

Algunas consideraciones sobre el derecho a probar*



LUIS ALBERTO LIÑÁN ARANA

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Derecho Procesal y Solución de Controversias por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura.

GIOVANNI PRIORI POSADA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Magíster por la Universidad degli Studi di Roma Tor Vergata.
Miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia que elaboró el Proyecto de Ley que regula el proceso contencioso administrativo, 2002.
Miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia que elaboró las Reformas al Código Procesal Civil, 2011.
Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor en las Maestrías con mención en Derecho Procesal y Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La regulación del derecho a probar en nuestra actual legislación procesal aún tiene muchos aspectos que invitan a la discusión y generan una ardua polémica. Atendiendo a ello, en esta oportunidad **ADVOCATUS** logró entrevistar a dos especialistas en la materia a fin de que nos compartan sus principales reflexiones en torno a dicha institución del Derecho Procesal, bajo nuestro actual marco normativo, buscando con ello que el lector pueda tener un mejor entendimiento sobre el tema en cuestión.

The regulation of the right to prove in our current procedural legislation still has many aspects that invite discussion and generate arduous controversy. On this occasion, **ADVOCATUS** managed to interview two specialists in the subject so that we could share their main reflections on this institution of procedural law, under our current regulatory framework, seeking that the reader can have a better understanding of the subject.

* Esta sección estuvo a cargo de Alejandro Ramos Támara, Fernando Rodríguez Molina, Frank Espinoza Ramirez y Claudia García Bustamante, miembros del Comité Editorial de **ADVOCATUS**.

1. El hecho de que las partes puedan aportar al proceso los medios probatorios que consideren necesarios ¿constituye un derecho, una carga, o ambos?

Luis Alberto Liñán (LA): Uno de los elementos que conforman el Debido Proceso es el Derecho a la Prueba, entendido como aquel derecho que tiene todo sujeto que participa en un proceso para producir la prueba necesaria a fin de formar la convicción del juzgador respecto de los hechos que sustentan su demanda o defensa. El Derecho a la Prueba no se agota en el hecho de ofrecer los medios de prueba, sino que se debe asegurar que los mismos sean admitidos, actuados correctamente y finalmente valorados en forma adecuada y motivada.

El Derecho a la Prueba sirve para hacer efectivo el Derecho de Defensa, el Derecho de Defensa sin prueba no es tal, no sirve la alegación sin posibilidad de probarla.

Según lo señalado en nuestro Código Procesal Civil, la finalidad de los medios de prueba es acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos.

Ahora respecto del hecho de ofrecer los medios de prueba al proceso, consideramos que se trata de una carga. Una carga procesal implica un imperativo en propio interés, es decir se trata de un acto procesal que conviene al interés de una parte, y si lo hace le favorece, pero si no, va sufrir las consecuencias de ese incumplimiento, pierde la condición ventajosa que hubiera obtenido de cumplir ese acto. Nadie obliga a la parte a cumplir ese acto, pero ella sabe que le conviene hacerlo y si no lo hace puede verse perjudicada.

El ofrecer medios probatorios es una carga, pues las partes saben que a fin de poder lograr crear certeza el Juez deben acreditar los hechos que alegaron y no lo hacen no logran convencer al Juez y lo más probable es que sus argumentos no sean amparados.

Así coincidimos con el profesor Isidoro Eisner cuando señala que la carga de la prueba es

el imperativo que pesa sobre cada uno de los litigantes de suministrar el material probatorio al Juez para que este se forme convicción sobre los hechos controvertidos.

Podemos concluir señalando que la carga de la prueba está contenida en el Derecho a la Prueba, puesto que la posibilidad de probar los hechos alegados con elementos fácticos se encuentra en cada justiciable.

Giovanni Priori (GP): Es necesario distinguir dos aspectos, el primero, es la facultad que tienen las partes de ofrecer los medios probatorios para sustentar los hechos que afirman, el cual, como expresión del derecho a la defensa, forma parte del derecho fundamental a probar. En ese sentido, se parte de la idea que, si las partes tienen el derecho de alegar hechos para sustentar su defensa, también tienen el derecho de poder acreditar dichas afirmaciones, de lo contrario no estarían ejerciendo su defensa de manera efectiva en tanto no podrían ocasionar convicción suficiente en el juez, es por ello que esta posibilidad de ofrecer medios probatorios es un auténtico derecho fundamental.

El segundo aspecto a tener en cuenta es la relación que puedan llegar a tener las partes con ciertos hechos específicos, en atención a la sentencia que pueda dictar un juez, lo que se suele denominar "carga de la prueba".

Ahora bien, no se deben confundir ambos aspectos, esto es, el derecho fundamental que tienen las partes de ofrecer medios probatorios con la regla de la carga de la prueba que, en estricto, es un regla de juicio dirigida al juzgador que le indica cómo es que debe sentenciar en los casos en que llegado el momento de hacerlo, no encuentra sustento suficiente respecto de un hecho específico. Ello tiene el efecto indirecto de decirle a las partes quién tiene un particular interés de probar.

Entonces, esta noción de regla de juicio que llamamos nosotros "carga de la prueba" en nada altera la configuración de la posibilidad de las partes de aportar medios probatorios como un derecho fundamental.

2. ¿Cree que es conveniente que se les haya otorgado a los jueces la facultad de poder actuar pruebas de oficio?

LA: Consideramos que el tema de otorgar facultades para la actuación de medios probatorios al Juez pasa por la ideología que se tenga sobre cuál es el fin del proceso, así quienes sostienen que el fin del proceso es solucionar un conflicto de intereses, estiman que la actividad probatoria incumbe solo a las partes y que el Juez debe carecer de facultades para actuar medios probatorios de oficio. Quienes sostienen que el fin del proceso es actuar el derecho, intentar llegar a la verdad y así lograr una sentencia justa, sostienen que el Juez debe tener la facultad de actuar medios probatorios de oficio.

Consideramos que en el proceso se debe averiguar la verdad y en base a ella dictar una sentencia que sea justa, en tal sentido corresponde contar con un juez con iniciativa y poderes para averiguar la verdad, por lo que se justifica que pueda actuar pruebas de oficio, pero es importante también precisar que estas facultades probatorias del Juez tienen límites.

Si tenemos presente que el proceso pertenece al Estado y no a las partes, queda claro que cuando un Juez actúa un medio probatorio de oficio no lo hace para favorecer a alguna de las partes, sino para "autofavorecerse", sí cabe la expresión, a efectos de tener mayores elementos de juicio que le creen la convicción que necesita para dictar una sentencia que resuelva el conflicto de la manera más justa posible.

El hecho que el Juez actúe medios probatorios, permite que la prueba cumpla su función, puesta tiene por finalidad lograr la convicción - certeza - en el Juez respecto de los hechos controvertidos y no resultaría lógico sostener que la actividad probatoria es exclusiva de las partes prohibiendo al Juez practicar por iniciativa propia el medio probatorio que considere necesario para alcanzar convicción.

El Juez cuando lleva a cabo su iniciativa probatoria no efectúa una actividad inquisitoria, él no investiga los hechos no alegados por las partes,

pues esto lo haría perder su imparcialidad, él solo verifica, comprueba los hechos alegados por las partes.

Ahora, si bien el Juez puede actuar medios probatorios, esta facultad no es ilimitada, pues de serlo es muy probable que se cause perjuicio a las partes y que el Juez se parcialice, que es precisamente lo que se quiere evitar, por ello existen límites a la actividad probatoria del Juez, siendo los principales, a nuestro criterio, (i) solo procede para complementar la actividad probatoria de las partes y no para reemplazarla, (ii) los medios probatorios actuados deben limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, el Juez no puede probar hechos no alegados por las partes, (iii) solo se pueden ofrecer medios probatorios respecto de fuentes de prueba que consten en el proceso, (iv) Se deben respetar los principios de contradicción y defensa que todo litigante tiene en la ejecución de la prueba

GP: Creo que está bien que los jueces tengan la facultad de incorporar al proceso medios probatorios y, creo que esa idea de pensar que todo lo que ocurre en el proceso tiene que ser hecho por las partes, supone una sobrevaloración del principio dispositivo que desnaturaliza la concepción pública del proceso y de la función que en el proceso se ejerce y, en atención a ello, el juez tiene que tener ciertas atribuciones, que, de ninguna manera, se contradicen con la concepción del principio dispositivo como motor del proceso.

Los jueces tienen la posibilidad de sancionar a las partes, también tienen la facultad de declarar la nulidad de oficio de determinadas actuaciones ante vicios insubsanables (por ejemplo, por afectación a derechos fundamentales de las partes), tienen incluso el deber de impulsar el proceso, pues no se puede pensar que los procesos estén descansando hasta que las partes decidan impulsarlo.

Entonces, dentro de la concepción misma de función jurisdiccional, e incluso dentro de la concepción misma del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, está el reconocimiento en el juez de ciertas atribuciones en aras de

la realización de los derechos del proceso y, una de esas atribuciones es, que duda cabe, la posibilidad que tiene el juez de incorporar medios probatorios en el proceso, que, por lo demás, no es una facultad ilimitada o arbitraria, pues tiene ciertos límites impuestos precisamente para que en ejercicio de esta facultad los jueces no violen los derechos fundamentales de las partes.

Por lo tanto, creo que esa facultad que tienen los jueces no solo es perfectamente coherente con un proceso pensado como un sistema de garantías constitucionales de las partes, sino que permite la realización de estas garantías procesales.

3. **¿Considera apropiado que el CPC solo faculte y no obligue a los jueces a actuar pruebas de oficio cuando los medios probatorios que se hayan actuado no sean suficientes para obtener un alto grado de certeza que le permita resolver el conflicto?**

LA: Como hemos señalado en las respuestas anteriores, el ofrecer medios de prueba en un proceso es una carga de las partes, ellas son quienes deben aportar el material probatorio necesario para crear certeza en el Juez.

Si el Juez interviene en la actividad probatoria, es porque luego de valorar los medios de prueba ofrecidos por las partes, existe uno o varios hechos sobre los que no tienen convicción aún y a fin de dictar una sentencia justa decide actuar una prueba de oficio; pero esta actividad no puede entenderse como una obligación del Juez, pues sobre él no recae la carga de probar, sino en las partes.

Además de considerar que el Juez está obligado a actuar pruebas de oficio, este actuaría como un parte más y se generarían innumerables solicitudes de nulidad, pues existirán muchos casos en los cuales las partes considerarán que el Juez debió ofrecer una prueba de oficio y no hizo. No se puede obligar al Juez a actuar pruebas de oficio, pues su procedencia depende del análisis que hace el Juez de un caso concreto y ese análisis suele ser subjetivo.

GP: Sí, yo creo que esta tiene que ser una potestad de los jueces y no una obligación, porque está en el ámbito del mundo de sus atribuciones, en el ejercicio de la función jurisdiccional, y es el juez el único que está en capacidad de decidir si en el caso concreto debe ejercer esa atribución o no. La ley no puede establecer estas obligaciones, pues ello supondría que hay alguien que tendría que revisarlas para ver si se ha cumplido o no esta obligación, y eso podría suponer una afectación a la independencia de los jueces.

4. **En su opinión ¿Es recomendable implementar un sistema por el cual los jueces admitan medios probatorios ilícitos en aras de resolver el conflicto a cambio de la imposición de una multa?**

LA: El ordenamiento procesal obedece a los principios que inspiran el Derecho, es por ello que un medio de prueba es considerado como ilícito cuando en su obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal. Por lo que todo medio de prueba únicamente será valorado solo si se ha obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo. Es por ello que resulta totalmente en contra de nuestro ordenamiento jurídico pensar en la admisión de probatorios ilícitos para poder resolver conflictos.

El aceptar medios de prueba ilícitos a cambio de una multa, no solo va en contra de nuestro ordenamiento jurídico, sino que además esto implicaría legitimar y patrocinar conductas antijurídicas.

En relación a la prueba ilícita gravitan dos intereses: el de Estado de conocer la verdad, y el interés del respeto de los derechos fundamentales, los que colocados en contraposición obligan a preferir el segundo sobre el primero, pues la naturaleza de los derechos fundamentales obliga a negar eficacia o legitimidad a cualquier acto o decisión que los vulnere.

GP: Esa es una pregunta un poco más complicada.

Ya he señalado que la prueba supone el ejercicio de un derecho fundamental de las partes en el proceso, y que está en línea con poder determinar la verdad de los hechos que las partes están afirmando en el proceso. De modo que cualquier regla que restrinja la posibilidad de las partes de incorporar al proceso medios probatorios, supone una restricción a este derecho fundamental y, a la vez, una barrera para poder llegar a esta verdad.

Pero como sabemos también, ningún derecho fundamental es absoluto y admite ciertas restricciones. Entonces, habrá algunos casos en los que por el modo en cómo ha sido obtenida la prueba, el juez puede considerar que determinado medio probatorio no sea admitido al proceso en aras de la protección de otro derecho fundamental. Pero, lo trascendente es que ese es un test de ponderación que debe ser hecho por el juez en el proceso, analizando caso a caso.

No puede haber, a mi juicio, una regla que, a priori, determine la invalidez de todo medio probatorio que haya sido obtenido violando derechos fundamentales. Entonces, en función del test de ponderación, en algunos casos el juez puede determinar que ciertos medios probatorios, a pesar de haber sido obtenido violando ciertos derechos fundamentales, tengan valor en el proceso, o, de lo contrario, haciendo el mismo test de ponderación, el juez podrá establecer que algunos medios probatorios obtenidos violando ciertos derechos fundamentales no tengan valor probatorio.

En ambos casos, podrá el juez además disponer las sanciones que correspondan si ello supone una inconducta procesal, que seguramente será así; pero yo no postulo un sistema donde a priori de manera general el legislador sea el que establezca la solución, sino que el juez deberá establecerla en el caso concreto.

5. Respecto al momento en que deben ser ofrecidos los medios probatorios ¿Considera adecuado que se haya impuesto,

como regla, que los mismos sean presentados solo en la etapa postulatoria y no en una etapa posterior dado que se podría llegar a “sorprender” a la otra parte?

LA: El principio de buena fe procesal es una forma de incorporar al proceso un contenido moral y ético. La buena fe en general y la buena fe procesal en particular constituye un concepto jurídico indeterminado, pues no es posible realizar un listado de cada uno de los actos que –de acuerdo al legislador– van contra la buena fe procesal.

Como enseña el profesor Enrique Vescovi, “desde que dejó de concebirse el proceso como un duelo privado en el cual el juez era solo el árbitro y las partes podían utilizar todas las artimañas, argucias y armas contra el adversario para confundirlo y se proclamó la finalidad pública del proceso civil, comienza a reclamarse de los litigantes una conducta adecuada a ese fin y a atribuir al juzgador mayores facultades para imponer el *fair play*”¹

En hecho que nuestra norma procesal establezca que las partes deban presentar todos los medios de prueba que sustenten sus argumentos en los actos postulatorios, implica un respecto al principio de buena fe procesal, pues se busca que las partes presenten desde el inicio no solo sus argumentos, sino también los medios de prueba con los que cuentan para acreditarlos, a fin de evitar sorprender a la contraparte con medios de prueba que se presenta a último momento y no permitir al contrario ejercer en forma correcta su derecho de defensa.

La obligación de presentar todos los medios de prueba en la etapa postulatoria, tienen relación con el denominado “Principio de Igualdad de Armas” según el cual las partes deben tener las mismas posibilidades, derechos y garantías, para actuar en el proceso; esto implica en materia probatoria que las partes deben poder ejercer su derecho a la prueba en igualdad de

1. Vescovi, Enrique. *Teoría del Proceso*. Editorial Temis Bogotá, 1984, p. 64.

condiciones; el permitir que se puedan presentar medios en cualquier etapa del proceso, rompe la igualdad que debe existir en el proceso y de vulnera el principio en referencia.

En tal sentido, consideramos adecuada la regla impuesta por nuestro Código Procesal Civil, respecto del ofrecimiento de los medios de prueba, ya que el mismo se rige por el Principio de Preclusión en Materia Probatoria, según el cual todos los medios de prueba deben presentarse con la demanda o la contestación, de este modo se impide que se sorprenda al adversario con medio de prueba de último momento que no pueda controvertir. La única posibilidad de ofrecer medios probatorios fuera de los actos postulatorios está referida a la Teoría de los Hechos Nuevos, que nuestro Código Procesal Civil denomina medios probatorios extemporáneos.

GP: Nuevamente, el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto, tiene ciertos límites que debemos estudiarlos adecuadamente para verificar si realmente suponen una restricción ilegítima al derecho fundamental. Hablamos del principio de preclusión en la actividad probatoria; entonces, en la medida en que las partes tengan claridad de cuál es el momento para ofrecer la prueba (y lo tienen), en la medida en que esto permita defenderse adecuadamente a la contraparte (y lo permite) y, lo más importante, en la medida en que exista la posibilidad de ofrecer un medio probatorio sobre un hecho nuevo, me parece que el sistema de preclusión no es inconstitucional.

Si, como ocurría en el Código Procesal Civil peruano antes de su última modificación respecto del proceso sumarísimo, se regula un sistema de preclusiones probatorias y no se permite el ofrecimiento de un medio probatorio sobre hecho nuevo, ese sistema sí es inconstitucional. Pero si existe esta posibilidad, no veo cómo pueda sostenerse que este sistema pueda ser considerado inconstitucional.

Ahora, es importante que tengamos en cuenta otro aspecto: el CPC ha sido modificado varias veces y, a mi juicio, estas modificaciones han generado que se haya perdido el espíritu inicial

del mismo en varias instituciones. Recordemos que en la versión original del Código respecto al proceso por audiencias, existía una llamada "Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento Probatorio": el juez en audiencia con las partes, todos reunidos, hacía una revisión de qué medios probatorios se admitían o no en el proceso, luego de la adecuada fijación de los puntos controvertidos.

Entonces, en ese esquema yo no vería inconveniente para que allí, en función de los puntos controvertidos que ya han sido fijados, las partes puedan eventualmente tener la posibilidad de incorporar un nuevo medio probatorio, siempre que justifiquen adecuadamente por qué no pudieron incorporarlo antes y cómo se relaciona con el punto controvertido fijado en el proceso.

Entonces, en un sistema de audiencias, si hubiéramos respetado ese esquema original del CPC, quizá esta reapertura de la posibilidad de ofrecimiento, de modo excepcional para evitar los abusos, pudiera haber sido conveniente. Pero ahora que ya se ha desnaturalizado todo el proceso como fue concebido originalmente (ya casi todo es por escrito), entonces el sistema, insisto, no me parece que sea inconstitucional.

6. ¿Cree que el artículo 690 del Código Procesal Civil, al limitar los medios probatorios que pueden ser ofrecidos en un Proceso Único de Ejecución a una declaración de parte, un documento, una pericia, constituye una afectación al derecho a probar?

LA: Considero el artículo 690-D del Código Procesal Civil, no constituye una limitación al Derecho a Probar, pues debe entenderse que la misma se encuentra contenida dentro de la regulación de un proceso de ejecución, cuya naturaleza es diferente a la de un proceso de conocimiento.

En un proceso de ejecución, ya se sabe quién tiene el derecho y la actividad procesal está destinada a hacer efectivo ese derecho, el mismo que se encuentra contenido en un título ejecutivo. En estricto dentro de un proceso de ejecución no debe existir fase de conocimiento

alguna, limitándose el demandado (ejecutado) a acreditar el cumplimiento de la obligación demandada o la extinción de la misma, si desea impedir la ejecución.

El Proceso Único de Ejecución regulado en nuestro Código Procesal Civil, no es un proceso de ejecución puro, pues el mismo contiene la denominada "contradicción", llamada en doctrina "oposición", la cual es un incidente de que se inserta dentro de la ejecución, a fin de darle al ejecutado, el cual no ha sido escuchado por el Juez para dictar el mandato ejecutivo, la oportunidad que se pueda defender, con lo cual se crea dentro de la ejecución un incidente de cognición sumaria - obviamente limitada a las causales de contradicción que permite la ley procesal -, pero cognición al fin; por ello se entiende y justifica que el legislador limite la actividad probatoria dentro de este incidente, a algunos medios probatorios que considera son los más idóneos para acreditar los supuestos de contradicción regulados; pero esto - a mi criterio - no significa una limitación al derecho a probar, sino que se justifica por la naturaleza del proceso de ejecución.

GP: En términos generales, no, pero sí podría constituir una violación al derecho fundamental a probar. Si atendemos cuál es la finalidad de los medios probatorios y ratificamos la idea de que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, cualquier regla que restrinja la posibilidad de ofrecer medios probatorios (y en el CPC hay varias, no solo en el proceso de ejecución: la norma que restringe el número de testigos, la norma que señala que determinadas personas no pueden ser testigos en un proceso y que

prohíbe la declaración testimonial de algunas otras), podrían, potencialmente, en el caso concreto, violar el derecho fundamental a probar.

Considero que no debería haber estas restricciones, sino que el juez, en el caso concreto, debe determinar la pertinencia o no de un medio probatorio: si alguno está siendo o no ofrecido abusivamente o si, eventualmente, la restricción para el ofrecimiento de un medio probatorio supone la violación del derecho fundamental a la prueba. Entonces, dado que esta es una restricción en el proceso de ejecución pensado por lo que normalmente se discute en este tipo de proceso, a priori parecería que la restricción no es inconstitucional.

Sin embargo, no niego la posibilidad de que, en algún caso, el ofrecimiento de alguno de los medios probatorios que el CPC prohíbe se ofrezca en un proceso de ejecución pueda ser determinante, pertinente o necesario y, en ese caso, el juez tiene la facultad de inaplicar la norma por ser contraria a la Constitución.

Entonces, si regulamos esta restricción pero partimos de admitir la posibilidad que tienen los jueces de inaplicar las normas si consideran que estas violan la Constitución, y podría en algún caso específico violarse el derecho a la prueba, entonces el sistema constitucional está funcionando bien: la norma establece una prohibición genérica que así, a priori, parecería no ser inconstitucional en atención a lo que se discute en un proceso de ejecución, pero, si hay algún caso específico en el que el juez podría considerar que esta restricción se produce, entonces en el caso concreto el juez deberá inaplicar la norma.