclusion may be based” o, más específicamente, “[t]he documentary



Antonio María Lorca Navarrete

desea hacer frente, a la *aplicación patológica* de la norma jurídica, *mediante un sistema sustantivo y autónomo de garantías procesales*. De ahí que, también, el *derecho de la prueba* sea el *derecho que trate de poner remedio a la patología jurídica*. Pero, *no desde una propuesta instrumental o propia de un subsistema procesal cuanto, más exactamente, mediante la aplicación de un sistema de garantías procesales que actúa con autonomía y sustantividad propias consistente en el derecho de todos “a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa”⁽³⁾* en base a un modelo probatorio que descansa en la premisa de que cada parte tiene que recopilar y preparar, *con todas las garantías procesales*, la prueba que presentará al órgano jurisdiccional que, como regla general, no interviene en el proceso de “descubrimiento” de las pruebas como, por el contrario, sucede en los modelos de *derecho probatorio inquisitorial* en los que, prácticamente, lo dirigen.

Así que, el *derecho de la prueba*, *no es un subsistema procesal de aplicación acrítica e intertemporal de normas procesales*. Provisto de esta básica afirmación ahora toca ver *qué es*. El *derecho de la prueba* es o se construye, por el contrario, en torno a un *sistema de garantías procesales* que actúa con *autonomía y sustantividad propias* como *derecho de la Garantía Probatoria*⁽⁴⁾.

Esta concepción del *derecho de la prueba o derecho probatorio* (que es difícil no compartir y que apporto como propia al gremio

procesalista) toma partido, en la pugna taxonómica *garantismo-instrumentalidad*, al incidir en la desnudez con la que ha sido exhibida la segunda por contra de la segura *incontrovertibilidad* de la primera. Y, al socaire de la taxonomía *garantismo-instrumentalidad*, resulta que algunos (de los integrados en el gremio procesalista) *discriminan* la realidad *garantista* de la prueba sin que sea necesaria vista de lince para darse cuenta que, de la diádica equivalencia prospectada, el *garantismo procesal* no se aviene con quienes desean alardear de un *derecho de la prueba o derecho probatorio* mediante un “activismo judicial” propio de la más descarnada *instrumentalidad* propia de un *subsistema procesal*.

2. La garantía procesal de la prueba de la *causa petendi*

Que la LEC felpee o atice la conciencia *garantista* de sus aplicadores y estudiosos⁽⁵⁾ es, sin duda, un acontecimiento *inédito* en la reciente historia del procesalismo en la que, fedegar o bregar con el anhelo de una justicia efectiva⁽⁶⁾ *vinculada*, inexorablemente, con

or verbal statements and the material objects admissible as testimony in a court or law”. En los países *ajenos* a la influencia anglosajona se ha acuñado el término *Derecho de la prueba o Derecho probatorio* como la *completa normativa* que hace posible crear el *convencimiento* (que no la “*verdad*” puesto que la “*verdad*”, en Derecho procesal, tengo para mí, no existe) en el órgano jurisdiccional en orden a que pronuncie sentencia. De ahí que, la *evidence* anglosajona, sería *tan sólo* una parte de lo que se estudia como *Derecho de la prueba o Derecho probatorio* en el que puede converger (o no) la misma (se entiende, la *evidence* anglosajona entendida como el *convencimiento* claro y manifiesto del que no se puede dudar y en el que puede basarse una resolución judicial). En cambio, el llamado *Derecho de la prueba o Derecho probatorio*, al tiempo que pretende crear en el órgano jurisdiccional el *convencimiento* sobre una determinada realidad factual, se caracteriza por ofertar, para tal fin, una *completa normativa* que es, ante todo *garantía* que le permite acceder al órgano jurisdiccional sobre el *convencimiento* de una determinada realidad factual. El *derecho de la prueba o Derecho probatorio*, es, pues, una realidad legislativa *más compleja que la evidence*.

(3) Supra nota 1.

(4) Animo a no hallar el desanimo, en el itinerario procesal marcado, si se acude a la web: www.institutovascodedederechoproc.es. com en la que el lector (o si lo desea el “gremio procesalista”) queda advertido, *una vez más*, de mi construcción sobre el *garantismo procesal*.

(5) Recordémoslo. La Exposición de Motivos de la vigente LEC de 2000 proclama y aclama que “justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales”.

(6) Supra nota 1.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

el deseo de *plenitud de garantías procesales*, va a suponer, solo de entrada, decantarse por una opción no meramente instrumental sino *efectiva* de la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi* al hallarse comprendida en la *exigencia de tutela judicial efectiva o tutela jurisdiccional*⁽⁷⁾. Y dado que, la mentada curiosidad en torno a la aludida *garantía procesal de la prueba de la causa petendi*, tiene un aliento propio, le rendiré el honor de considerarla más allá de la liviandad discurrendo por ahí, ahora, mi exposición.

Pero, retrotraigámonos al episodio probático. En virtud del citado episodio, el titular de un derecho lesionado, cuando demanda *tutela judicial efectiva* mediante el ejercicio de una determinada *pretensión*⁽⁸⁾, *ha de justificar la causa* por la que pretensiona. Su *causa de pedir (causa petendi)* *ha de quedar probada*. La *prueba de la causa petendi* aboca al órgano jurisdiccional, de modo inesquivable, a un pronunciamiento *explícito y efectivo* acerca de la *causa petendi* probada.

De un modo un tanto sugestivo se puede aludir a que la *res iudicata* debe comprender lo *deducido* y el *deducendo* de la *causa petendi* de conformidad con determinados medios probatorios establecidos por el ordenamiento procesal *mediante la aplicación de un sistema de garantías que actúa con autonomía y sustantividad propias* consistente en el *derecho de todos “a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa”*⁽⁹⁾.

Ateniéndome al referido itinerario procesal, la consecuencia es simple y meridianamente asequible: *la carga de exhaustividad del pronunciamiento, que pone término al proceso civil, supone quedar afectado, solo y exclusivamente, por la garantía procesal de la prueba de la causa petendi*. Esa *afección* surge, en la Constitución española y peruana, a través del reconocimiento de un “derecho a la prueba” de entre los indicados en el artículo 24 de la Constitución española y en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución peruana: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”. *Existe, por tanto* (ya lo leeremos, con más detenimiento,

renglones después), *una lectura constitucional del “derecho a la prueba”*.

La *garantía* de la prueba de la *causa petendi* y la *lectura constitucional* del “derecho a la prueba” es invocada y entregada (aquí y ahora) para su exégesis y estudio porque lo determinante, en materia de *derecho de la prueba o derecho probatorio*, no es la desnudez instrumental, con la que, tradicionalmente, se le exhibe sino la *incontrovertibilidad* justificada (y me recreo en la redundancia) en la *proclamación y aclamación* de que “justicia civil efectiva significa, por consustancial al concepto de Justicia, plenitud de garantías procesales” (exposición de motivos de la LEC) *que actúa con autonomía y sustantividad propias* consistente en el *derecho de todos* “a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa”⁽¹⁰⁾. Sigamos.

3. El ámbito “debido” y “sustantivo” de la garantía procesal de la prueba de la causa petendi: el garantismo constitucional de la prueba de la causa petendi

No me andaré por las ramas. Es preciso *garantizar* que el “derecho a la prueba” de la *causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter “debido” (“deudor” con la *aplicación de las garantías procesales*) y *sustantivo* (por su *compromiso* constitucional; no acrítico ni adjetivo, ni instrumental), *garantía de justicia*. Es, en mi concepción, el “derecho a la prueba” de la *causa petendi* en el contexto de un “proceso justo” o “debido proceso” en materia de prueba.

(7) Supra nota 1.

(8) Supra nota 1.

(9) Supra nota 1.

(10) Supra nota 1.



Antonio María Lorca Navarrete

Comenzaré por lo más sabroso. Tengo la impresión de no estar sacando las cosas de quicio cuando me hallo convencido de lo siguiente: la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi* posee una concepción *funcional debida y constitucional* ¡Sí! Hay que decirlo.

La *prueba de la causa petendi* es *garantía procesal*, en tanto en cuanto *afianza y protege, según el referente* “debido” (“deudor” con la *aplicación de las garantías procesales*) y *constitucional* (por su *compromiso* constitucional; no acrítico ni adjetivo, ni instrumental), el tráfico de los bienes litigiosos (patológicos).

Me complace decir que esa *funcionalidad* (la *de la prueba de la causa petendi* que es *garantía procesal*) se *modela con el referente* “debido” y *constitucional* a través de una *sustantividad* que *ha preterido los planteamientos amorfos sin referentes temporales*. O sea, una propuesta ajena al “activismo judicial” propio de la más descarnada instrumentalidad procesal.

Y henos aquí que, la *crítica temporalidad* de la *sustantividad* “debida” *de la prueba de la causa petendi*, se justifica en la aplicación “debida” *del compromiso constitucional* de “aquí y ahora”. Así que la *sustantividad, crítica y temporal de la prueba de la causa petendi*, se *vincula* (se “debe”: es “debida”) con la *aplicación de las garantías procesales que la Constitución ampara y establece*. Y mírese por dónde que arriba al *garantismo constitucional de la de la prueba de la causa petendi*. Por lo que no tendré más cuajo que admitir que, la *garantía de la prueba de la causa petendi* (la *de la función jurisdiccional civil*), es *compromiso constitucional* “debido” porque la Constitución *garantiza* que, aquella (la *garantía de la prueba de la causa petendi*), pueda *amparar* los derechos (los de la *tutela judicial efectiva* del artículo 24 de la Constitución española y los del artículo 139, numeral 3 de la Constitución peruana: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”) de todos los ciudadanos *a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa*.

En limpio: la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi*, en su *vertiente funcional*, se justifica porque se *ampara* en base a la existencia de la *tutela judicial efectiva*⁽¹¹⁾ (artículo 24 de la Constitución española; artículo 139, numeral

3 de la Constitución peruana: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...”). Y ese *amparo* no es amorfo, sino *sustantivo* por exigencias de aquel *compromiso*. Se *concreta*, ya lo he dicho, en el *amparo de todos los ciudadanos a utilizar los medios de prueba pertinente para su defensa*.

Entonces, y en la medida en que *la prueba de la causa petendi* es *compromiso* (constitucional) *de garantía funcional* en el tráfico de bienes litigiosos (patológicos), se proyecta (se entiende, *la prueba de la causa petendi*), en su *sustantividad, autónomamente* “debida” (“deudora” *autónomamente* con la *aplicación de las garantías procesales*). Y henos aquí que no interese tanto que *la prueba de la causa petendi* aplique tal o cual norma en el ámbito del tráfico de bienes litigiosos, sino que, aquella (*la prueba de la causa petendi*), sea *garantía de “deuda autónoma” de aquella actuación sustantiva comprometida constitucionalmente*.

Es preciso *garantizar* que *la prueba de la causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter “debido” (“deudor” con la *aplicación de las garantías procesales*, se entiende) y *sustantivo* (por su *compromiso* constitucional), *garantía de justicia*. Es (me recreo en la redundancia), *en mi concepción, el derecho al proceso justo* a través de la proyección “debida” y “sustantiva” de la *garantía de la prueba de la causa petendi*.

Y aquí es a dónde quería llegar. Sus *criterios funcionales* de actuación (los de *la prueba de la causa petendi*, se entiende) son *ordinarios en la medida en que se asume el compromiso constitucional de actuarlos*. La razón: porque el ámbito de protección, a través de la *tutela judicial efectiva* que, funcionalmente, se aplica de forma “autónomamente debida”,

(11) Supra nota 1.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

es ordinario. No es excepcional o propio del ejercicio de una función jurisdiccional especial o excepcional.

A la vista de estos datos, y en su vertiente de legalidad ordinaria, la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi* es, funcionalmente, “autónomamente debida” (insisto: “deudora autónomamente” con las *garantías procesales*). Su *sustantividad* “debida” le impide, además, ser adjetiva, acrítica y mecanicista. O, en fin, ser *vicaria* de la norma que actúa. Así se desprende de la “efectividad” que la norma constitucional reclama (el artículo 24, numeral 1 de la Constitución española proclama que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (...)”). Y el artículo 139, numeral 3 de la Constitución peruana: “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”).

Y he nos de bruces con otra realidad no menos importante: la *efectividad constitucional* es, ante todo, *sustantividad garantista* “autónomamente debida”. Y, además, *sustantividad garantista común y ordinaria*. Lo que me lleva a enfatizar que, la *funcionalidad* “autónoma y debida” de la *garantía procesal de la prueba de la causa petendi*, justificada en criterios *ordinarios* o *comunes* que asumen el compromiso constitucional, se proyecta, a su vez, en una funcionalidad *sustantiva* que es *garantía de jurisdiccionalidad*, y, también, en una funcionalidad *formal* que es *garantía*, a su vez, de *adjetivación procesal* de esa jurisdiccionalidad. Conclusión: esa funcionalidad es *expansiva*.

Pero, ¡ojo! Esa *dinamización (expansibilidad)* equivale a reconocer que las *garantías no son abstractas*. Actúan, *críticamente*, el modelo *concreto* de tutela judicial *efectiva* que se establece constitucionalmente.

4. La garantía procesal a individualizar las propuestas más **atendibles y fiables del objeto probático justificando racionalmente** la elección realizada

Las cosas se complican un poco más, en lo que a la conceptualización *debida* y *sustantiva* del ámbito probático se refiere, si el pronunciamiento, acerca de la *causa petendi* probada, responde, *no tanto a la lógica de la demostración*

matemática basada en el método axiomático-deductivo, cuanto más bien a esquemas racionales, no necesariamente reconducibles a los esquemas deductivos, y el enjuiciamiento jurisdiccional se desenvuelve, entonces, dentro de las exigencias de la racionalidad.

El argumento de *consecuencia* no sería otro que el *arrumbamiento* de los esquemas deductivos, de indudable filiación matemática, y asumir una *racionalidad* probática *debida* y *sustantiva*. Me reitero. Es preciso *garantizar* que *la prueba de la causa petendi* constituya, en cuanto a su carácter “debido” (“deudor” con la *aplicación de las garantías procesales*, se entiende) y *sustantiva* (por su compromiso constitucional), *garantía de un proceso justo (con todas las garantías procesales)*.

Pero, ¡atentos! esa *racionalidad* no supone admitir la intuición o la arbitrariedad, justo porque ni aquélla (la intuición) ni esta (la arbitrariedad), responden a la *razón (racionalidad)* probatoria.

¡No nos engañemos! En el ordenamiento procesal existen *intentos* de construir un *corpus* de esa *racionalidad* probatoria a través de conceptos como “convicción”, “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia” ubicables en las propuestas de Stein⁽¹²⁾ *que no pretenden alcanzar la certeza filomatemática.*

Y no, es precisamente, salirse por la tangente subrayar (como lo hago) la obviedad de que, en abstracto (y, no, tan en abstracto), el órgano jurisdiccional *puede equivocarse* (fomentándose, de ese modo, quierase o no, una atmósfera de escepticismo y, la consiguiente, actitud del *laissez-faire*); cuando lo que, de veras importa⁽¹³⁾, es *sí y cómo*, en concreto, cabe *detectar y neutralizar* una eventual equivocación (arbitrándose los

(12) Cfr. STEIN, Friedrich. *Das private Wissen des Richters*. Leipzig 1893.



Antonio María Lorca Navarrete

medios oportunos al efecto). Y esta es la cuestión que, ahora, no deseo soslayar.

Quiero decir que, admitida (¡qué remedio!) la *fallibilidad universal* (todo el mundo se equivoca; yo el primero y, los jueces, también) sería, sin embargo, *falaz* plantear la cuestión del acierto o error del juez en términos de “*presunción*” (¿quién se *presume* que acierta más, la parte o los jueces, o por el estilo?).

Sin esfuerzo se entrevé, creo, que si la decisión del órgano jurisdiccional (al igual que cualquier experiencia humana) es *fallible*⁽¹⁴⁾, el ordenamiento jurídico tiene el deber de suministrar instrumentos eficaces *para identificar* el eventual error del órgano jurisdiccional, *garantizando*⁽¹⁵⁾ a las partes en el proceso la *efectividad* del derecho a la tutela judicial.

Y es aquí donde crece y reverbera la función de conceptos como “convicción”, “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia” y otros en la medida que, el ponente Mallo Mallo⁽¹⁶⁾, ya nos advierte que *debe “ser respetada la valoración probatoria de los órganos enjuiciadores en tanto no se demuestre que el juzgador incurrió en error de hecho, o que sus valoraciones resultan ilógicas, opuestas a las máximas de la experiencia o de las reglas de la sana crítica”* (énfasis mío).

Sin necesidad de lanzar balones fuera, no es necesario posiblemente, un esfuerzo ímprobo para justificar, de la mano del ponente Mallo Mallo⁽¹⁷⁾, que “*el Juzgador que recibe la prueba puede valorar la misma de forma libre aunque nunca de manera arbitraria*” (énfasis mío).

De lo que se sigue que, con esas coordinadas discursivas, se permite afrontar los conceptos de la “convicción”, “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia” y otros desde la perspectiva de *no poder*⁽¹⁸⁾ *sustituirse la valoración que hizo el Juzgador de toda la prueba practicada por la que realiza*

la parte recurrente, función que corresponde única y exclusivamente al Juzgador “a quo” y no a las partes (énfasis mío) cuando, sus valoraciones probatorias, *resultan acordes con conceptos como “convicción”, “reglas de la sana crítica” y “máximas de experiencia”*.

Pero, si se observa bien, no basta con propuestas o intentos de construir un *corpus* de la *racionalidad probatoria*. Se ha de obtener la *racionalidad* del objeto de la prueba que no siempre se produce en algunos de los supuestos indicados.

Así sucede con las *máximas de experiencia*, por cuanto la premisa según la cual el *sentido común* origina *máximas o reglas* generales idóneas en orden al razonamiento de lógica validez, no siempre se alcanza, cuando sucede que, en base a un sumario análisis epistemológico, se ubicarían, en esas *máximas*, elementos totalmente *extraños* a aquella racionalización *como prejuicios, generalizaciones infundadas, simplificaciones o, incluso, la manipulación por parte del juez o magistrado*.

En consecuencia, ¿cuál es la *racionalidad* que se plantea? No es, como ha quedado indicado, la monolítica que surge del método axiomático-deductivo y filomatemático, sino más bien una *racionalidad* que, huyendo del monolitismo, acepte que, a través de ella, el órgano jurisdiccional *ha de realizar razonamientos heterogéneos (no monolíticos) por razón, “debida” y “sustantiva”, de la estructura y contenido del objeto de la prueba*.

(13) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*. En: Revista vasca de derecho procesal y arbitraje (en adelante, RVDPA), 3, 2010, § 232, p. 664. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprosesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(14) *Ibidem*.

(15) *Ibidem*.

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*.

(18) *Ibidem*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

Es una garantía procesal del pronunciamiento sobre la causa petendi.

Pero, si el monolitismo ha de quedar preterido, también han de quedar excluidos los esquemas que se *simplifican en razón de la intuición subjetiva*.

Para que se me entienda. La *heterogeneidad y atipicidad es consustancial* con la estructura probática que, por lo demás, *ha de preterir la génesis compleja* justificada en el silogismo filomatemático. Esa génesis implica una *función demostrativa* de la prueba basada en su ámbito *cognoscitivo y racional* en función del cual el órgano jurisdiccional procede a *individualizar* las propuestas más atendibles y fiables (*creíbles*) del objeto probático *justificando racionalmente la elección realizada*.

5. La garantía procesal de la carga de la prueba

Para evitar resbalones en medio de la niebla, conviene poner atención en algo que necesita ser iluminado como que, en su acepción más clásica, la *carga de la prueba* se vincula con la *actividad* de la parte personada en la instancia procesal (sea esta *a quo* o *ad quem*) en relación con la *proposición y posterior práctica de la prueba*. Veamos.

Mediante la *carga de la prueba* la parte puede, *facultativamente*, intervenir en la *necesidad del medio probatorio* con el fin de *acreditar* (“evidenciar”) los hechos que le permitan *obtener* una resolución judicial favorable acerca de la cuestión de fondo planteada mediante el ámbito funcional de la jurisdicción que proyecta el proceso (el *proceso de la función jurisdiccional*, se entiende) (artículo 196 del Código Procesal Civil peruano; en adelante CPCP).

Es decir, que nos ubicamos *en una parte* (¡no sustancial del todo!) de la manoseada doctrina de la “carga de la prueba”. Y como sobre ella (sobre la aludida doctrina de la “carga de la prueba”, se entiende) la ponente Castresana García⁽¹⁹⁾ *ha omitido* (creo yo) o dejado tácita idea de algún relieve no estaría de más, pienso para mí, que alguna aportación haría, en este momento, si procedo (modestamente, claro está) a *recolocar* las piezas basilares de la mentada doctrina con el deseo de que quede ubicada en el *garantismo procesal*⁽²⁰⁾; lo que se me antoja (¡perdón por el atrevimiento!) como un buen punto de partida metodológico del que, luego, vendrá todo lo demás.

En suma, la vindicada juridicidad de la doctrina de la *carga de la prueba* se dejaría reconducir a la siguiente cuestión⁽²¹⁾: si la doctrina de la *carga de la prueba* no ha de detenerse en la carcasa *formal* del razonamiento motivatorio sino que *debe penetrar* en el contenido de la motivación misma. Queda, pues, por ver cuál será la intensidad de la aludida *carga (de la prueba, se entiende)*.

Ante un panorama así diseñado, lo único que, juiciosamente, dejaría traslucir aquel presunto purismo juricista es su razonable apego a *penetrar*⁽²²⁾ en el contenido de la *motivación misma*; no más ni cosa distinta. Es decir, los *recelos* ante el activismo judicial *en modo alguno se verían confirmados* si los tribunales no fueran respetuosos con una Administración

- (19) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Año 2001. Volumen I. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2011; pp. 106 y Comentario. En: RVDPA, 2, 2011, § 7; p. 600. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.
- (20) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Estudios sobre garantismo procesal. El Derecho procesal conceptualizado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado “Derecho de la garantía de la función jurisdiccional”*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Universidad Antonio de Nebrija y Dijusa (libros jurídicos), 2009; pp. 1 y ss.
- (21) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; p. 498. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.
- (22) *Ibidem*.



Antonio María Lorca Navarrete

de justicia que se mueve dentro de los márgenes *fácticos de la opinabilidad* o si los jueces no fueran conscientes de la *perdida* de homogeneidad axiológica de la propia motivación fáctica.

Todo lo cual autoriza a postular el giro (como si no cupiera otra alternativa) hacia una concepción *sustantiva-factualista* (no hay derecho fuera de los hechos)⁽²³⁾. Ya que, examinar si los hechos se mantienen en los límites de la doctrina de la *carga de la prueba* o los rebasan y entran en el terreno de lo *arbitrario* (o sea, de lo que ya ni alcanza el grado de opinable) requiere, justamente, su *cotejo* con lo que se considera canon de referencia ineludible⁽²⁴⁾: *la aceptación de la carga de probar*. Y ¿qué otra cosa es lo que ilustra, a la perfección, el ponente Illescas Rus? Pues que la doctrina de la *carga de la prueba*, así prospectada, presupone la expresión de aquellos criterios que la justifican⁽²⁵⁾. O sea, que, al decir del ponente Illescas Rus⁽²⁶⁾, *“la doctrina de la carga de la prueba ‘onus probandi’ tiene como finalidad prioritaria e inmediata determinar a cuál de los litigantes ha de perjudicar la falta de prueba de un hecho relevante para la decisión del proceso”* (énfasis mío).

La argumentación, que alberga el ponente Illescas Rus⁽²⁷⁾, combina censuras y pautas normativas. Aplazaré las prescripciones para más tarde y comenzaré por las amonestaciones.

En efecto, el citado ponente Illescas Rus⁽²⁸⁾ no se anduvo con chiquitas y, sin complacientes mitigaciones verbales, fue expeditivamente al grano con un par de frontales reproches. Ahí va el primero⁽²⁹⁾: *“solamente ha de acudirse a ella pues (a la doctrina de la carga de la prueba, se entiende), cuando por existir afirmaciones sobre hechos que no resulten*

llanamente admitidas, precisan de la actividad ordenada a formar la convicción del órgano jurisdiccional, y de cuyo resultado ésta no aparezca demostrada” (énfasis mío). Ahí va el segundo⁽³⁰⁾: *“otra cosa es que para determinar cuál de los litigantes haya de soportar los efectos desfavorables de la precitada falta sea preciso averiguar a cuál de ellos incumbía la carga poder de ejercicio facultativo cuya inobservancia sólo acarrea consecuencias perjudiciales”* (énfasis mío). Y, ahora, llega la prescripción⁽³¹⁾: *“sin constituir acto ilícito jurídicamente reprochable ni coercible con sanciones el acreditar el hecho de que se trate”* (énfasis mío).

Y, en vista de ello, el ponente Illescas Rus⁽³²⁾ propina el consiguiente y fulminante golpe de mazo: *“el fin último de la actividad probatoria es la demostración de las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus actos alegatorios como fundamento de sus respectivas pretensiones. Desde esta perspectiva, y como regla general, es indiferente cuál de los litigantes logre la justificación de un hecho dado. A esto se refiere (dice) el principio denominado de ‘adquisición procesal’”* (énfasis mío).

Precisamente, la coda del razonamiento, ahora transcrito, le da pie al ponente Illescas

(23) *Ibidem*.

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

(26) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; pp. 489 y 498. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(27) Supra nota 13.

(28) *Ibidem*.

(29) Supra nota 18.

(30) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; pp. 489, 498 y 499. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(31) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; pp. 489 y 499. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(32) *Ibidem*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

Rus⁽³³⁾ para justificarse en una extensa jurisprudencia a la que cita a modo de anchurosa porfía.

Y, una vez trazadas las coordenadas que delimitan la doctrina de la *carga de la prueba*, esas se traducen (a juicio del ponente Illescas Rus⁽³⁴⁾) en sendas exigencias, de carácter *sustancial* y *formal* respectivamente.

La exigencia *sustantiva* desea ser *garantía* (*garantismo procesal*) que suministre⁽³⁵⁾ “al juzgador la regla de juicio que, en tales casos (si no queda acreditado un determinado hecho cuando ha de determinarse a cuál de los litigantes ha de perjudicar su falta), *le permitan resolver el conflicto sometido a su enjuiciamiento, pues de otro modo no podría fallar quebrantando el principio ‘non liquet’* (énfasis mío). Y añade, nuestro esforzado ponente⁽³⁶⁾, que

“sólo mediata o indirectamente aquellos criterios tienen la virtualidad de orientar la actividad de las partes distribuyendo entre ellos la carga de probar. Desde antiguo acostumbra a acudir a ciertas reglas que atienden al carácter afirmativo o negativo del hecho necesitado de prueba. Así en el Derecho Romano se acuñaron los brocardos ‘*Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*’ Vide, SS.T.S., Sala Primera, 1 de diciembre de 1944; 19 de febrero de 1945; 8 de marzo de 1991; 28 de julio de 1993; 28 de noviembre de 1996 y 28 de febrero de 1997, entre otras; ‘*Necessitas probandi incumbit ei qui agit*’; ‘*onus probando incumbit actori*’ Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 9 de febrero de 1935; ‘*Per rerum naturam ‘factum’ negantis probatio nulla est*’; ‘*reus in excipiendo fit actor*’ Cfr., SS.T.S., Sala Primera, 7 de noviembre de 1940 y 19 de diciembre de 1959, o ‘*negativa non sunt probanda*’ Cfr., S.T.S., Sala Primera, de 1 de diciembre de 1944” (énfasis mío).

Por su parte, la exigencia *formal* se bifurca en dos ámbitos. El primero haría hincapié, al decir del ponente Illescas Rus⁽³⁷⁾, en que

“*con todo, el origen particular de estas máximas* (aludidas renglones antes), *su defectuosa interpretación por los glosadores y comentaristas y, singularmente, su manifiesta insuficiencia para resolver todos los supuestos problemáticos las convirtió en blanco de aceradas críticas que, progresivamente, han provocado su rechazo generalizado. Obsérvese* (dice) *que no siempre es fácil discernir cuando nos hallamos ante una afirmación o una negación; que los hechos negativos son, ante todo, hechos y, por ende, necesitados de prueba*” (énfasis mío).

Y, a renglón seguido, se detiene en el *segundo* de los aludidos ámbitos al decir⁽³⁸⁾ que

“tampoco resultan satisfactorios, por análogas razones y particularmente su relatividad, los principios que, *en abstracto* (dice), atribuyen al demandante la carga de acreditar los hechos constitutivos de su pretensión en tanto que se hace recaer sobre el demandado la prueba de los hechos modificativos, impeditivos, extintivos o excluyentes. De ahí que, asimismo fuera severamente criticada la regla (...) a cuyo tenor ‘*incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama*

(33) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; p. 499. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(34) *Ibidem*.

(35) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; pp. 490 y 499. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*.

(38) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; pp. 490, 499 y 500. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.



Antonio María Lorca Navarrete

su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone', *sugiriéndose* (añade) *ciertos criterios complementarios o correctores como los principios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria a la luz del caso concreto, sin perjuicio de preconizar, como regla, que cada parte debe probar aquellos hechos que integran el supuesto de hecho previsto en la norma que le favorece*" (énfasis mío).

De entrada, llama poderosamente la atención un común denominador que se observa en las indicaciones del ponente Illescas Rus⁽³⁹⁾: la histórica tendencia al raquitismo y la bajura de los datos normativos invocados confirmando, así, una cultura jurisdiccional que ponía la Administración de justicia al servicio de paradigmas formalistas y que silenciaba la dimensión transformadora que supone la irrupción y consolidación de exigencias *sustantivas* que *sugieren* "*ciertos criterios complementarios o correctores como los principios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria a la luz del caso concreto, sin perjuicio de preconizar, como regla, que cada parte debe probar aquellos hechos que integran el supuesto de hecho previsto en la norma que le favorece*"⁽⁴⁰⁾.

No ha de perseguirse sin más, por supuesto, agobiar a tal o cual *exigencia* (¡*sustantiva* y que desea ser *garantista!*) enredándola en una jungla de "criterios complementarios o correctores". Tampoco es eso⁽⁴¹⁾. Pero no está de más que se *contextualice* la doctrina de la *carga de la prueba* en esos "ciertos criterios complementarios o correctores como los principios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria a la luz del caso concreto, sin perjuicio de preconizar, como regla, que cada parte debe probar aquellos hechos que integran el supuesto de hecho previsto en la norma que le favorece"⁽⁴²⁾

ya aludidos renglones antes. Pues no es lo mismo que, la doctrina de la *carga de la prueba*, sea un requisito exigible a *que pueda ser requerida como una exigencia derivada de exigencias sustantivas* que desean ser *garantistas* para obligar a jueces a justificar sus propios actos⁽⁴³⁾.

6. La garantía procesal de la carga de la prueba y su "distribución"

Y no me extraña que así se pueda ir "haciendo boca"⁽⁴⁴⁾. Pues no está de más (además) tener presentes las indicaciones del ponente Illescas Rus⁽⁴⁵⁾ para el que "*con carácter general, el Derecho procesal agrupa los hechos jurídicos en estas cuatro categorías: i) hechos constitutivos; ii) hechos impeditivos; iii) hechos extintivos; y, iv) hechos excluyentes*" (énfasis mío).

Pero retrotraigámonos al episodio del "hecho dudoso". Para el ponente Illescas Rus⁽⁴⁶⁾ existe una venturosa confabulación que puede justificar una resolución judicial por cuanto la aludida "*agrupación de hechos jurídicos*" "*sirve, entre otras cosas, para determinar a quién corresponde la carga de la alegación y a quién perjudica su falta de prueba*" (énfasis mío). Así que⁽⁴⁷⁾

(39) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231; p. 500. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

(40) Supra nota 30.

(41) Supra nota 31.

(42) Supra nota 30.

(43) Supra nota 31.

(44) *Ibidem*.

(45) *Ibidem*.

(46) ILLESCAS RUS, Ángel Vicente. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de noviembre de 2005*. En: RVDPA, 2, 2010, § 231. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

“el triunfo de la demanda está supeditado a que el actor alegue y pruebe la efectiva existencia de los hechos constitutivos, esto es: de los hechos que fundan su derecho a la tutela que solicita. Al Derecho le basta con que el actor alegue y pruebe los hechos que normalmente originan su derecho a la tutela; es decir: los que son su causa eficiente (...). Pero bien puede suceder que, antes o mientras se gestan los hechos constitutivos, se produzcan también otros hechos jurídicos que impidan a éstos desplegar su normal eficacia. A estos hechos se les llama impeditivos y, aunque su existencia no sea incompatible con la de los hechos constitutivos, su prueba destruye la eficacia jurídica que a los hechos constitutivos normalmente se atribuye. En pura teoría, al actor debería corresponder tanto la carga de alegar y probar los hechos que normalmente dan origen a la acción, como la alegación y prueba de la inexistencia de los hechos impeditivos cuya presencia obstaría la eficacia de los hechos constitutivos. El demandante tiene acción sólo si existen los primeros y faltan los segundos” (énfasis mío).

Cierto es que, renglones después, el forzado ponente Illescas Rus⁽⁴⁸⁾ invoca que *“no sería equitativo, sin embargo, que el Derecho arrojará sobre el actor la carga de alegar y probar todos ellos; por dos razones: a) la prueba de la inexistencia de un hecho resulta mucho más difícil (en ocasiones imposible) que la prueba de su existencia; además, los eventuales hechos impeditivos son, siempre, muchos más que los constitutivos; b) lo normal es que no concurra ningún hecho impeditivo; su presencia es tomada por el Derecho como algo excepcional y, precisamente para evitar la indefensión que se produciría si lo que es anormal sucede, el Derecho otorga al demandado la posibilidad de ponerlo de relieve mediante el ejercicio de una excepción” (énfasis mío).*

Provistos de la anterior básica distinción, ahora toca ver lo que sucede en los casos en los⁽⁴⁹⁾ *“que, aun concurriendo todos los hechos constitutivos y no existiendo hechos impeditivos, es posible que, con posterioridad a unos y otros, se produzcan determinados hechos, que vengán a destruir la eficacia desplegada por los hechos constitutivos. A estos hechos*

se llama extintivos. Con ellos no pretende el demandado negar que el actor tuviera acción frente a él, alega simplemente que, en el momento en que el actor reclama, la acción no existe ya, porque ha quedado extinguida por un hecho jurídico posterior” (énfasis mío).

Pero es que, ateniéndonos al itinerario procesal del caso, quedamos advertidos que puede⁽⁵⁰⁾ *“suceder que, aun cuando los hechos constitutivos efectivamente existan y no se hayan producido hechos impeditivos o extintivos que destruyan su eficacia, se hayan, sin embargo, originado (con anterioridad, de modo coetáneo, o con posterioridad a los hechos constitutivos) otros hechos jurídicos que otorguen al demandado el derecho de enervar (de paralizar, o de excluir) la acción que el demandante ejercita. A estos hechos se llama excluyentes porque, aun reconociendo que el actor tiene actualmente derecho a la tutela que solicita, el demandado posee un “contraderecho” (otro derecho contrario a la acción), que le permite evitar la condena” (énfasis mío).*

Fundar sobre esta doctrina la pareja de la carga de la prueba no está tan fuera de lugar por lo que no pide a gritos ser impugnada. Como así no ocurrió ¡Muy al contrario! El ponente Illescas Rus⁽⁵¹⁾ persevera y así nos dice que

“son impeditivos aquéllos hechos que, siendo concomitantes en el tiempo con los hechos constitutivos, impiden, en absoluto y desde el principio, que éstos desplieguen su normal eficacia (...). La concurrencia de un hecho impeditivo produce, en todo caso, la nulidad del contrato. La razón

(47) *Ibidem.*

(48) *Ibidem.*

(49) *Ibidem.*

(50) *Ibidem.*

(51) *Ibidem.*



Antonio María Lorca Navarrete

es clara: al ser los hechos impeditivos concomitantes con los hechos constitutivos no pueden producirse con posterioridad en el tiempo; esto quiere decir que, o han sido planteados y discutidos en el proceso de declaración (y desestimados, ya que no se entiende de otro modo la condena del demandado) y quedan, por tanto, alcanzados por la cosa juzgada, o, en el supuesto de que no se hayan planteado pudiendo haberlo sido, quedarían, en todo caso, alcanzados por la preclusión acaecida, con lo que llegamos a un resultado sustancialmente igual al anterior; los hechos impeditivos no pueden ser, en ningún caso, reproducidos en sede de ejecución de sentencia” (énfasis mío).

Ahora le toca a los hechos excluyentes. Para el ponente Illescas Rus⁽⁵²⁾ *“excluyentes son aquellos hechos que, concomitantes o posteriores a los hechos constitutivos fundan un contraderecho a favor del demandado que le permite enervar la acción que el demandante afirma en su demanda” (énfasis mío).*

Por último, hay que aludir a los hechos extintivos tomando nota de la explicación ofrecida renglones antes. Para tal fin, el ponente Illescas Rus⁽⁵³⁾ dice que

“así como el resultado inmediato de la concurrencia de un hecho impeditivo es que el derecho subjetivo, como tal, no ha llegado nunca a nacer y, como consecuencia la acción que el demandante afirma tener no ha existido nunca, el hecho extintivo, por el contrario, al ser posterior a los constitutivos provoca la extinción del derecho subjetivo anteriormente existente. Ello supone que la acción, que en algún momento tuvo existencia, se ha extinguido con posterioridad. Consiguientemente los hechos impeditivos y los extintivos se diferencian en que unos son concomitantes con los constitutivos y los otros son posteriores, pero se equiparan en cuanto a sus efectos, por cuanto el Juez no puede otorgar la tutela pedida si en el momento del proceso no existe el derecho material que le servía de sustento. Si el Juez se apercibe durante el proceso de la concurrencia de un hecho impeditivo o de la de uno extintivo, debe absolver de oficio la de la demanda. No es concebible, en buena lógica jurídica que el Juez

dé lugar, a sabiendas, a pretensiones infundadas” (énfasis mío).

Todo lo indicado hasta ahora no impide que (subyugados por la caracterización de la doctrina de la carga de la prueba) puedan apreciarse⁽⁵⁴⁾

“las diferencias entre los hechos excluyentes, por un lado, y los impeditivos y extintivos, por otro, [que] son fundamentalmente éstas: a) Cuando concurre un hecho impeditivo o extintivo la acción que el demandante afirma tener no existe, en realidad, bien porque nunca existió, o bien porque ha dejado de existir; por el contrario, cuando concurre un hecho excluyente, la acción que el actor afirma existe realmente y el derecho a la tutela jurídica también, de modo que, si aun concurriendo un hecho excluyente por no haberse ejercitado por el demandante el Juez otorga la tutela pedida, la sentencia que dicte no es injusta; b) Los hechos impeditivos y extintivos deben ser apreciados de oficio por el Juez cuando su existencia conste en autos y cualquiera que sea la parte que los ha introducido en el proceso: rige aquí (dice el ponente Illescas Rus) el principio de adquisición procesal. Los hechos excluyentes operan siempre ope exceptionis, de modo que, si el Juez dicta sentencia apreciando un hecho excluyente no alegado por el demandado comete incongruencia” (énfasis mío).

En las anteriores indicaciones (¡doctrinales!) del ponente Illescas Rus⁽⁵⁵⁾ (que son difíciles de no compartir) aletea el convencimiento de perseverar en la ruta que, acertadamente, había comenzado a transitar. Y eso parece tenerlo nítido

(52) *Ibidem.*

(53) *Ibidem.*

(54) *Ibidem.*

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

nuestro esforzado ponente (y, yo) de modo que, todo su recorrido, es acertado de raíz.

Así que vayamos a unas *concreciones más*. Corresponde la prueba de un *hecho extintivo*, como el pago, a quien lo opone. Y, el mismo criterio, es el adoptado por la ponente Pazos Moncada⁽⁵⁶⁾.

Aventuraré, entonces, una conjetura: *estamos en presencia de una teorización de la realidad cuando se distribuye, legalmente, la carga de la prueba*. Es, por ello, que conviven, sin apuro, la tesis que he defendido inmediatamente antes (no hay teorizaciones de la realidad jurídicamente indiferentes) y la experiencia práctica que nos es cotidiana (existencia de alternativas plausibles) *¿Cómo es eso posible?* Respuesta: una cosa es afirmar que *fuera* de la ley existan modos alternativos de articular la carga de la prueba (lo que niego rotundamente) y otra reconocer que sea posible una *teorización* de aquella realidad acerca de cómo se distribuye, *legalmente*, la carga de la prueba (fundamentalmente en lo que cabe) como solución óptima (lo cual acepto a la primera).

En otras palabras: a veces topamos con situaciones en las que solo es aplicable un criterio *único* y, además, *unívoco* (que conduce, únicamente, a un resultado), en cuyo caso, la actividad en torno a la carga de probar, no presenta ningún margen de opinabilidad; dándose así lugar a un legítimo control de la misma que se cifra, por lo pronto, en que *la carga de probar no afecta a la valoración de la prueba*. Lo reafirma el ponente Vigo Morancho⁽⁵⁷⁾ cuando dice que la LEC (ni tampoco el CPCP) *“no contiene norma valorativa de prueba”* (énfasis mío).

Cuando no se afina en establecer los límites de lo que sea, lo normal (es decir, salvo chiripa) es que nos quedemos cortos o nos pasemos de la raya. Y, lo indicado anteriormente, no tiene por qué ser ajeno al problema que estoy considerando.

Porque vayamos a la LEC (y al CPCP) y fijémonos en lo que pasa con la “carga de la prueba” a la que deseo sacarle brillo de tanto manosearla. Reparemos en una cosa. Después de una fragosa descarga de fusilería normativa (la de la LEC y el CPCP) acerca de la carga de la prueba, *¿qué piezas han sido abatidas?* Las que afectan a los excesos de una presumible comprensión *pedem literae* de la tan citada normativa y que sirven para *aniquilar* soluciones dispares, titubeantes o ambiguas; es decir, nada concluyentes.

7. La garantía procesal de la carga de la prueba ha superado su “estricta” conceptualización procesal para acceder al ámbito del garantismo constitucional

La *carga de la prueba* afronta, entonces, un *segundo polo de su raciocinio*, que prolonga el primero ya referido relativo a que ha asumido, con el artículo 24 de la Constitución española (y el artículo 139.3. de la Constitución peruana que dice que *“son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”*), una formulación que *escapa* a su estricta conceptualización procesal. Al igual que la función jurisdiccional, la *doctrina de la carga de la prueba ha superado* su “estricta” conceptualización procesal *para acceder al ámbito del garantismo constitucional*, por cuanto que *no se puede negar la declaración jurisdiccional de un derecho cuando a la carga de probar de la parte le asista tanto la*

(55) *Ibidem*.

(56) Según la ponente Pazos Moncada “la prueba del hecho *extintivo* (énfasis mío), el pago, incumbe a quién lo opone”. PAZOS MONCADA, Carmen. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de julio de 2001*. En: RVDPA, 2, 2002, § 58; p. 482. Se puede consultar en el web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la sección: *Base de datos de jurisprudencia y legislación procesal*.

(57) VIGO MORANCHO, Agustín. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 10 de enero de 2005*. En: RVDPA, 1, 2010, § 213; p. 104. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.



Antonio María Lorca Navarrete

preterición de la indefensión (artículo 24.1. de la Constitución española; artículo 139.14 de la Constitución peruana), como el *derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes*⁽⁵⁸⁾.

Simplificando protocolos, proclamo esencialmente, sin adornos retóricos, que *el derecho a la carga de la prueba no es una cláusula constitucional indeterminada pues sin el reconocimiento de un derecho a la carga de la prueba se vulnera el ámbito de la tutela judicial efectiva*⁽⁵⁹⁾.

La naturaleza *constitucional* del *derecho a la carga de la prueba no es una cláusula constitucional indeterminada*, sino muy al contrario en la medida en que se proyecta en un ámbito de la tutela judicial efectiva *troncal* para que, justamente, *sea efectiva*, pues *sin el reconocimiento de un derecho a la carga de la prueba se vulneraría el ámbito de la tutela judicial efectiva a través de la resolución judicial que le pone término definitivamente*⁽⁶⁰⁾.

Señalaré, de partida, que *sin el reconocimiento constitucional del derecho a la carga de la prueba sería imposible lograr la tutela judicial efectiva*, por cuanto la prueba es esencial para acceder a la misma. No se trata de indeterminación o casuismo, sino, muy al contrario, del reconocimiento *constitucional* de un derecho *concreto* al amparo del artículo 24 de la Constitución española⁽⁶¹⁾ y del artículo 139.3. de la Constitución peruana según el cual *“son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”*.

Por tanto, *no es forzado* el intento por ensayar un *encaje constitucional* para la “carga de la prueba”⁽⁶²⁾, aun cuando *no exista una mención expresa* ni en la Constitución española ni en la peruana a la misma, por cuanto contemplo el “fenómeno de la carga de la prueba” desde la perspectiva de los efectos producidos por la *utilización inadecuada* de sus postulados

dentro de cada proceso concreto, lo que nos ubicaría *ante una posible indefensión* (artículo 24.1. de la Constitución española y artículo 139.14 de la Constitución peruana) del justiciable que, de tal guisa, *aparece privado de toda posibilidad razonable para hacerse con el medio probatorio que necesita*.

Y aquí es a donde quería llegar. Veamos *por qué*. Porque el criterio metodológico planteado se justifica (lo justifico) *no en una cláusula constitucional indeterminada*, sino muy al contrario. Nuevamente *¿por qué?* Porque en la medida en que, al tiempo que es de *concreción general* (no casuística), se proyecta en un ámbito de la tutela judicial efectiva *troncal* para que, justamente, *sea efectiva*, pues *sin el reconocimiento (concreto, ¡ojo!) de un derecho a la “carga de la prueba” se vulnera el ámbito de la tutela judicial efectiva a través de la resolución judicial que le pone término definitivamente*. En consecuencia, y *sin el reconocimiento constitucional del derecho a la “carga de la prueba” sería imposible lograr la tutela judicial efectiva*, *por cuanto la prueba es esencial para acceder a la misma*. No se trata, pues (y me recreo en la redundancia), de indeterminación o casuismo, *sino muy al contrario del reconocimiento constitucional de un derecho constitucional concreto al amparo del artículo 24 de la Constitución española y artículo 139.14 de la Constitución peruana*.

Y, *por qué*. Porque tengo para mí que no es, precisamente, la desorientación la que le

(58) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *La garantía de la prueba de la causa petendi en el proceso civil. Algunas cuestiones jurisprudenciales*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal subvencionada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), 2010; p. 33.

(59) *Ibidem*.

(60) *Ibidem*.

(61) *Ibidem*.

(62) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 131 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; p. 623. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: *Base de datos de jurisprudencia procesal*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

motiva al ponente Hoya Coromina. Su pulido pronunciamiento es fruto de un fino utillaje teórico-conceptual ya que nos permite darnos un garbeo por la polisemia de los términos “carga de la prueba” (ricos en destinos y desatinos) por ver si encontramos algo más de provecho en la ilustración del ponente Hoya Coromina⁽⁶³⁾.

Y topamos con un dato que quizás nos ofrezca un alto rendimiento; a saber, que sin desconocer, según nos indica el ponente Hoya Coromina⁽⁶⁴⁾, que las *reglas que regulan la distribución de la carga de la prueba* en el proceso civil constituyen (“en principio”) “una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde a los órganos judiciales conforme a las previsiones constitucionales”, no es menos cierto que

“tal principio deberá ser precisado en el sentido que alcanzara[n] (¡ojo!) contenido de derecho fundamental (las reglas que regulan la distribución de la carga de la prueba en el proceso civil, se entiende) cuando las mismas entrañen la vulneración de un derecho fundamental, lo que ocurrirá cuando se exija a una de las partes una prueba imposible o diabólica que cause indefensión por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa conforme pusieron de manifiesto las Sentencias del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero (RTC 199214), o cuando se adopten reglas de distribución de la carga de la prueba

que produzcan situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso, pues (...) la Constitución garantiza la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio” (énfasis mío)⁽⁶⁵⁾.

Obsérvese que, la doctrina asentada por el ponente Hoya Coromina⁽⁶⁶⁾, me viene pintiparada ya que *se corresponde* con lo ya sostenido por mí renglones antes cuando afirmaba que la doctrina de la “carga de la prueba” *ha superado* su “estricta” conceptualización procesal *para acceder al ámbito del garantismo constitucional*⁽⁶⁷⁾.

Todo lo cual se me antoja de una proyección jurídico-procesal *trascendente* pues, como indica el propio ponente Hoya Coromina⁽⁶⁸⁾, por lo pronto ha supuesto

“una modificación de los parámetros clásicos en relación con la denominada carga de la prueba (...) que ha modificado los estrictos parámetros clásicos en que

(63) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 131 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; pp. 623 y 624. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(64) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 132 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; p. 624. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(65) *Ibidem*.

(66) *Ibidem*.

(67) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 106 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 7; p. 600. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(68) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 132 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; p. 624. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.



Antonio María Lorca Navarrete

este se movía habiendo tomado carta de naturaleza en conjunción con los principios constitucionales antes reseñados la hoy ciertamente consolidada jurisprudencialmente doctrina denominada de la facilidad probatoria, disponibilidad de los medios y proximidad a las fuentes de prueba” (énfasis mío).

8. La garantía procesal de la carga de la prueba: la proyección constitucional de la denominada doctrina de la facilidad probatoria, disponibilidad de los medios de prueba y proximidad a las fuentes de prueba

Así que, de lo indicado, y en lo que respecta al tracto final, el del razonamiento *inferencial* que conduce de la *carga de probar* a su *constitucionalización*, en *garantía* de derechos procesales, el ponente Hoya Coromina⁽⁶⁹⁾ aporta una pareja de prescripciones (digo “pareja” y no simplemente “dos”, porque la segunda es inconcebible sin la primera) que se resuelven, en primer lugar, en que “cuando las fuentes de prueba se encuentran *en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaboración con los Tribunales (...) conlleva que sea dicha parte quien deba aportar los datos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad*” (énfasis mío). Y, en segundo lugar, que *no es “exigible de ninguno de los litigantes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión (...) (énfasis mío), principios estos que como no podía ser de otro modo ha recogido el legislador en la nueva ordenación procesal del proceso civil instaurada por la LEC/2000”.*

De modo que, en lo que hace al resultado argumentativo anterior, encontramos en las indicaciones del ponente Hoya Coromina⁽⁷⁰⁾ una “perla” que, tomada como ha

venido, nos ahorra más fatigas: *la proyección constitucional de la denominada doctrina de la facilidad probatoria, disponibilidad de los medios de prueba y proximidad a las fuentes de prueba. ¡Casi nada!*

Con la prestancia constitucional de arribada me he tomado el trabajo (liviano, a decir verdad) de seguirle la pista desde su parto constitucional a la doctrina según la cual la *carga* de probar es *consustancial* con una actividad *rogada* de la parte en el ámbito funcional de la jurisdicción ya que, como regla general, nuestro ordenamiento procesal *no sustrae* del ámbito *dispositivo* de la parte, la prueba de los hechos necesitados de ella. Y, en tal sentido, *el hecho necesitado de prueba tiene que ser probado por la parte cuya prueba le interese* para que el mismo, *una vez probado*, pueda pasar a la sentencia que pone término al enjuiciamiento en justicia de la instancia procesal.

De ese modo la parte asume una “carga” (a quien toca aportarla) en el sentido más primigenio del término que se identifica con el *onus-ere latino* (carga) para converger así en el *onus probandi* de la parte actora con el fin de postular, de entrada, una asignación “modélica” y *clásica* de la carga de la prueba.

Entonces, diré que la carga de la prueba va a ser *esencial* para que el órgano jurisdiccional proceda a pronunciar sentencia, ya que si el órgano jurisdiccional considera *dudosos*

(69) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 133 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; pp. 624 y 625. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(70) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*, Volumen I, 2001; p. 133 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 10; p. 625. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

hechos que sean relevantes para su pronunciamiento, ha de *desestimar* las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, *según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. Vale.*

No nos pilla desprevenidos, al contrario, la idea de que la *carga de la prueba* no actúa *tan solo* como *indicativa* del hecho incierto necesitado de prueba cuanto, mejor aún, *concreta*⁽⁷¹⁾ las reglas decisivas *que orientan* la actividad probatoria de las partes. En la exposición de motivos de la LEC se indica, en tal sentido, que “las normas de carga de la prueba, aunque solo se aplican judicialmente cuando no se ha logrado certeza sobre los hechos controvertidos y relevantes en cada proceso, *constituyen reglas de decisiva orientación para actividad de las partes*” (énfasis mío).

A estas alturas es admitido que la *carga de la prueba no es una construcción metodológica abstracta frente al hecho incierto* sino reglas que han de *concretar* la actividad de las partes en relación con la prueba. La *carga de la prueba* asume, de ese modo, una indudable *vertiente positiva*⁽⁷²⁾ *concretada* en la actividad *que han de desplegar* las partes en relación con el hecho incierto necesitado de prueba *por contra de la negativa que, tan solo, permite abstraer e individualizar el hecho incierto necesitado de prueba con el único fin de determinar las consecuencias de la falta de prueba.*

La *carga de la prueba* no solo determina *negativamente* las consecuencias de la falta de la prueba cuanto, mejor aún, permite actuar *en positivo*⁽⁷³⁾ mediante la *concreción* de la actividad que han de desplegar las partes en relación con el hecho incierto necesitado de prueba.

Pero dejando sentado lo anterior, no solo se ha de actuar *en positivo* concretando la actividad que ha de desplegar la parte en relación con el hecho incierto necesitado de prueba, cuanto

también *proceder a establecer* el modo *en que se ha de distribuir la carga de la prueba*⁽⁷⁴⁾ por lo que, finalmente, no solo se acredita la *interdependencia* que siempre ha existido entre *carga de la prueba* y su *distribución* sino que, además, *se concreta en positivo el tipo de actividad que ha de desarrollar la parte en relación con la carga de la prueba.*

De entrada, y en orden a *despejar* el “hecho dudoso”, se establece por la LEC (y el CPCP) (*legalmente*) la *carga de probar* del actor y demandado reconviniente y del demandado y reconvenido *en el modo* en que desea que se asuma la *carga de probar (distribución de la carga de la prueba)*. La circunscrita *legalidad* establece que *corresponde* al actor y al demandado reconviniente *la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción; incumbiendo* al demandado y al actor reconvenido *la carga de probar los hechos que, conforme a las normas, que les sean aplicables impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hecho de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a los hechos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la contestación de la demanda y de la reconvencción.*

Y cuando los jueces se apresuran a demostrar la existencia de un cierto principio legal en orden a *despejar el hecho dudoso*, el arsenal

(71) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 190 y Comentario. En: RVDPA, 3, 2011, § 19; p. 935. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(72) *Ibidem*.

(73) *Ibidem*.

(74) *Ibidem*.



Antonio María Lorca Navarrete

argumentativo es tan variado que les permite *recrearse* en el mismo.

Así que, semejante complemento argumentativo, no solo se halla presto a prestar algún auxilio interpretativo cuanto contribuye a esclarecer el panorama. Para empezar, buena cosa suele ser echar mano de lo que “ya había”. El ponente Piqueras Valls⁽⁷⁵⁾ parece hallarse convencido de ello cuando dice que “*el Tribunal debe recordar que (...) el Tribunal Supremo (español, se entiende) venía declarando reiteradamente que la regla (de la carga de la prueba) debía ser matizada por los principios de disponibilidad y facilidad probatoria*” (énfasis mío). Vale.

Pero, a lo que, ahora, concierne esa imagen *espacial* (cuasi planetaria) (la de los “aledaños” de Tribunal Supremo [español, se entiende] y la del “núcleo” de la legislación [española, se entiende]) suscita, de entrada, no pocos problemas en cuanto a la *delimitación* de la *carga de la prueba*. Y, entonces, el ponente Piqueras Valls⁽⁷⁶⁾ no deja pasar la oportunidad de mostrarnos como ya *no se puede aplicar estrictamente la carga de la prueba olvidando que determinados hechos están fuera de la disponibilidad probatoria de la parte y, por ende, llegando a conclusiones contrarias a las mínimas reglas de la equidad* (énfasis mío).

Y hay algo más todavía⁽⁷⁷⁾: *la elevación “a categoría normativa” de “los antedichos principios de disponibilidad y facilidad probatoria, estableciéndolos (la LEC 1/2000, se entiende) como (¡ojo!) elementos correctores del principio general de carga de la prueba”* (énfasis mío).

Me satisface, pues, la “salida” que propone el esforzado ponente Piqueras Valls⁽⁷⁸⁾ ya que su postura *sobrepasó* los

“aledaños” de Tribunal Supremo y *entró* en el “núcleo” de la vigente legislación española.

9. La garantía procesal de la carga de la prueba y la llamada *probatio diabólica*

Y en el recinto del debate de la *carga de la prueba*, se le ha atribuido un tratamiento metodológico *integral* que se manifiesta no ya tan solo en la *concreción* del hecho necesitado de prueba, cuanto mejor aún, permite ubicar a *cada parte en su estrategia particular respecto de la posición que ha podido adoptar en relación con la carga de probar los hechos*.

Pero, repárese en que esa *integración no es rígida*. Muy al contrario *es flexible*. No es posible *cerrarse* a que, para la aplicación de la normativa sobre la *carga de la prueba*, el órgano jurisdiccional *deba (era) tener presente (¡ojo!) la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio* lo que, sin duda, abre la *carga de la prueba* a un ámbito de *sustantividad* justificado en la *disponibilidad probatoria y en la facilidad probatoria de la parte*.

Esa apertura *pretende, por lo demás, evitar la llamada probatio diabólica*. Es también el criterio del ponente López del Amo González⁽⁷⁹⁾.

(75) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 191 y Comentario. En: RVDPA, 3, 2011, § 19; p. 936. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(76) *Ibidem*.

(77) *Ibidem*.

(78) *Ibidem*.

(79) El ponente López Del Amo González se expresa del modo siguiente: “El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *viene a recoger la teoría de la carga de la prueba atribuyendo al actor y al demandado reconviniente la necesidad de justificar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción y al demandado y al actor reconvenido aquellos hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos (...); es el propio legislador el que trata*

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

Por su parte, el ponente Madrigal Martínez de Pereda⁽⁸⁰⁾ dice que es necesario *distribuir* la carga de la prueba atendiendo no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso⁽⁸¹⁾, “cuanto a criterios (añade) *prácticos* y en concreto a la *proximidad real* de las partes a las fuentes de la prueba”.

En definitiva, lo determinante es la *sustantividad* (no la *adjetividad*) en el momento del *onus probandi* por lo que tengo para mí que, lejos de la *formal* conceptualización de la *carga de la prueba* adjetivada con el atributo de orden público y, *por lo tanto, de derecho necesario que imposibilitaría, ni más ni menos, que la alteración convencional de la carga probatoria*, es preciso ahondar en su *sustantividad que permita*, tras aceptar la ya señalada componenda a tres bandas (léase:

sustantividad/facilidad probatoria/alteración convencional de la carga de la prueba), la *alteración convencional del onus probandi* a la que termina rindiéndose nuestro esforzado ponente Madrigal Martínez de Pereda cuando dice: “y se trata ahora de profundizar en esa *dirección para llegar* (dice nuestro esforzado ponente) a la *consecuencia de que, en ocasiones, debe invertirse la carga de la prueba, esto es, las consecuencias de la falta de prueba, no como regla sino en los casos concretos*”⁽⁸²⁾(énfasis mío).

La alusión que, no tan de inicio ni de pasada, sienta el ponente Madrigal Martínez de

de flexibilizar, en determinados supuestos la regla ‘incumbit probatio qui affirmat non quin negat’ para lo cual establece el número 6 del mismo artículo que habrá que tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio con el fin de evitar la llamada ‘probatio diabólica’” (énfasis mío). LÓPEZ DEL AMO GONZÁLEZ, Fernando. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 22 de octubre de 2001*. En: RVDPA, 2, 2004, § 138; pp. 530 y 531. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(80) El ponente Madrigal Martínez De Pereda se expresa del siguiente modo: “(...) En lo que a la existencia de las (...) reglas legales de distribución de la carga de la prueba se refiere, puede apreciarse que en ocasiones la propia ley material establece de modo concreto a quien incumbe la prueba, así por ejemplo determinados artículos del Código Civil. 33, 686, 850, 861, 1277 y 1900; o en leyes especiales, como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que en su artículo 38 establece que incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos en el seguro contra daños, etc. Ahora bien, *lo importante es encontrar la regla general y establecer su interpretación* (énfasis mío). Esa regla general *se contiene* en el artículo 217.2 y 3 de la LEC, que distingue con relación a las clases de hechos: 1) Hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, *el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda* (énfasis mío). Corresponde probarlos al actor (y en su caso al reconviniente). 2) Hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, *impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores* (énfasis mío): corresponde probarlos al demandado (o en su caso al reconvenido). Esta es la regla general de nuestro Ordenamiento jurídico y se coloca, con acierto, no entre las reguladoras de la prueba *sino entre las relativas a las sentencias* (énfasis mío). Como regla general que es, deja abierta la posibilidad de la existencia de normas especiales. *Es preciso hacer referencia a lo que viene denominándose “criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria”* (artículo 217.6 LEC). *Mediante él se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba* (énfasis mío). Los criterios examinados antes, responden ya en buena medida a la *facilidad del acceso a las fuentes de prueba; cuando se dice que enfrentaríamos al demandante a una auténtica probatio diabólica si hubiera de probar la concurrencia de las condiciones generales del artículo 1261 del Código Civil o que no han concurrido ninguna causa de extinción de la deuda, se está ya caminando en el sentido que decíamos, y se trata ahora de profundizar en esa dirección para llegar* (dice nuestro esforzado ponente) a la *consecuencia de que, en ocasiones, debe invertirse la carga de la prueba, esto es, las consecuencias de la falta de prueba, no como regla sino en los casos concretos* (énfasis mío)”. MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA, Matías. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de septiembre de 2001*. En: RVDPA, 2, 2003, § 89; pp. 394 y 395. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(81) *Ibidem*.

(82) *Ibidem*.



Antonio María Lorca Navarrete

Pereda⁽⁸³⁾ (esto es, la relativa al denominado “criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria”) se me antoja que se mantiene ejemplarizante y desea (creo) despejar la aparición de dudas ¿por qué cuáles son los *elementos* que lo condicionan? ¿Solo los teóricos? ¿O, *también*, los de la posición de las partes en el proceso? ¿Basta con esos solos elementos para determinar el denominado *criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria*? Y si lo segundo, ¿a *dónde* asirnos? Reconozco, sin embargo, que la encerrona a este dilema puede tener una escapatoria. Esta: condicionar la *inclusión/no exclusión* del denominado “criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria” en la lista de los *criterios prácticos y, en concreto, en los que afectan a la proximidad real de las parte a las fuentes de prueba*.

Sin largos análisis (por ahora), es fácil prever *qué* futuro se le depara a la *carga de la prueba* frente a la *exculpación* de la denominada “disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio” si me justifico⁽⁸⁴⁾ en el esquema teórico-práctico precitado por el ponente Baeza Díaz-Portales.

A lo que parece, el filón *exculpatorio* se concentra en⁽⁸⁵⁾ “que *no puede exigirse* (énfasis mío) a la demandada la acreditación de las condiciones en que se realizaron las restantes obras de los locales de negocio sitios en la misma comunidad, si se concedió a los mismos permiso o no por la comunidad para las mismas, por quien y en qué circunstancias”.

Ateniéndonos, escuetamente, al esquema teórico-práctico precitado se sigue⁽⁸⁶⁾ “que las eventuales contingencias entre

la comunidad y los restantes copropietarios de locales a propósito de esas otras obras, es algo que, evidentemente, conocerá la comunidad mejormente (dice el ponente Baeza Díaz-Portales) que la demandada, por lo que debió ser ella la que acreditase alguna razón para ese trato desigual o discriminatorio (recuérdese la doctrina jurisprudencial relativa a la facilidad probatoria y proximidad a la fuente de la prueba, reiterada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo). *Por ello, la demandada cumple con acreditar la existencia de otras obras de similar entidad en el mismo inmueble, y sería la actora la que tendría que aportar y justificar la eventual existencia de razones que justificasen la diferente actuación de la misma en tales similares obras*” (énfasis mío).

O sea (y me reitero) que la⁽⁸⁷⁾ “*la demandada cumple con acreditar la existencia de otras obras de similar entidad en el mismo inmueble, y sería la actora la que tendría que aportar y justificar la eventual existencia de razones que justificasen la diferente actuación de la misma* (de la demandada) *en tales similares obras*” (énfasis mío) por lo que debió ser la comunidad (y no la demandada) la que tuvo que asumir la *carga de la prueba* en orden a acreditar⁽⁸⁸⁾ “alguna razón” que “*justificase[n] la diferente actuación de la misma* (de la demandada) *en tales similares obras*” (énfasis mío).

(83) *Ibidem*.

(84) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 109 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 8; pp. 603 y 604. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(85) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 109 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 8; p. 604. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(86) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 110 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 8; p. 604. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(87) *Ibidem*.

(88) *Ibidem*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

Y henos de bruces con la *novedosa* aportación según la cual⁽⁸⁹⁾ *no se cierra* (la LEC 1/2000, se entiende [ni tampoco, creo, el CPC]) *a que, para la aplicación de su normativa sobre la carga de la prueba, el órgano jurisdiccional “deba(era) tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio” lo que, sin duda, abre la carga de la prueba a un ámbito de sustantividad justificado en la disponibilidad y en la facilidad probatoria de la parte.* Y aquí finalizaría el cometido que me he impuesto porque *no me tocaría ponderar la carga probatoria* que, debiendo asumir la comunidad, no asumió y que, por *disponibilidad y facilidad probatoria*, es motivo (a lo que parece) para la *exculpación*⁽⁹⁰⁾ de la demandada.

Pero, bueno; miremos hasta qué punto la dichosa “percepción” hipoteca el *iter discursivo* de renglones antes.

Ya que *sí; sí estoy de acuerdo* a que, a través de la *disponibilidad y facilidad probatoria*, evitemos⁽⁹¹⁾ la llamada *probatio diabólica* y que se proceda a *distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, sino a criterios prácticos como pueda ser, en concreto, la proximidad real de las partes a las fuentes de la prueba.* Por lo que *lo determinante es la sustantividad (no la adjetividad) en el onus probandi.*

Y por esa ruta parece encaminarse el razonamiento del ponente Madrigal Martínez de Pereda cuando dictamina

que⁽⁸²⁾ “lo que viene denominándose ‘*criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria*’ (...) *pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y, en concreto, a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba*” (énfasis mío).

Creo que la tesis de nuestro esforzado ponente Madrigal Martínez de Pereda no se resiente de la miopía que pueda impedir en⁽⁹³⁾ “*profundizar en esa dirección para llegar a la consecuencia de que, en ocasiones, debe invertirse la carga de la prueba, esto es, las consecuencias de la falta de prueba, no como regla sino en los casos concretos*” (énfasis mío).

Entonces, para no mezclar todo en revuelta ensaladilla, será oportuno preguntarse en cuál de los dominios acotados, el de las “reglas” de la *carga de la prueba* y el de la “inversión” de las mismas, se ubica lo que (según el ponente Madrigal Martínez de Pereda⁽⁹⁴⁾) viene denominándose “*criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria*”. La respuesta se entrevé a la primera, creo yo; aunque no la doy por

(89) *Ibidem.*

(90) *Ibidem.*

(91) *Ibidem.*

(82) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 110 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 8; p. 604. *Se puede consultar en la web:* www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal. MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA, Matías. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de septiembre de 2001*. En: RVDPA, 2, 2003, § 89; p. 394. *Se puede consultar en la web:* www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(93) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen I, 2001; p. 110 y *Comentario*. En: RVDPA, 2, 2011, § 8; p. 604. *Se puede consultar en la web:* www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal. MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA, Matías. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de septiembre de 2001*. En: RVDPA, 2, 2003, § 89; p. 395. *Se puede consultar en la web:* www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(94) MADRIGAL MARTÍNEZ DE PEREDA, Matías. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 5 de septiembre de 2001*. En: RVDPA, 2, 2003, § 89; p. 394. *Se puede consultar en la web:* www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.



Antonio María Lorca Navarrete

sobreentendida. Por lo pronto, podría concluirse que en los dos dominios acotados: o sea, en el de las “reglas” de la *carga de la prueba* y el de la “inversión” de las mismas.

De esta suerte, el *quid pro quo* de atender a *criterios prácticos y, en concreto, a la proximidad real de las parte a las fuentes de prueba* explicaría tanto la existencia de “reglas” sobre la *carga de la prueba* cuanto, también, la “inversión” misma de aquellas.

En un mismo episodio argumentativo se ubica, también, la doctrina de la ponente Alegret Burgués⁽⁹⁵⁾. Según la misma ponente Alegret Burgués⁽⁹⁶⁾ las normas de la *carga de la prueba* no sólo han de ponerse en relación con principios como los de la *facilidad probatoria* o *mayor acceso a las fuentes de la prueba* sino que, también, implican que el axioma de que los hechos negativos no puedan ser probados no sea determinante cuando pueden ser probados los hechos positivos que se les contraponen.

Intuitivamente, todo parece apuntar a que no es de extrañar que, lejos de la *formal* conceptualización de la carga de la prueba *adjetivada* con el atributo *de orden público* y, por lo tanto, *de derecho necesario* que *imposibilitaría* la alteración convencional de la carga probatoria, precisa de ahondar en su sustantividad que *permita, por el contrario, esa alteración convencional*.

A estas alturas nadie niega que los principios de *disponibilidad* y *facilidad probatoria* obligan a *revisar* las tradicionales posturas doctrinales *tendientes a cercenar ambos principios*,

por tanto, a *restringir* la *alteración* de la carga de la prueba.

Además, la regla de la *carga de la prueba* compromete, en principio, un razonamiento singularmente articulado como una actividad que, al sustentarse en una *propuesta de parte*, se sitúa a la vez en un plano *técnico* como es el de la esfera de influencia del *principio de rogación y dispositivo*, y de la que se deriva una consecuencia indudable: *la parte que no materializa la prueba del hecho necesitado de ella se sustrae del ámbito de proyección técnica del principio de rogación, por lo que el hecho que debiéndose probar no se probó no pasa a la sentencia*.

De ahí que, la natural *materialidad sustantiva* de una actividad de la parte, posea una indudable *proyección técnica y procesal* a través de la plasmación, en primer lugar, del principio según el cual el ejercicio de la función jurisdiccional es *rogado y dispositivo* para, luego, converger en la *estructura formal o adjetiva de la sentencia* a modo de colofón técnico de lo que, en un primer momento, se sitúa en un plano de *natural* actividad de parte. Pero, el ordenamiento procesal *¿puede quedarse estancado en ese ámbito “modélico” y sumamente clásico?*

- (95) Según la ponente Alegret Burgués “(...) debe examinarse si la ineficacia del contrato suscrito entre Ceac. S.A. y el Sr. G. es o no oponible a la financiera demandante. Sostiene dicha entidad en el recurso de apelación que no existía un acuerdo previo en exclusiva entre Ceac. S.A. y Finanzia para que esta financiase el pago de los cursos ofrecidos por Ceac. S.A. y cierto es que no existe prueba directa de este aserto y que según aplicación estricta del artículo 1214 del Código Civil la carga de la prueba incumbía a la parte demandada, *sin embargo no puede olvidarse que conforme reiterada jurisprudencia incorporada ahora en el artículo 217.6 de la LEC 1/2000, las normas de la carga establecidas en el artículo. 1214 del Código Civil deben ponerse en relación con principios tales como los de la facilidad probatoria o mayor acceso a las fuentes de la prueba, sin que el axioma de que los hechos negativos no pueden ser probados sea tampoco definitivo, pues pueden serlo los positivos a los que se contraponen*” (énfasis mío). ALEGRET BURGÚÉS, Eugenia. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de abril de 2001*. En: RVDPA, 1, 2002, § 16; p. 79. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.
- (96) La ponente Alegret Burgués se expresa del modo siguiente: “(...) aunque la demandada reconventional sostenga en el recurso que no existió un acuerdo previo en exclusiva entre ‘O’ y ‘Servicio financieros E., S.A.’ para que esta financiase el pago de los cursos ofrecidos por ‘O’ y siendo cierto que no existe una prueba directa de este aserto, también lo es que conforme reiterada doctrina jurisprudencial *incorporada ahora en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, las normas de la carga de la prueba* (...) *deben ponerse en relación con principios tales como los de la facilidad probatoria* o

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

10. La garantía procesal de la carga de la prueba y la **modificación** o exoneración de la carga de la prueba

El, ahora, arraigo de la denominada *disponibilidad y facilidad probatoria* de la parte es *determinante* para postular una *sustantividad*, de la *carga probatoria*, *desatendida* en la legislación procesal pretérita al permitir que la carga de la prueba opere de modo *diverso*.

Y, para que así suceda, la LEC (y creo que, también, el CPCP) inyecta el fluido de dos conceptos como son, de un lado, el de *disponibilidad probatoria* entendida como la carga probatoria que puede ser usada o utilizada por la parte *libremente*; y, de otro, alude a la *facilidad probatoria* entendida, asimismo, como la *ocasión propicia* para la parte para hacer operativa la carga de la prueba.

Ambas (*disponibilidad y facilidad probatoria*) proyectan una indudable *sustantividad material* de una actividad *exclusiva* de parte respecto de aquellos hechos, que necesitados de prueba *deben pasar* a la sentencia.

Por ello, la *disponibilidad y facilidad probatoria* de acreditar unos hechos, mediante la actividad probatoria que despliega la parte, *depende* de la *natural inclinación sustantiva* de la misma que justificada en la *ley, la jurisprudencia o en pactos entre las partes* sea determinante *para*⁽⁹⁷⁾ *la modificación o exoneración de la carga de la prueba*. Lo que se desmiga

en un nuevo enfoque en el que nos adentra el ponente Valdés-Solís Cecchini cuando afirma, con los modos de quien hace uso de mazo martillero para “poner orden”, que⁽⁹⁸⁾ “*el sistema de prueba no responde al criterio de que quien alega debe probar, sino al más moderno de la facilidad probatoria que, al presente, ha pasado al derecho positivo*” (énfasis mío).

11. La garantía procesal de la carga de la prueba y la entrada en liza de criterios alternativos: la inversión de la carga de la prueba

Está de sobra insistir en que, la doctrina de la *carga de la prueba*, ostenta una posición prevalente en el derecho procesal civil contemporáneo por lo que hace a una comprensión, de la dimensión cognoscitiva, de las pruebas.

Así pues, *ad cautelam*, es decir para preservar una mínima pulcritud en la exposición de la misma, me parece prudente contemplar la doctrina de la carga de la prueba desde la exclusiva claraboya de los caracteres que la definen. Y, para ello, que mejor que hacer uso del ponente Montell García⁽⁹⁹⁾ que nos pone en guardia sobre algo que ya sabemos: que

mayor acceso a las fuentes de la prueba sin que el axioma de que los hechos negativos no puedan ser probados sea tampoco definitivo pues pueden serlo los positivos que se contraponen (énfasis mío). Que existió un acuerdo previo entre ‘O’ y ‘Servicio financieros E., S.A.’ parece claro cuando son los agentes de la primera los que suministran al consumidor la documentación del préstamo sin que conste que se ofertase a D^a Emma otra forma de financiación con otras empresas. No aporta, tampoco, la actora el acuerdo referido para que el órgano jurisdiccional pudiera examinar su contenido. También concurren los restantes requisitos pues de hecho no consta que los materiales del curso llegasen a ser entregados a la actora reconvenida, la cual desistió del contrato por escrito al mes siguiente a aquel en que debía comenzar la preparación teniendo certificado ‘O’ que D^a Emma no asistió a ninguna de las clases comprendidas en el curso contratado (folio 100). La reclamación extrajudicial consta también los autos”. ALEGRET BURGUÉS, Eugenia. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de Julio de 2001*. En: RVDPA, 2, 2002, § 51; pp. 462 y 463. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(97) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas*. Volumen II, 2002; p. 528.

(98) *Ídem.*; pp. 528 y 529.

(99) LORCA NAVARRETE, Antonio María. Comentario. En: RVDPA, 1, 2010, § 218; p. 124. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.



Antonio María Lorca Navarrete

la norma sobre la carga de la prueba “no es(ra) una norma de valoración de la prova” (énfasis mío). Pero que, al propio tiempo, nos advierte de algo bien simple⁽¹⁰⁰⁾: el tan referido precepto solo pretende “establecer una regulación de la càrrega de la prova, que només entra en joc quan la prova realitzada és insuficient o inexistent” (énfasis mío). O sea, que no discuto que, semejantes afirmaciones de nuestro esforzado ponente Montell García⁽¹⁰¹⁾, son la versión (*more hispanico*) de la teoría, genéricamente, denominada de la “carga de la prueba”.

No es posible, pues, la apertura a la opinabilidad bien porque el criterio de actuación habiente es *no-unívoco* o porque no entran en liza *criterios alternativos* en razón a que, como, también, indica el ponente Vigo Morancho⁽¹⁰²⁾, “se acusa(e) al Juez de haber alterado (¡jojo!) *indebidamente* (énfasis mío) el *onus probandi*, es decir, invertido la carga de la prueba que a cada parte corresponde: al actor la de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos (énfasis mío)” primándose, entonces, la *opción* efectuada por la norma en el modo en que, ella misma, lo desea.

Así que, para salir del atolladero donde todo se amontona y se mezcla, viene bien darse un garbeo por la polisemia de los términos *distribuir* “con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes” (ricos en destinos y desatinos) por ver si encontramos algo de provecho para la ocasión. Y topamos con un dato que, quizás, nos ofrezca un alto rendimiento; a saber, que el término *distribuir* sirve, también, para designar aspectos *distintos* del fenómeno probatorio, de manera que *no sean los comunes* sobre la denominada carga de la prueba⁽¹⁰³⁾ sino los que una *disposición legal expresa* permita (ya lo hemos dicho renglones antes) *distribuir* “con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes”. Esta variabilidad semántica

nos viene pintiparada ya que se corresponde con la posibilidad de *invertir* (¡jojo!) la *carga de probar* por existir una *disposición legal expresa* que la permita⁽¹⁰⁴⁾.

Porque no es la primera vez (ni será la última), que viene a dar guerra el asunto de la *inversión de la carga de la prueba* por ser un tema en el que se reproducen, con increíble monotonía, todos los argumentos que pululan en torno a una más englobante (y ya fatigante) *quaestio disputata* relativa a la *carga de la prueba* y que tiene trazas de ir para largo, es por lo que debo añadir que no poca culpa de ello cabe achacar al laconismo normativo⁽¹⁰⁵⁾.

La situación parece mejorar notoriamente pues, en el empeño doctrinal, de ningún modo ha decrecido el montante de razones que giran en torno a la aludida *quaestio disputata* relativa a la *carga de la prueba*. Y en el recinto de ese empeño seguiríamos atrapados, condenados a re-suscitar los argumentos consabidos, de no ser porque ha comenzado a rodar la tesis, ya apuntada por el ponente Piqueras Valls, según la cual *no es*⁽¹⁰⁶⁾ “*óbice para que, en determinados supuestos, se alterase el régimen general de carga de la prueba en función de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria*” (énfasis mío).

O sea que el ponente Piqueras Valls me ha puesto al corriente de éste (para mí) novedoso planteamiento⁽¹⁰⁷⁾: *la entrada en liza de criterios*

(100) *Ibidem*.

(101) *Ibidem*.

(102) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*, en RVDPA, 1, 2010, § 213; p. 104. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal

(103) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Jurisprudencia procesal civil comentada de las Audiencias Provinciales vascas. Estudio procesal civil de los autos y sentencias de las Audiencias Provinciales vascas a partir de la entrada en vigor de la ley de enjuiciamiento civil 1/2000*. Volumen II, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012; p. 113.

(104) *Ibidem*; p. 114.

(105) *Ibidem*.

(106) *Ibidem*.

(107) *Ibidem*.

Constitución y garantía procesal de la carga de la prueba de la causa petendi: el modelo español y peruano
The Constitution and the procedural guarantee of the burden of proof of the causa petendi. The Spanish and Peruvian model

complementarios con la inversión de la carga de la prueba a través de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

El punto en el que se desmiga el citado enfoque gira en torno a una afirmación medular, a saber⁽¹⁰⁸⁾: que cuando se altera la distribución de la carga de la prueba (*siempre*, según una “disposición legal”) “con criterios especiales”, a esa alteración (insisto) “con criterios especiales” (y *siempre*, según una “disposición legal”) *no es óbice que contribuyan*⁽¹⁰⁹⁾ los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

El legislador español (y, creo, que también el peruano) ha pretendido así lograr algo que en el fondo no es muy difícil, ni imposible, y que supone que las *habituales* reglas de la carga de la prueba *pechen*⁽¹¹⁰⁾ con una *distribución* de la misma según “criterios especiales” a lo que va a *coadyuvar*, sin duda, los principios de disponibilidad y facilidad probatoria.

Y me parece exacta la indicación efectuada. Pero no es ocioso, creo, introducir algunos elementos para tupirla un poco más ya que aflora, en este momento, un dilema que se nos pone de frente⁽¹¹¹⁾: la *disponibilidad y facilidad probatoria*, cada una por su lado, *complementan, formando una unidad, la carga de la prueba hasta el punto de permitir su inversión.*

A fin de ahorrarnos complicaciones extravagantes, empezaré observando que la aludida *disponibilidad y facilidad probatoria* se *deberá tener presente tanto* en orden a la aplicación de las *habituales* reglas de la carga de la prueba como *también* en los supuestos en que se altere la *distribución* de la carga de la prueba (*siempre*, según una “disposición legal”) “con criterios especiales”.

Tras lo expuesto (ahora sí), estoy en grado de responder que la *disponibilidad y facilidad probatoria* se *deberá tener presente siempre.*

Así las cosas, en un control, sobre la existencia de “disposición legal expresa” que permita *distribuir con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes*, se percibe (con claridad o *pas du tout*) la anunciada *inversión de la carga de la prueba*. El ponente Buceta Miller nos la anuncia cuando dice que⁽¹¹²⁾ “al establecer(se) esponsabilidad del dueño o poseedor de un animal sobre los perjuicios que cause, aunque se le escape o extravíe, entiende que la causa de exoneración de esa culpa estará en que cumplidamente pruebe que el daño hubiere provenido ‘de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiere sufrido’; y (la norma), *al invertir la carga de la prueba* (...) *opone al demandado la cumplida prueba de la fuerza mayor en el hecho o la culpa en la actuación del perjudicado*” (énfasis mío). Vale.

El ponente Buceta Miller se descuelga con una “hipótesis” en la que es posible “invertir la carga de la prueba” que casa bien con la “disposición legal expresa” que permite *distribuir* “con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes” y que conduce a “invertir la carga de la prueba”.

Y aún renunciando a la plétora de retoques que, imperiosamente, reclama el tratamiento de la denominada *inversión de la carga de la prueba*, yo objetaría lo siguiente⁽¹¹³⁾: suponiendo que el elemento *inverso* (el de la *carga de probar*, se entiende) no pueda ser coartado ni *tasado*, de ahí no se sigue que *no pueda ser expresado*. Además, ¿de qué otro modo se logrará saber si el órgano

(108) *Ibidem*.

(109) *Ibidem*.

(110) *Ibidem*.

(111) *Ibidem*.

(112) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*. En: RVDPA, 1, 2010, § 211; p. 94. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.

(113) LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentario*. En: RVDPA, 1, 2010, § 215; p. 113. Se puede consultar en la web: www.institutovascodederechoprocesal.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal.



Antonio María Lorca Navarrete

jurisdiccional decisor desborda o no la *común* atribución de la carga de probar?

La *carga de probar* presupone una específica epistemología cognitiva⁽¹¹⁴⁾: solo cuenta lo que es verbalizable, lo no decible se abandona porque es incontrolable. Siendo esta una cuestión que delata hasta que punto se atesora, a veces, el tiempo con beneficio conocido. En efecto, tomo como punto de referencia otra modalidad de *inversión* de la *carga de la prueba* que, además, es operativa y realista.

Veamos. Las disposiciones procesales no acostumbran a *delimitar* qué es *invertir* la carga de la prueba. Para remediar tal carencia sería bueno, entonces, acudir, una vez más, a consultar su *delimitación* en la usual cultura jurídico-procesal. Es así porque, *invertir* la carga de la prueba, no tiene, en el uso de los procesalistas, una acepción única.

De ahí que, el ponente Gutiérrez Sánchez-Caro⁽¹¹⁵⁾, haya prohijado *otro modelo* de inversión de la carga de la prueba a causa de dos factores. De un lado, cuando la norma procesal prescribe una concreta conducta, el cumplimiento o incumplimiento de la misma

ha de ser verificable; ahora bien, ante preceptos que imponen la carga de probar, en el modo que se considera oportuno, se está en condiciones de observar si las partes han plasmado o no sobre el papel el recorrido mental que prescribe la norma sobre la mentada carga de probar; por tanto, habrá de haber algún elemento de la misma el que determine si, las partes, han acatado o no el precepto correspondiente de asumir la carga de la prueba. De otro lado, si al admitir la carga de probar hubiera que describir el camino intelectual que desemboca en su proyectada aplicación, ¿consideraríamos cumplida la carga de probar con una *fidélisima* descripción de un razonamiento desastroso?; solo si conferimos a la carga de probar un carácter meramente formal, se podría aceptar que la norma no ordena razonar bien a las partes, lo que nadie defiende (que yo sepa).

Por ello, el planteamiento del ponente Gutiérrez Sánchez-Caro⁽¹¹⁶⁾ se me antoja seductor en demasía al propugnar que, quien impugna un contrato, "*ha de probar esa ineficacia, y (...) la impugnación de su validez* (sin perjuicio de que ya solo puede ser llevada a cabo por vía reconvenzional) *invierte* (dice nuestro esforzado ponente Gutiérrez Sánchez-Caro) *la carga de la prueba, y como hecho obstativo que supone, hace que sea quien lo alega, el que deba acreditar esa ineficacia*" (énfasis mío).

Excluida, por tanto, la *común* adjudicación de la carga de la prueba, se pone de manifiesto, una vez más, la función *mediadora* de su *inversión*.

(114) *Ibidem*.

(115) *Ibidem*.

(116) *Ibidem*.