

El derecho fundamental a probar y su contenido esencial^(*)

Reynaldo Bustamante Alarcón

Alumno del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de docencia del Seminario de Integración en derecho civil y procesal civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

«Siendo juez no hagas injusticia, ni para favorecer al pobre, ni por respeto al grande; con justicia juzga a tu prójimo» (*Levítico 19:15*).

1. INTRODUCCIÓN.

Resulta indudable que el Derecho, como cauce de la vida social, no puede escapar a la necesidad de cambio, profundo y renovador, sea para adecuarse a las nuevas exigencias y necesidades de la sociedad, a fin de satisfacerlas, o sea para cumplir su papel de instrumento de desarrollo y progreso social en justicia. En esta época de profundas modificaciones estructurales, marcada también por profundas diferencias sociales, la búsqueda de la justicia constituye un clamor impostergable al cual el Derecho, y en concreto el proceso, está llamado a satisfacer. Creemos conjuntamente con Gelsi Bidart que «El proceso puede describirse como una marcha hacia la justicia con sentido humano (...)»⁽¹⁾, por ello, es deber del procesalista trabajar en una continua mejora y adaptación de las instituciones procesales a las

necesidades de determinación de la justicia en el caso concreto.

Esta es la aspiración que precisamente se persigue en el presente trabajo, al proponer, en sede nacional, un nuevo enfoque en el análisis de una institución de trascendental importancia para los fines del proceso: la prueba. En el derecho comparado existen recientes trabajos doctrinarios y desarrollos jurisprudenciales que, alejándose de la perspectiva que estudia la prueba como mera actividad⁽²⁾ -que sólo analiza el conjunto de normas que regulan su admisibilidad y desarrollos procedimentales-, reconocen la existencia de un derecho básico o esencial, que nos permite hablar con todo rigor del **derecho fundamental a probar**⁽³⁾.

El carácter fundamental del derecho a probar no sólo implica que todo sujeto de derechos pueda ejercerlo dentro de un proceso judicial -civil, penal,

(*) A la memoria de don Felipe Santiago Bustamante Zenis, mi padre, mi maestro, mi gran amigo.

(1) GELSI, Adolfo. Proceso y época de cambio. En: Problemática actual del derecho procesal. Libro Homenaje a Amilcar Mercader. Coordinador: Augusto M. Morello. Buenos Aires: Platense, 1971 p. 440.

(2) No corresponde a la finalidad del presente trabajo referirnos a la distinción de los conceptos de medios de prueba, fuentes de prueba y prueba. Basta con decir que los primeros son los vehículos o instrumentos utilizados para llevar al Juez -o para que éste lo adquiera directamente en el caso de la actuación de medios probatorios de oficio- el conocimiento de los hechos, los segundos son las razones o motivos que de esos medios se deducen en favor de la existencia o inexistencia de tales hechos, y el tercero -la prueba- es el convencimiento o certeza que adquiere el Juez sobre los hechos; en ese sentido, sólo el Juez puede concluir si hay prueba o no de ellos.

(3) En realidad la doctrina extranjera habla de un derecho a la prueba, pero atendiendo a que, en nuestra opinión, la prueba es el convencimiento a que llega el juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, consideramos técnicamente más adecuado hablar de un derecho a probar (ver supra, nota 2).

constitucional, laboral, etc.- o dentro de un procedimiento -administrativo, militar o arbitral-(4), sino que constituye un elemento esencial del ordenamiento jurídico, contribuyendo a darle sus contenidos básicos e informando la organización jurídica y política del Estado con propia fuerza normativa. De ahí la necesidad de conocer los principios que lo delimitan y le dan contenido, a fin de que pueda ser ejercido eficazmente por sus titulares en la defensa de sus derechos e intereses y se evite su vulneración por los órganos del Estado o por particulares.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A PROBAR.

En nuestra opinión, el derecho a probar es aquel derecho subjetivo, perteneciente al grupo de los llamados derechos fundamentales, que posee todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento(5), conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.

Se trata de un derecho que no tiene por objeto o materia convencer al juzgador sobre la verdad de los hechos afirmados por los sujetos procesales, es decir, no es un derecho a que el juzgador se dé por convencido en presencia de ciertos medios probatorios, sino a que se

admitan y actúen los ofrecidos por los sujetos procesales distintos a él (como demandantes -o denunciante, demandados -o denunciados-, litisconsortes facultativos, coadyuvantes, e incluso intervinientes incidentales o transitorios(6), y los **valore debidamente**, teniéndolos en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación -es decir, independientemente de que quede convencido o no sobre los hechos afirmados-(7). Otra cosa es que el derecho a probar tenga por finalidad, precisamente a través del ofrecimiento, práctica y valoración de los medios probatorios -que constituyen su objeto-, producir en la mente del juzgador la convicción o certeza sobre los hechos afirmados por las partes o demás sujetos procesales.

Coincidiendo con Devis Echandía, creemos que «(...) no se trata de una certeza metafísica, absoluta, que pueda confundirse con la prueba perfecta de la verdad, sino de una certeza histórica, lógica, psicológica y humana (...)» a la que llega el juzgador después de todo un procedimiento complejo, en el que escuchó a las partes, fijó los puntos controvertidos, admitió y actuó los medios probatorios, para, finalmente, apreciarlos conforme a las reglas de la lógica, de la técnica, del derecho y de las máximas de experiencia. Por tanto, se trata de una certeza «(...) con sus naturales limitaciones y su inseparable posibilidad de error. De ahí que autores modernos ponen de presente la analogía entre la actividad del juez y la del historiador».

(4) La doctrina no es unánime en el uso de las categorías: proceso y procedimiento. Hay quienes encuentran diferencias entre ellas, quienes le dan una acepción distinta, y quienes usan indistintamente ambos conceptos sin plantearse el tema de su diferencia.

Para nosotros, proceso (o si se quiere, proceso judicial) es aquél «(...) conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la función jurisdiccional del Estado (...)», bajo la dirección de sus órganos competentes, con la finalidad de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, una incertidumbre jurídica o controlar conductas antisociales -delitos o faltas-, para lograr la paz social en justicia. En cambio, procedimiento es el «(...) conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales, (...)» así como la forma en que se desarrollaran los actos en un proceso. (MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1996. Tomo I. pp. 132 y 133).

La diferencia es importante no sólo porque responde a las dos etapas históricas de los estudios procesales -la precientífica del procedimiento y la científica del proceso-, sino porque pone de manifiesto la distinta categoría de un proceso judicial respecto a un procedimiento administrativo, militar o arbitral. En efecto, en nuestra opinión, sólo en un proceso judicial el Estado ejerce función jurisdiccional, y siendo algunas de sus características la imperatividad e inmutabilidad de sus decisiones, sólo las que se emitan en un proceso para resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, una incertidumbre jurídica o controlar conductas antisociales -delitos o faltas-, pueden tener carácter definitivo, irrevocable, permanente, es decir, ser **cosa juzgada**, y pueden ser ejecutadas forzosamente por mandato de los órganos jurisdiccionales sin necesidad de obtener la decisión de otro órgano del Estado para su ejecución. No sucede lo mismo con el procedimiento administrativo, militar o arbitral, cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante los órganos jurisdiccionales si resultan violatorias de la Constitución o la Ley, y en algunos casos -sobre todo en el procedimiento arbitral- necesitan recurrir a los órganos jurisdiccionales para ser ejecutadas.

(5) Ver supra, nota 4, sobre la diferencia entre proceso y procedimiento.

(6) En el caso de los intervinientes incidentales o transitorios su derecho a probar está limitado a los hechos relacionados con su intervención incidental o transitoria, ya que no son parte en el proceso o procedimiento.

(7) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía. 5a. ed., 1981. p. 37. No obstante, es importante aclarar que Devis Echeandía se refiere al objeto y fin de la prueba, cuando en nuestra opinión -conforme ya se ha anotado antes- es mucho más técnico hablar de objeto y fin del derecho a probar (cfr. supra, notas 2 y 3).

2.1. El carácter subjetivo del derecho a probar.

Por derecho subjetivo queremos significar el poder **reconocido** a un sujeto de derechos⁽⁸⁾ por el ordenamiento jurídico para hacer o dejar de hacer algo, dependiendo de su voluntad la posibilidad de su ejercicio o defensa⁽⁹⁾. La naturaleza de derecho subjetivo del derecho a probar es clara porque la obligación del juez -del árbitro o de cualquier órgano administrativo o particular, encargado de resolver conflictos intersubjetivos- de admitir, actuar y valorar debidamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello⁽¹⁰⁾ -conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, se genera de un acto de voluntad del interesado: su ofrecimiento o petición. Su ejercicio requiere de la voluntad de los sujetos procesales legitimados para ello, pues éstos son los que tienen el poder de propo-

ner los medios probatorios que pretenden sean admitidos, practicados y valorados en el proceso o procedimiento.

No debe pensarse, sin embargo, que el deber de los jueces de admitir, practicar y valorar debidamente los medios probatorios deriva únicamente del derecho a probar de las partes, pues en el caso de los procesos modernos adscritos al sistema publicístico⁽¹¹⁾, y por lo tanto, que recogen el principio inquisitivo (en virtud del cual el juez investiga los hechos por propia iniciativa⁽¹²⁾ hasta el punto de estar facultado para incorporar al proceso medios probatorios de oficio y ordenar su posterior actuación), dicho deber deriva directamente -en nuestra opinión- de los principios y valores que fundan el ordenamiento jurídico, inspiran la Constitución y la Ley. Siendo más precisos, consideramos que se trata de una facultad-deber que procede de la propia función jurisdiccional, pues, pese a que la carga de

(8) Sostenemos que no sólo las personas naturales pueden ser titulares de derechos subjetivos, sino también las personas jurídicas y otros sujetos de derechos como el concebido y los patrimonios autónomos -siempre y cuando sean compatibles con su particular naturaleza-. Por ejemplo, el derecho de acción es un derecho subjetivo que posee todo sujeto de derechos por el solo hecho de serlo -sean personas naturales, jurídicas, el concebido o un patrimonio autónomo-, que le permite recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de solicitar tutela jurídica.

(9) Castán Tobeñas, citado a pie de página por Pico i Junoy señala que: «(derecho subjetivo es el poder) reconocido a la persona por el ordenamiento jurídico con significado unitario e independiente, y quedando al arbitrio de ella la posibilidad de su ejercicio y defensa». (PICO I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona: Bosch, 1996. p.20).

(10) Si bien en abstracto todo sujeto procesal distinto del juez o juzgador tiene derecho a probar en un proceso o procedimiento, este derecho sólo puede ser ejercido por quien esté legitimado para intervenir en la actividad probatoria. Por ejemplo, un testigo es también un sujeto procesal -no sólo lo es el demandante o el demandado, sino los coadyuvantes, terceros intervinientes y en general cualquiera que participe en un proceso o procedimiento aunque fuere por un pequeño lapso de tiempo-, pero resulta indudable que en un proceso civil -por citar un ejemplo- un testigo no puede pretender ejercer su derecho a probar **exigiendo** que se admitan los medios probatorios que ofrece para acreditar los hechos expuestos por una de las partes.

Cosa muy distinta es que el juez o juzgador, en uso de sus facultades inquisitivas, ordene de oficio la incorporación de esos medios probatorios al proceso y se proceda a su actuación. Pero aquí la incorporación y práctica de estos medios probatorios no deriva del ejercicio de derecho alguno de las partes, u otros sujetos procesales, sino de la facultad inquisitiva del juez, que más que facultad es una facultad-deber.

(11) En materia procesal existen dos sistemas muy marcados y hasta cierto punto antagónicos, que inspiran la manera de hacer proceso. Se trata del sistema procesal privatístico y del publicístico.

Según el sistema privatístico -relacionado fundamentalmente con el viejo proceso civil- «(...) el proceso es el medio a través del cual el Estado concede a los particulares la oportunidad de resolver su conflicto de intereses. Por esta razón, como el Estado está a disposición de los particulares, el proceso, que es el vehículo del servicio, está bajo el control de quienes lo reciben, es decir, de los particulares.» Se trata, pues, de una concepción que sólo toma en cuenta el interés particular de los justiciables: la solución de su conflicto de intereses, de allí que los principios que lo desarrollan sólo tienen en cuenta el interés de las partes, es el caso del principio dispositivo, el principio de congruencia, el principio de impugnación privada, etc.

En cambio, según el sistema publicístico -relacionado fundamentalmente con el proceso penal, laboral, constitucional y el moderno proceso civil- el proceso no sólo es un instrumento para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, sino que tiene por finalidad abstracta lograr la paz social en justicia «(...) a través de la exigencia judicial del cumplimiento del derecho objetivo (...)». Ya no se trata entonces de una concepción que sólo tome en cuenta el interés de los particulares, sino, fundamentalmente, el interés público, lograr la paz social en justicia. En ese sentido, sus principios rectores son el inquisitivo, el de dirección judicial del proceso, impulso de oficio, inmediatez, concentración, celeridad, economía procesal, vinculación y elasticidad, socialización, adquisición, entre otros.

Por otro lado, es importante aclarar que no existe país alguno donde sus ordenamientos procesales sólo recojan uno de estos dos sistemas con exclusión del otro. (Las citas entre comillas han sido tomadas de: MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., pp. 69-72).

(12) La investigación de los hechos por parte del juez en los procesos modernos -que consagran el sistema publicístico, y por ende, el principio inquisitivo- debe responder a la naturaleza particular de cada tipo de proceso. Así, por ejemplo, en el proceso civil, si bien el juez investiga los hechos, sólo puede tener en cuenta los alegados o aportados por las partes al proceso -principio de congruencia-, no sucediendo lo mismo en el proceso penal.

probar corresponde a las partes⁽¹³⁾, el juez no puede ejercerla eficazmente si no cuenta con facultades que le permitan investigar la verdad de los hechos que ellas afirmen en oposición, y atendiendo a que hay un interés público en que el resultado del proceso sea justo y conforme a derecho, tal facultad se convierte en un deber del juez para su realización⁽¹⁴⁾.

Tampoco debe pensarse que el derecho a probar obliga al juez a declararse convencido de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes -en general de cualquier sujeto procesal- en presencia de los medios probatorios aportados por ellas, sino que el juez goza de libertad para apreciarlos conforme a las reglas de la sana crítica -es decir, su valoración sólo debe responder a las reglas de la lógica, de la ciencia, de la técnica y del derecho, teniendo en cuenta las máximas de experiencia⁽¹⁵⁾.-

Para terminar esta parte, debemos decir, que el derecho a probar no implica que los sujetos procesales legitimados para ello gocen de un derecho a aportar toda clase de medios probatorios, muchas veces buscando acreditar hechos de cualquier naturaleza sin una conexión lógico-jurídica con lo pedido, siguiendo su solo capricho, sino que se trata de un derecho limitado por los propios principios que le dan contenido, como el de pertinencia, idoneidad, oportunidad, preclusión, adquisición, utilidad, entre otros.

2.2. El carácter fundamental del derecho a probar y su inherencia a todo sujeto de derechos.

Los derechos fundamentales son aquellos que sirven de base o soporte a todo el ordenamiento jurídico, aquellos que le otorgan su sentido y coherencia, y

(13) Por ejemplo, en el proceso laboral peruano el artículo 27 de la Ley Procesal del Trabajo dice lo siguiente:

«Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

1. Al trabajador probar la existencia del vínculo laboral.
2. Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.
3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto.»

(14) En el proceso civil peruano, el primer párrafo del artículo 194 del Código Procesal Civil señala que «Cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean **insuficientes** para formar convicción, el Juez, en decisión motivada e inimpugnable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios adicionales que considere convenientes» (el resaltado es nuestro).

La norma recoge la opinión doctrinaria de que el juez civil sólo puede decretar la actuación de medios probatorios de oficio cuando éstos, habiendo sido ofrecidos por las partes para acreditar cada uno de los hechos que sustenten su pretensión o defensa, no son suficientes para producirle convicción. Por el contrario, si alguna de las partes no ha ofrecido medio probatorio alguno para acreditar un determinado hecho -entre los varios que afirma y que acredita- determinante para el éxito de su pretensión o defensa, el juez debe aplicar el instituto de la carga de la prueba declarando infundada la demanda o defensa según corresponda.

No estamos de acuerdo con una posición que generalice tal consecuencia para todos los casos, sobre todo en una realidad como la nuestra, donde lamentablemente, por las profundas diferencias económicas y sociales, el servicio de defensa de abogados técnicamente capaces está dirigido principalmente a quienes puedan pagar sus servicios, y las personas pertenecientes a los estratos más humildes y necesitados tienen que recurrir a abogados cuyos honorarios estén al alcance de sus bolsillos. Nuestra experiencia nos enseña que por lo general estos abogados o tienen una formación deficiente o han descuidado el estudio, olvidando que su profesión es un apostolado que requiere de constancia y perfeccionamiento para el servicio.

La realidad que acusamos muchas veces ha llevado a las partes a una real indefensión. Pensemos en el caso de una madre soltera, habitante de uno de nuestros pueblos jóvenes, que demanda alimentos para su menor hija al padre de la niña. Pensemos que entre los distintos hechos que afirma y acredita -que el demandado gana muy bien, que trabaja en tal empresa, etc.- el más importante, la filiación de la niña, no es acreditado con la partida de nacimiento correspondiente por un garrafal descuido de su abogado, quien ni siquiera cuidó en ofrecerla como medio probatorio. ¿Debemos concluir que como no se ofreció ningún medio probatorio pertinente para acreditar ese hecho, no estamos ante el supuesto de insuficiencia en los medios probatorios al que se refiere la norma, y por lo tanto, el juez no puede ordenar de oficio la incorporación de la partida de nacimiento de la niña al proceso y su posterior actuación? ¿Debemos concluir que, en aplicación del instituto de la carga de la prueba, como la filiación no ha sido acreditada el juez debe declarar infundada la demanda? Nuestra respuesta es rotunda: no. El juez debe ordenar de oficio la incorporación al proceso de ese medio probatorio y actuarlo posteriormente.

Creemos que el juez no debe olvidar que existen principios que inspiran todo un ordenamiento jurídico y están por encima de cualquier norma escrita, principios que le otorgan los mecanismos necesarios para determinar la justicia **en cada caso concreto**. Así, el **principio de socialización** obliga al juez a evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo del proceso (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil); y el **principio de vinculación y elasticidad** señala que las formalidades previstas en las normas procesales son imperativas, pero el Juez debe adecuar su exigencia al logro de los fines del proceso: resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica, asegurando la paz social en justicia (artículo IX y III del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

(15) Las máximas de experiencia, también llamadas reglas de la vida, son «(...) juicios fundados en la observación de lo que comúnmente ocurre y que pueden ser generalmente conocidos y formulados por cualquier persona de un nivel mental medio, en un determinado círculo social, y que no se requiere enunciarlos y menos declararlos probados en la sentencia. No obstante, algunas de esas reglas requieren conocimientos técnicos, y, por lo tanto, el auxilio de peritos para su aplicación al proceso.» (DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. cit., p. 296).

que derivan de tres valores superiores: la **dignidad**, la **libertad** y la **igualdad** de la persona⁽¹⁶⁾, operando también como derechos de defensa frente al Estado⁽¹⁷⁾. Algunos consideran que sólo son derechos fundamentales aquellos que han sido incorporados a una norma positiva⁽¹⁸⁾. En nuestra opinión, los derechos fundamentales son anteriores al ordenamiento jurídico, siendo su incorporación a la norma escrita un mero reconocimiento de su existencia⁽¹⁹⁾. En ese sentido, los derechos fundamentales no se agotan en la enumeración que el derecho positivo haga de ellos, así lo reconoce el artículo 3 de nuestra Carta Fundamental:

«La enumeración de los derechos (fundamentales) establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma Republicana de Gobierno».

El artículo 9 de la Constitución de los Estados Unidos de América recoge igual axioma: «No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos

ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo».

Por otro lado, la expresión derechos fundamentales ha recibido y recibe denominaciones diversas. Así, se ha hablado y se habla de derechos naturales, de derechos innatos y de derechos humanos, siendo este último el término más usado como su sinónimo. Preferimos hablar de derechos fundamentales porque el término derechos humanos excluye -sin quererlo- a las personas jurídicas⁽²⁰⁾ y otros sujetos de derechos, que, sin lugar a dudas, también son titulares de varios de ellos⁽²¹⁾.

Como ya se adelantó, los derechos fundamentales no sólo son la expresión más inmediata de la dignidad humana sino que constituyen la condición esencial para la existencia de un Estado constitucional democrático, en la medida que se erigen como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico con propia fuerza normativa⁽²²⁾. Por ello, tienen un doble carácter: por un lado operan como derechos de defensa frente al Estado, contribuyendo de esta forma a la salvaguarda de la libertad individual (carácter

(16) El Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos empieza señalando que «(...) la **libertad**, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad** intrínseca y de los derechos **iguales** e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)» (el resaltado es nuestro).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma al empezar que «(...) conforme a los principios enunciados en la Carta de Naciones Unidas, la **libertad**, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad** inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables» (el resaltado es nuestro).

(17) «(...) los derechos fundamentales (...) dejan de concebirse como meras libertades individuales, o lo que es igual, como simples derechos de defensa frente al Estado, para revestirse a la par de un carácter funcional, institucional, a tenor del cual se convierten en el fundamento último del propio Estado» (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La dogmática de los derechos humanos. Lima: Ediciones Jurídicas, 1994. p. 54 y 55).

(18) Allemany Verdaguier parece adscribirse a esa corriente de opinión (ALLEMANY VERDAGUER, Salvador. Curso de Derechos Humanos. Barcelona: Bosch, 1984. p. 12).

(19) El artículo 2 de la Constitución italiana, perteneciente al Título de «Principios Fundamentales», señala lo siguiente: «La República **reconoce** y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo ya sea en las formaciones sociales donde desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los inderogables deberes de solidaridad política, económica y social» (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, Germán J. Bidart señala que: «Un sistema de derechos humanos es completo cuando y porque se compone no sólo de derechos que disponen de normas descriptibles, sino de los que no tienen esa constancia escrituraria, pero cuentan con recepción en el plexo de principios y de valores que insuflan espíritu a la Constitución y que acompañan a lo que su letra normativa consigna». Más adelante agrega: «(...) las normas sólo reconocen derechos que son anteriores o previos a ellas, y que no están en ellas.» (BIDART, German. La interpretación de los derechos humanos. En: Lecturas Constitucionales Andinas. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994. pp. 18-42).

(20) El artículo 19 de la Constitución de la República Federal Alemana, en su inciso 3, señala claramente que: «Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas». No corresponde a la finalidad de este trabajo analizar si las personas jurídicas extranjeras gozan también de ciertos derechos fundamentales.

(21) Fernández Segado refiriéndose a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales dice lo siguiente: «En cuanto a la titularidad de ciertos derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, ya hemos significado con anterioridad que la plena efectividad de tales derechos exige reconocer que su titularidad no corresponde tan sólo a los individuos aisladamente considerados. Esta problemática no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de los derechos fundamentales (...). Habrá que atender a cada derecho en particular para decidir si la titularidad del mismo puede predicarse no sólo de las personas físicas, sino también de las jurídicas.» (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., pp. 91-92).

(22) El inciso 3 del artículo 1 de la Constitución de la República Federal de Alemania establece que: «Los (...) derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable.»

subjetivo), y por otro, operan como elementos del ordenamiento jurídico al que dan sus contenidos básicos e informan la organización jurídica y política del Estado (carácter objetivo)⁽²³⁾. Una jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, dice lo siguiente:

«(...) los derechos (fundamentales) tienen un doble carácter. En primer lugar, (...) son «derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia». Pero al propio tiempo, y sin perder esa naturaleza subjetiva, los derechos son «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional (por lo tanto, con propia fuerza vinculante o normativa), en cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica (...)»⁽²⁴⁾.

Ahora bien, dentro de la gama de derechos fundamentales, existen aquellos que posee un sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión del Estado o de la sociedad, han de ser reconocidos por éstos, pues constituyen la base del orden político y de la paz social. La Constitución española en su artículo 10, inciso 1, lo dice expresamente:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son **inherentes**, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (el resaltado es nuestro).

Fernández Segado, refiriéndose a este artículo de la Constitución española comenta que:

«La elevación por el propio artículo 10.1 de los «derechos inviolables que le son inherentes» (a la persona) a idéntica categoría de fundamento del orden político no es sino la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral del ser humano exigido por su misma dignidad»⁽²⁵⁾.

Uno de esos derechos inherentes a todo sujeto de derechos es el referido a la **tutela jurisdiccional efectiva**, íntimamente vinculada con el derecho a un **debido proceso**. Expliquemos por qué.

El derecho a la **tutela jurisdiccional efectiva** es aquél que tiene todo sujeto de derechos, por el sólo hecho de serlo, para recurrir a los órganos jurisdiccionales del Estado solicitándoles protección o amparo jurídico eficaz o efectivo en la solución de un conflicto intersubjetivo de intereses, una incertidumbre jurídica o en el control de conductas antisociales -delitos o faltas-. Este amparo o tutela jurídica sólo será eficaz o efectivo si los órganos jurisdiccionales toman las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento o ejecución de su decisión definitiva, y si cuidan que la amenaza o perjuicio que recae sobre los justiciables no se vuelva irreparable⁽²⁶⁾. Ahora bien, este derecho no puede tener concreción real si el Estado no asegura al justiciable que durante la tramitación del proceso en el que se ventilará su conflicto de intereses, su incertidumbre jurídica o el control de conductas antisociales -delitos o faltas- no se encontrará en desventaja para expresar su posición jurídica o ejercer su defensa, sea probando los hechos que sustentan su derecho, alegando, impugnando o solicitando se asegure la ejecución de lo que se resuelva en definitiva, esto es a grandes rasgos lo que se ha dado por llamar **debido proceso**⁽²⁷⁾.

Pero volvamos a la pregunta inicial: ¿por qué el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso son derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos? Cuando el ser humano descubrió que el uso de la acción directa -la justicia por la propia mano- para solucionar sus conflictos lo llevaría a la destrucción⁽²⁸⁾, confió en manos de un tercero su solución. En un primer momento tal tercero pudo ser el brujo de la tribu, el jefe del clan, el sacerdote, el monarca, etc., para después, en la sociedad contemporánea, ser el Estado el llamado a cumplir tal función. De esta manera no sólo se consagró la prohibición de la acción directa, sino que, con el desarrollo y evolución de la sociedad políticamente organizada, el Estado **recono-**

(23) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., pp. 57 y ss.

(24) STC 25/1981, de 14 de julio, fund. jur. 5º, recogida por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 59.

(25) Ibid., p. 50.

(26) Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional puede consultarse: MONROY GALVEZ, Juan. Op. cit., pp. 245 y ss. GONZALEZ PEREZ, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. Madrid: Cívitas, 1984. 160 p.

(27) Sobre debido proceso puede consultarse a MONROY GALVEZ, Juan. Op. cit.; pp. 245-249, 73-106; HOYOS, Arturo: El debido proceso. Santa Fe de Bogotá. Temis. 1996, 106 p.; DE LA RUA, Fernando. Proceso y justicia -temas procesales-. Buenos Aires. Lerner, 1980. 404 p.

(28) Se conoce por acción directa aquellos actos correspondientes a un período de la evolución histórica de la humanidad, con los que el hombre resolvía sus problemas o conflictos con otro, mediante el uso exclusivo de la fuerza.

ció a los individuos el derecho a solicitarle tutela jurídica para la composición de sus conflictos intersubjetivos, la solución de una incertidumbre jurídica o la sanción de una conducta antisocial, teniendo el Estado el deber de brindarles tal tutela de una manera efectiva. Por ello, el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que:

«Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»

Y el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú señala que: «son principios y derechos de la función jurisdiccional: (la) observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.»

Es importante resaltar que la vigencia real y efectiva del derecho a la tutela jurisdiccional, en armonía con el debido proceso⁽²⁹⁾, resulta indispensable para la sobrevivencia pacífica del género humano, el respeto a su dignidad y el mantenimiento de una sociedad políticamente organizada. Para comprobarlo basta con dar una mirada a nuestro pasado inmediato -y aun a nuestro presente-, la despreocupación del Estado en brindar un servicio de justicia eficiente, verdaderamente autónomo, altamente capacitado, contribuyó a la generación y crecimiento de una violencia estructural -que aún estamos empeñados en superar-, dando lugar a que reaparezca la amenaza social de la acción directa⁽³⁰⁾. De ahí que el carácter fundamental del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y del derecho a un debido proceso responde a la existencia misma de la persona -y en general a la de todo sujeto de derechos- y a la sobrevivencia de la sociedad políticamente organizada, por ello no es necesario su reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico para exigir su eficacia o vigencia.

Pues bien, el derecho a probar es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva -lo que asegura su aplicación en todos los órganos jurisdiccionales- y del derecho al debido proceso -aplicable tanto a los procesos judiciales como a los procedimientos administrativos, particulares, arbitrales y milita-

res-, pues no tendría sentido que un sujeto de derechos pueda llevar a los órganos competentes un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica si no se le permite aportar los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Siendo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso derechos fundamentales inherentes a todo sujeto de derechos por el sólo hecho de serlo, resulta indudable que el derecho a probar comparte el mismo carácter al ser una manifestación de ambos.

No obstante, este carácter fundamental del derecho a probar tiene reconocimiento constitucional, jurisprudencial y doctrinal en el derecho comparado. Por ejemplo, la Constitución española le reconoce expresamente esa calidad al recogerlo en su artículo 24, inciso 2, perteneciente al Título I «De los **derechos fundamentales** y de las libertades públicas» al señalar que «(...) todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (...)» (aunque desde una perspectiva procesal la parte final de la norma debió decir: «(...) para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa», pues el demandante, o en su caso el denunciante, tiene igual derecho que el demandado o denunciado).

En cuanto a la jurisprudencia extranjera, el Tribunal Constitucional español en el fundamento jurídico No. 4 de su sentencia del 4 de julio de 1995 (Recurso de amparo (sic) No. 1297 / 1994), refiriéndose al derecho a probar como derecho fundamental y su relación con la tutela jurisdiccional dice lo siguiente:

«(...) del reconocimiento del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el artículo 24.2 de la Constitución no se deriva necesariamente «que la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (...)»⁽³¹⁾.

Y la jurisprudencia italiana, pese a que su Constitución -a diferencia de la española- no recoge expresamente el derecho a probar, reconoce su carácter fundamental al considerarlo también como una expresión del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Es el caso de la sentencia de la Corte Costituzionale italiana No. 309/

(29) El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil peruano reconoce que: «Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.»

(30) Cuando un grupo social no encuentra en el sistema los mecanismos adecuados para satisfacer sus demandas o necesidades más esenciales, sino que, por el contrario, se encuentra con un mecanismo lento, engorroso, alejado de la realidad y de la sociedad a la que pertenece, a tal punto que le deniega justicia, la amenaza de la acción directa -el uso exclusivo de la fuerza- se hace patente.

(31) Sentencia recogida del Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, mayo-septiembre, 1995. Pamplona: Aranzadi. p. 110. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Constitucional español Nos. 357/1993 (f.j.1) y 246/1994 (f.j.2) del 29 de noviembre de 1993 y 19 de septiembre de 1994, que pueden ser consultadas en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Madrid: Cortes Generales. No. 152, Diciembre, 1993. p. 222, y No. 162, Octubre, 1994. p. 25.

1987, del 8 de octubre de 1987, que en su segundo considerando incluye en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva el derecho de las partes a proveerse de los medios probatorios necesarios y probar en un proceso. Señala esta sentencia del Alto Tribunal italiano que:

«*Orbene, dalla giurisprudenza di questa Corte emerge un consolidato indirizzo volto ad affermare l'igenza, rientrando in quella più ampia della effettività della tutela giurisdizionale (art. 3 e Cost) (cuyo carácter de derecho fundamental es indiscutible), di non escludere, nell'eventualità di controversie sulla corrispondenza alla realtà delle siundicate risultanze, la facoltà del controinteressato di fornire la prova contraria*» (esta sentencia puede consultarse en *Giurisprudenza Costituzionale* 1987, pp. 2536-2540)⁽³²⁾.

La doctrina extranjera es del mismo parecer, así, el profesor español Pico i Junoy, comentando la jurisprudencia italiana señala que:

«(...) la doctrina y jurisprudencia italiana destacan que la negación del derecho a la defensa, en su manifestación del derecho a la prueba, supone vulnerar, en última instancia, la garantía constitucional de la tutela judicial reconocida en el apartado primero del artículo 24 C.I (Constitución italiana). En ese sentido se entiende que toda persona inquietada en un interés legítimo tiene derecho a obtener la tutela judicial, y ésta no puede alcanzarse sino a través de la necesaria y oportuna prueba de los hechos litigiosos»⁽³³⁾.

Y el profesor mexicano Fix Zamudio, citado por Victor Fairén Guillén, dice lo siguiente:

«Desde el punto de vista procesal (...) se puede considerar que la estructuración correcta del procedimiento, tendente a dar a las partes la garantía de la publicidad, de contacto directo con el Juez y de desarrollo rápido del proceso, así como **la posibilidad de presentar los elementos para fijar sus pretensiones y, en general, el material del proceso**, forma parte del debido proceso (que es un derecho fundamental). Tal expresión quiere decir que se debe ser formalmente citado, que se debe ser escuchado y que **debe existir la posibilidad de aportar pruebas**» (el subrayado es nuestro)⁽³⁴⁾.

En conclusión, tanto la doctrina, la jurisprudencia y las constituciones extranjeras, así como los tratados internacionales, reconocen -expresa o implícita-

tamente- la existencia del derecho subjetivo y fundamental a probar cuya titularidad recae en todo sujeto de derechos, por el sólo hecho de serlo, que le permite utilizar dentro de un proceso o procedimiento, conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios pertinentes que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO A PROBAR.

Si bien el derecho a probar es un derecho subjetivo de carácter fundamental, inherente a todo sujeto de derechos, resulta obvio que no podrá ser ejercido en tanto su titular no esté inmerso en un proceso o procedimiento. Su calidad de derecho fundamental implica que puede ser ejercido en cualquier orden jurisdiccional, interno o internacional, en cualquier tipo de proceso o procedimiento -así sea este último: administrativo, militar, arbitral o particular, y su vulneración implicará una afectación directa al orden constitucional e internacional⁽³⁵⁾.

4. CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A PROBAR Y LOS PRINCIPIOS QUE DELIMITAN SU CONTENIDO.

El derecho a probar no tiene un carácter ilimitado o absoluto, su contenido esencial -aquél que constituye su núcleo básico irreductible, sin el cual el derecho se desnaturaliza o pierde sentido- se encuentra delimitado por una serie de principios que inspiran el **debido proceso** y por otros preceptos constitucionales con los que guarda relaciones de coordinación en el ordenamiento jurídico. La importancia de determinar este contenido radica en que al hacerlo, los órganos del Estado y los operadores de derecho en general, estarán en condiciones de evitar aquellas conductas que atenten contra él, y, por otro lado, se podrá fijar con claridad qué regulaciones legislativas son permisibles a fin de que no lo desnaturalizen al afectar su contenido básico. En nuestra opinión, el derecho a probar tiene como contenido esencial el derecho a que se **admitan, actúen**

(32) La referencia a esta sentencia de la Corte Costituzionale italiana puede encontrarse en: PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 37.

(33) Ibid., p. 37.

(34) FAIRÉN GUILLÉN, Victor. Temas del ordenamiento procesal. Madrid: Tecnos, 1982. p. 1372.

(35) Afectará el orden internacional en la medida que el derecho a probar «(...) aparece (...) como un elemento garantista presente, sustancialmente, en el panorama de las diversas convenciones internacionales sobre derechos humanos en todo tipo de procesos» (PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., pp. 32-33).

y **valoren debidamente** los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello, **conforme a los principios que lo inspiran y lo delimitan**. Veamos cada uno de ellos:

4.1. **Derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos.**

El derecho a probar implica en primer lugar, que el juzgador admita los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para ello, en conformidad con los principios procesales que delimitan su contenido. Los más importantes son los siguientes:

4.1.1. *Principio de eventualidad o preclusión en materia probatoria.*

Significa que los medios probatorios deben ser ofrecidos dentro del plazo señalado por la norma jurídica, generalmente en los actos postulatorios, extinguiéndose toda posibilidad de exigir su admisión al proceso si no han sido ofrecidos en la oportunidad debida. Con este principio se persigue impedir que «(...) se sorprenda al adversario con (medios probatorios) de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar (eficazmente) su defensa», su inobservancia implica «(...) la pérdida de la oportunidad para ejecutar un acto (procesal)»⁽³⁶⁾ existiendo entonces una autoresponsabilidad en el sujeto procesal que deja transcurrir tal oportunidad sin ofrecer los medios probatorios pertinentes para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

No obstante, existe una excepción a este principio relacionada con la **teoría de los hechos nuevos**⁽³⁷⁾. Según la doctrina, los hechos nuevos pueden ser propios o impropios. Se entiende como **hecho nuevo propio**, aquel dato fáctico -o si se quiere, aquella circunstancia-

ocurrida con posterioridad al inicio de un proceso y que tiene -o puede tener- una considerable relevancia jurídica para la decisión que se tome en la solución del conflicto de intereses. En cambio, **hecho nuevo impropio** es aquél que si bien ocurre con anterioridad al inicio del proceso, sólo pudo ser conocido por la parte que se beneficia con él con posterioridad al inicio del proceso. Los hechos nuevos constituyen una excepción al principio de preclusión probatoria pues pueden ser propuestos por la parte a quien su incorporación en el proceso beneficia -a pesar de haber transcurrido la oportunidad legal para hacerlo- soportando por tal razón la **carga de probar** su ocurrencia⁽³⁸⁾. En aplicación del principio de contradicción en materia probatoria -que desarrollaremos más adelante-, es imprescindible que la parte contra quien se propone el hecho nuevo tenga la oportunidad de probar respecto de él.

La teoría de los hechos nuevos está ligada a la necesidad de permitir que las partes acerquen al juzgador la mayor cantidad de información posible a fin de resolver el conflicto de intereses de la mejor manera, por ello, como excepción al principio de preclusión, pueden ser incorporados al proceso y surtir plenos efectos. Alsina señala que:

«(...) si la justicia del fallo únicamente puede asegurarse permitiéndose a las partes aportar un material de conocimiento lo más completo posible y si las limitaciones que la ley impone en cuanto a la oportunidad de ofrecer ese material se fundan solamente en razones de carácter práctico, el juez debe aplicar un criterio amplio para resolver sobre la admisibilidad de los hechos que se aleguen como nuevos y, que, en consecuencia, cuando se discuta si han sido conocidos anteriormente, si tienen o no relación con la cuestión que se ventila, si importan o no variación de la litis, si de ellos puede o no deducirse una nueva pretensión, debe estarse en favor de su admisibilidad, porque como dice Caravantes, por sobre las sutilezas del procedimiento

(36) DEVIS EHANDÍA, Hernando. Op. cit., p. 127.

(37) Al respecto puede consultarse a ALSINA, Hugo: Alegación de hechos nuevos en el proceso civil. En: Revista de Derecho Procesal. Buenos Aires: Ediar, 1951. Año IX. Primero y Segundo Trimestre de 1951. pp. 7-47.

(38) Sobre el particular el Código Procesal Civil peruano señala lo siguiente:
Artículo 429.- «Medios probatorios extemporáneos.- Después de interpuesta la demanda, sólo pueden ser ofrecidos los medios probatorios referidos a hechos nuevos y a los mencionados por la otra parte al contestar la demanda o reconvenir.

(...).

Artículo 374.- «Medios probatorios en la apelación de sentencias.- Sólo en los procesos de conocimiento y abreviados las partes o terceros legitimados pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; y
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.

(...).

está la función sagrada del juez de administrar justicia dando a cada uno lo suyo.⁽³⁹⁾»

4.1.2. Principio de pertinencia de los medios probatorios.

Este principio exige que los medios probatorios ofrecidos guarden una relación lógico-jurídica con los hechos que sustentan la pretensión o la defensa, de lo contrario, no deben ser admitidos en el proceso o procedimiento. Los medios probatorios que resulten impertinentes deben ser rechazados de plano *-in limine-* por el juzgador. Sin embargo, en el caso de que exista duda sobre su impertinencia por no ser tan manifiesta -por ejemplo, cuando los medios probatorios ofrecidos, pese a no guardar una relación directa con los hechos alegados, guardan una relación indirecta-, se puede admitir tales medios probatorios y diferir el pronunciamiento definitivo sobre su pertinencia o impertinencia para el momento en que se dicte la sentencia o el auto que resuelve el incidente, ya que la decisión inicial sobre la pertinencia no ata o vincula al juzgador^{(40) (41)}. Entre los principales supuestos de impertinencia podemos mencionar los siguientes:

- El de los medios probatorios con los que se pretende acreditar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación -sin perjuicio de lo expuesto sobre la teoría de los hechos nuevos-.
- El de los medios probatorios con los que se pretende probar hechos que no encajan en el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pide la parte, pese a haber sido alegados por ella⁽⁴²⁾.

4.1.3. Principio de idoneidad o conducencia de los medios probatorios.

Existen situaciones en las que la ley señala que determinados hechos sólo pueden ser acreditados con

cierto tipo de medios probatorios, o que en determinados procedimientos sólo pueden admitirse tal tipo de medios probatorios y no otros -por ejemplo, en los procesos ejecutivos sólo son admisibles la declaración de parte, los documentos y la pericia, no así la declaración de testigos o la inspección judicial⁽⁴³⁾-. Pues bien, el principio de idoneidad o conducencia exige que el sujeto procesal cuide que los medios probatorios con los que pretende acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa sean aquellos que la ley permite utilizar para acreditar tales hechos -por ejemplo, en el caso del proceso ejecutivo resultará inidónea o inconducente una declaración de testigos ofrecida como medio probatorio-. Se trata entonces de comparar el medio probatorio y la ley, a fin de saber si el hecho puede ser demostrado en el proceso con ese medio probatorio⁽⁴⁴⁾.

Este principio supone que no exista una norma jurídica que impida el empleo de ciertos medios probatorios para acreditar un hecho determinado⁽⁴⁵⁾. No obstante, este principio, y sobre todo esta última afirmación, debe ser tomado con mucho cuidado. Recordemos que estamos ante un derecho fundamental: el derecho a probar, y si bien el carácter limitado de este derecho permite al legislador establecer ciertas restricciones al mismo -por ejemplo, puede promulgar leyes que señalen limitaciones probatorias relativas a la no utilización, en un caso concreto, de determinados medios de prueba-, su carácter fundamental lo convierte en un elemento esencial del ordenamiento jurídico con propia fuerza normativa, por ello, resultará inconstitucional todo acto de poder -cualquiera sea su naturaleza- que lo lesione, debiéndose interpretar la ley en la forma más favorable a la maximalización o viabilidad de su contenido⁽⁴⁶⁾. Por esta razón, las normas limitativas del derecho a probar sólo serán válidas en tanto resulten justificadas por la necesidad de salvaguardar otro dere-

(39) ALSINA, Hugo. Op. cit., pp. 41-42.

(40) PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Santafé de Bogotá: Librería del Profesional, 1996. p. 28.

(41) Artículo 190 del Código Procesal Civil.- «Pertinencia e improcedencia.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.(...)» Artículo 31 de la Ley Procesal del Trabajo.- «El Juez no debe admitir una prueba cuando ésta resulte impertinente (...).»

(42) Al respecto Montero Aroca sostiene que: «Si la existencia o no del hecho, y las circunstancias del mismo, no son determinantes de la estimación o desestimación de la pretensión, el medio de prueba que se refiera a ese hecho es impertinente.» (MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil. Madrid: Civitas, 1996. pp. 93 y 94).

(43) Primer párrafo del artículo 700 del Código Procesal Civil peruano.

(44) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 27.

(45) Ibid., p. 27.

(46) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit., p. 82.

cho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente protegido⁽⁴⁷⁾, como por ejemplo los principios de celeridad y economía procesal que también informan el debido proceso (de no exigirse la idoneidad en los medios probatorios, los procesos especiales -como los sumarísimos y los ejecutivos- perderían su razón de ser pues la libertad de ofrecer cualquier tipo de medio probatorio los desnaturalizarían convirtiéndolos en la práctica en procesos de conocimiento u ordinarios, de un trámite y debate mucho más amplio). En cualquier caso, ante la posibilidad de establecer limitaciones al derecho a probar, debe exigirse la existencia de una **motivada y razonada proporcionalidad** entre la limitación y el fin que pretende alcanzarse, por tratarse de un derecho fundamental⁽⁴⁸⁾. El Tribunal Constitucional español, en su sentencia 85/1992, del 8 de junio, refiriéndose a la regla de la proporcionalidad para proceder a la limitación de un derecho fundamental, dice en su fundamento jurídico No. 4 lo siguiente:

«(la doctrina de la proporcionalidad) nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos, y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos»⁽⁴⁹⁾.

4.1.4. Principio de utilidad de los medios probatorios .

Este principio señala que sólo deben ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, de tal manera que si un medio probatorio ofrecido no tiene

este propósito, debe ser rechazado de plano por aquél⁽⁵⁰⁾. Entre los casos de inutilidad de los medios probatorios podemos mencionar los siguientes⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾:

– Cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta.

– Cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios o de pública evidencia⁽⁵³⁾.

– Cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada.

– Cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte (por ejemplo, cuando se ofrece un reconocimiento judicial para verificar el componente químico de una sustancia ingerida por una víctima, en lugar de una pericia).

– Cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin -por ejemplo dos pericias con la finalidad de acreditar el mismo hecho-, o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

4.1.5. Principio de licitud de los medios probatorios.

Según este principio, no pueden admitirse al proceso aquellos medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico (piénsese por ejemplo en el caso de una persona que ingresa subrepticamente al domicilio de otra y hurta unos documentos que luego ofrece como medios probatorios en un proceso iniciado en su contra), pero como en el derecho -principalmente en el proceso- resulta imprudente y hasta dañino llevar al extremo la aplicación lógica de cualquier principio⁽⁵⁴⁾, creemos que es importante ponderar este principio con otros que tienden a

(47) PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 198.

(48) Ibid., p. 198.

(49) Tomada de: PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., pp. 199-200.

(50) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 28.

(51) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., pp. 96-97.

(52) PARRA QUIJANO, Jairo. Op. cit., p. 28.

(53) Inciso 1 del artículo 190 del Código Procesal Civil.

(54) (CELSE, Digesto 1.3.24). «*In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*». «Es contra derecho juzgar o resolver una consulta tomando en cuenta sólo una parte del ordenamiento, sin haberlo considerado atentamente en su totalidad» (Tomado de VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica principialística jurídica o los principios generales del derecho. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1993. p. 54).

proteger valores igualmente importantes para el Derecho, pese a que pueden encontrarse en franca oposición⁽⁵⁵⁾. Piénsese esta vez en el caso de un acusado en un proceso penal que logra demostrar su inocencia en base a un medio probatorio que luego se descubre fue ilícitamente adquirido. ¿Debería declararse la nulidad de todo lo actuado en relación a ese medio probatorio obtenido ilícitamente y condenar a una persona inocente que no tuvo otros medios para demostrar su inocencia que aquel medio probatorio tildado de ilícito?

Consideramos que el carácter fundamental del derecho a probar obliga al juez -al árbitro y a cualquier juzgador en general- decidir esta situación en cada caso concreto realizando una ponderación motivada de los intereses involucrados, atendiendo al principio de proporcionalidad entre el derecho o valor que se quería proteger con la norma violada y el derecho a probar del justiciable. Y como el derecho a probar tiene carácter fundamental, la norma, principio o valor violado debe ser también de carácter fundamental, pues de lo contrario, en nuestra opinión, el derecho a probar debe primar sobre los demás y debe admitirse el medio probatorio obtenido ilícitamente, sin perjuicio de la sanción que corresponda imponerse al infractor⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾.

Siguiendo a Barbosa Moreira⁽⁵⁸⁾, el juzgador debe evaluar la situación en cada caso concreto atendiendo a su gravedad, la índole de la relación jurídica controvertida, la dificultad del litigante para demostrar la veracidad de sus alegaciones, debe analizar si la transgresión de la norma se explica en una auténtica necesidad, y si ésta se mantuvo en los límites determinados por tal necesidad, o si, por el contrario, existía la posibilidad de probar los hechos alegados por otros medios, o si dicha transgresión produjo un daño mayor al beneficio aportado al proceso. En suma: debe evaluar los dos males y elegir, motivadamente, el realmente menor.

Esto no significa que la conducta ilícita -la transgresión de una norma jurídica al obtener el medio probatorio ofrecido- no deba ser sancionada. Independientemente de si el medio probatorio fue admitido o no, el juzgador deberá imponer al transgresor la sanción civil, penal o administrativa que corresponda.

“ Las normas limitativas del derecho a probar sólo serán válidas en tanto resulten justificadas por la necesidad de salvaguardar otro derecho fundamental, un valor constitucional o un bien constitucionalmente protegido ”

4.2. Derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos.

El derecho a probar resultaría inútil e ilusorio si el juzgador no actuara los medios probatorios previamente admitidos, de ahí que el derecho de todo sujeto procesal a que se actúen tales medios probatorios resulta ser una segunda manifestación del derecho a probar. De no actuarse un medio probatorio válidamente admitido, produciéndose agravio a alguna de las partes, el derecho a probar se vería afectado. El Tribunal Constitucional español en su sentencia del 4 de julio de 1995 (Recurso de amparo (sic) No. 1297/1994), en su f.j. No. 4, al respecto señala lo siguiente:

(55) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Restricciones a la prueba en la constitución brasileña. En: Revista de processo No. 82. Sao Paulo. Año 21, Abril-Junio de 1996. pp. 153-160.

(56) No obstante esta afirmación, debemos señalar que existen en la doctrina opiniones distintas que no compartimos -debido al carácter fundamental del derecho a probar-, por ejemplo SENTIS MELENDO dice lo siguiente: «(los medios probatorios obtenidos ilícitamente), aunque hayan llegado a entrar en los autos, no deben quedar incorporados a ellos, no deben ser adquiridos por el proceso. Así cuando se trate de pruebas obtenidas en violación de derechos constitucionalmente, o aun legalmente garantizados.» (SENTIS MELENDO, Santiago. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Europa-América, 1979. p. 228).

(57) Sobre el particular, Pico i Junoy considera que: «(...) el carácter de fundamental que la Constitución otorga al derecho a la prueba, así como el interés del Estado en ofrecer una tutela judicial efectiva, permiten al órgano jurisdiccional apreciar y valorar esta prueba ilegal (y para ello previamente debió haberse actuado y admitido), siempre y cuando se posibilite el derecho de defensa y contradicción al litigante perjudicado por la misma (...). No obstante, (...) debemos admitir que no siempre (el medio de prueba ilícito) ha de ser admitido y valorado por el juzgador. Este, ante la disyuntiva de buscar la certeza de los hechos litigiosos o proteger la norma infringida, puede, en aplicación de la **doctrina de la ponderación motivada de los intereses involucrados**, entender preminente el segundo de ellos, y en consecuencia, rechazar tales pruebas» (el resaltado es nuestro). (PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., pp. 304-306).

(58) BARBOSA MOREYRA, José carlos. Op. cit., p. 154.

«(...) en relación con la falta de práctica de una prueba previamente admitida se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa cuando la omisión de la ejecución de una prueba, declarada pertinente y admitida, por causas no imputables a la parte recurrente produzca indefensión (...)»⁽⁵⁹⁾.

Adicionalmente, como detrás de todo derecho existen principios y valores que lo inspiran y le dan contenido, los que se encuentran íntimamente relacionados con el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos son principalmente los siguientes:

4.2.1. *Principio de inmediación en materia probatoria.*

El principio de inmediación no es exclusivo de la actuación probatoria, su eficacia recae sobre todo el campo del proceso. En palabras de Eisner, el principio de inmediación es aquel:

«(...) en virtud del cual se procura asegurar que el juez o tribunal se halle en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias, a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella, quien, a su término, ha de pronunciar la sentencia que la defina»⁽⁶⁰⁾.

Sin embargo, pese a no ser exclusivo de la actuación probatoria, el principio de inmediación obtiene en ésta una importancia trascendental, porque con la actuación de los medios probatorios se busca producir en la mente del juzgador la convicción sobre los hechos alegados por las partes, que a la postre determinará la decisión que tome para solucionar el conflicto de intereses.

El principio de inmediación implica que el juez que ha presenciado la actuación de los medios probatorios, que ha oído a las partes, y ha apreciado su conducta en el proceso, sea el mismo que dicte la sentencia. No

hay inmediación si la ley permite que un juez presencie la actuación de los medios probatorios y otro dicte sentencia⁽⁶¹⁾. El derecho a probar importa, además de la admisión y la actuación de los medios probatorios, el derecho a que éstos sean debidamente valorados, por lo tanto, el derecho a probar puede verse afectado cuando un juez debe sentenciar en base a la actuación de medios probatorios que no ha presenciado, pues, en este caso, sólo puede formar su convicción con la constancia documental de dicha práctica o actuación, y en rigor, su valoración no recae sobre los medios probatorios actuados sino sobre tal constancia documental, que muchas veces no recoge toda la riqueza de la información obtenida en la actuación o práctica probatoria⁽⁶²⁾.

4.2.2. *Principios de contradicción y de comunidad de los medios probatorios.*

El principio de contradicción extiende su eficacia a la totalidad del proceso, pero en materia probatoria significa que el sujeto procesal contra quien se opone un determinado medio de prueba, debe gozar de la oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho a contraprobar⁽⁶³⁾ (el derecho a probar desde la perspectiva del sujeto procesal contra quien se dirige una determinada pretensión); es decir, la actuación probatoria debe desarrollarse con conocimiento y audiencia de las partes.

Por otro lado, el principio de comunidad o adquisición de los medios de prueba señala que éstos pertenecen al proceso y no a quien los aporta, de ahí que no se puede pretender que sólo a éste beneficie, pues una vez aportados al proceso deben ser tenidos en cuenta para verificar la existencia o inexistencia del hecho que pretende probar, sea que resulte en beneficio del sujeto que la propuso o de la parte contraria que bien puede invocarla⁽⁶⁴⁾. Por este principio, el derecho a probar conlleva, además, la exigencia de que se asegure la intervención del sujeto procesal en la

(59) Recogido del Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, mayo-septiembre, 1995. Pamplona: Aranzadi. p. 110.

(60) Citado por MONROY GÁLVEZ, Juan. Op. cit., p. 94.

(61) MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., p. 123.

(62) Salvaguardando el principio de inmediación, el último párrafo del artículo 50 del Código Procesal Civil peruano dice lo siguiente: «El juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.»

(63) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. cit., p. 123.

(64) *Ibid.*, p. 118.

práctica de los medios probatorios de la contraparte, pues el convencimiento del juez sobre los hechos alegados puede lograrse también a través de los medios probatorios propuestos por la otra parte, participando activamente en su desarrollo. De esta manera, observamos que el derecho a intervenir en la actuación de los medios de prueba, independientemente de quien los haya ofrecido, e incluso en los realizados por iniciativa del juez, constituye una manifestación del genérico derecho a probar.

4.3. Derecho a que se valoren debidamente los medios probatorios actuados.

Si el derecho a probar tiene por finalidad producir en la mente del juzgador el convencimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por los sujetos procesales, el derecho a probar resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los medios probatorios actuados en el proceso o procedimiento con el fin de sustentar su decisión. La tercera manifestación del derecho a probar implica, pues, el derecho de todo sujeto procesal a que los medios probatorios actuados sean debidamente valorados por el juzgador, ya que de lo contrario se le estaría quitando toda su virtualidad y eficacia. Taruffo destaca que si el juzgador no valora o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorios, el derecho a probar se convertiría en una «(...) *garanzia illusoria e meramente ritualística*»⁽⁶⁵⁾. Para evitar esto, es imprescindible asegurar la eficacia del derecho a probar a través de la debida valoración de los medios probatorios actuados, por parte del juzgador.

Dos son los temas importantes relacionados con la valoración de los medios probatorios. El primero de ellos se refiere al principio de unidad del material probatorio, y el segundo, a los sistemas de apreciación, pues éstos determinarán cuándo debe concluirse que un medio probatorio ha sido debidamente valorado.

4.3.1. Principio de unidad del material probatorio.

Este principio indica que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento forman una unidad, y que, como tal, deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, pun-

tualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellas se forme⁽⁶⁶⁾.

4.3.2. Los sistemas de valoración de los medios probatorios -la tarifa legal vs. la sana crítica- y la debida valoración de los mismos.-

La tarifa legal fue un sistema de apreciación de los medios probatorios mediante el cual, el juzgador, ante la presencia o ausencia de determinados medios de prueba, debía aceptar forzosamente la conclusión que le señalaban ciertas reglas abstractas preestablecidas por la ley. Como se comprenderá, se trataba de un sistema en que la operación intelectual del juez y la razón, eran dejados de lado en aras de salvaguardar una imparcialidad y una seguridad jurídica mal entendidas. Pero como la realidad supera muchas veces el Derecho, este sistema produjo un divorcio entre la justicia y la sentencia, pues al mecanizar la actuación del juez, impidiéndole formarse un criterio personal, muchas veces se declaraba como verdad una simple apariencia formal, dando lugar a decisiones absolutamente irracionales.

En oposición al sistema de tarifa legal, surgió el de la sana crítica o libre apreciación de los medios de prueba -hoy prácticamente acogido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo-, por el cual, el juzgador está en libertad de valorar los medios probatorios actuados en el proceso o procedimiento, pero de una manera **razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y las reglas de experiencia que según el juzgador sean aplicables al caso**. La valoración que no responda a estas reglas o fuere contraria a ellas, será una valoración defectuosa o indebida. Por otro lado, como la apreciación que el juzgador ha tenido del material probatorio sólo puede ser conocida a través de los fundamentos de su resolución, el sistema de la sana crítica o libre apreciación implica que el proceso de convicción realizado por el juzgador para tomar su decisión debe ser explicado debidamente en la motivación de su resolución, a fin de que pueda ser conocido por las partes y de esa manera éstas estén en condiciones de ejercer su derecho de defensa al saber con certeza cuáles fueron las razones que llevaron al juzgador a tomar tal decisión, de lo contrario se afectaría el debido proceso y el derecho de defensa.

(65) Citado por PICO I JUNOY, Joan. Op. cit., p. 26.

(66) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. cit., p. 117.

La **debida valoración** del material probatorio -aquél que no resulta contrario a las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y, en general, a las máximas de experiencia aplicables al caso⁽⁶⁷⁾- exige, pues, un **método crítico de conjunto, analítico y sistemático** que tenga en cuenta el resultado de todos los medios probatorios actuados en el proceso, que los clasifique de la manera más lógica, que tenga en cuenta todas las hipótesis posibles y las examine aisladamente, para que, en un segundo momento, los relacione entre sí, comparando los elementos de cargo con los de descargo, respecto de cada hecho, a fin de comprobar si los unos neutralizan a los otros o cuáles prevalecen, de manera que, al final, el juzgador tenga un conjunto sintético, coherente y concluyente y pueda luego sacar sus conclusiones y tomar sus decisiones⁽⁶⁸⁾.

En suma, el derecho a probar pierde virtualidad o eficacia si el juzgador admite el material probatorio ofrecido, los actúa, pero no los valora, o los valora indebidamente. La doctrina moderna señala que la sentencia emitida en base a una indebida valoración de algún medio de prueba -o la ausencia de valoración- y las que tienen una motivación aparente o defectuosa, pueden ser recurridas en casación por constituir modalidades de la llamada **sentencia arbitraria**⁽⁶⁹⁾.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

El carácter fundamental del derecho a probar, inherente a todo sujeto de derechos, implica que puede ser ejercido en cualquier orden jurisdiccional, interno o internacional, y en cualquier tipo de proceso o procedimiento -judicial el primero, administrativo, político, militar, arbitral o particular, el segundo-. Su contenido esencial consiste en el derecho de todo sujeto procesal -distinto al juez o juzgador- a que se admitan, actúen y valoren debidamente, conforme a los principios que lo inspiran y lo delimitan, los medios probatorios ofrecidos para acreditar los hechos que configuran su preten-

sión o su defensa. Su vulneración importa una afectación directa al orden constitucional e internacional en la medida que aparece como un elemento garantista presente en las diversas convenciones internacionales sobre derechos fundamentales.



El carácter fundamental del derecho a probar implica también una nueva lectura de las normas jurídicas, a fin de que sean interpretadas de la forma más favorable para la efectividad de este derecho. No cabe duda que si una norma jurídica, pese a querer proteger otro valor o principio fundamental, limita el derecho a probar en forma desproporcionada, será inconstitucional. Al mismo juicio se llegará si el derecho a probar es restringido por un acto o decisión del juzgador sin ninguna razonabilidad.

Pero como quiera que no estamos ante un derecho absoluto, sino limitado, su titular deberá ejercerlo conforme a los principios que lo inspiran y le dan contenido. ☞

(67) Como señalamos en nota anterior, las máximas de experiencia, también llamadas reglas de la vida, son «(...) juicios fundados en la observación de lo que comunmente ocurre y que pueden ser generalmente conocidos y formulados por cualquier persona de un nivel mental medio, en un determinado círculo social, y que no se requiere enunciarlos y menos declararlos probados en la sentencia. No obstante, algunas de esas reglas requieren conocimientos técnicos, y, por lo tanto, el auxilio de peritos para su aplicación al proceso» (Ibid., p. 296).

(68) Ibid., pp. 305-310.

(69) Referirnos a la sentencia arbitraria excedería los alcances del presente artículo, pero si se desea investigar sobre ella puede consultarse: SAGÜES, Néstor. Recurso Extraordinario. Buenos Aires: Depalma, 1984. Tomo II. pp. 573-709; VANOSSI, Jorge. La sentencia arbitraria: un acto de lesión constitucional. En: Temas de casación y recursos extraordinarios, en honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Platense, 1982. pp. 179-211. SOSA, Gualberto. MANCUSO, Francisco. El absurdo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. En: Temas de casación y recursos extraordinarios, en honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Platense, 1982. pp. 265-297.