

# INCONVENIENTES DE LA INTRODUCCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL PERUANO

RAÚL CANELO\*

Universidad de Lima, Lima, Perú  
rcanelo@ulima.edu.pe

EDGAR CASTILLO\*\*

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú  
edgar.cast95@gmail.com

Recibido: 20/11/2020 Aprobado: 27/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4975>

**RESUMEN.** En este trabajo, los autores toman posición en la discusión de cuál es la finalidad del proceso, para luego hacer un estudio y algunas precisiones conceptuales acerca de la carga de la prueba en el proceso. A continuación, se encargan de analizar la inversión de la carga de la prueba y la carga probatoria dinámica, planteando algunas críticas a la institución y a la propuesta del artículo 196 del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil.

**PALABRAS CLAVE:** fin del proceso / carga de la prueba / inversión de la carga de la prueba / imparcialidad / igualdad de las partes / carga probatoria dinámica

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, y con estudios de doctorado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue miembro de la Comisión Revisora del Código Civil vigente y ha publicado diversas obras y artículos de su especialidad.

\*\* Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de los cursos de Derecho Civil I, Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil I en la misma casa de estudios. Miembro honorario del Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez" de esta universidad.

## DISADVANTAGES OF INTRODUCING THE DYNAMIC BURDEN OF PROOF IN THE PERUVIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

**ABSTRACT.** In this paper, the authors discuss the purpose of the process, and study and explain some concepts on the burden of proof in the process. Then, they analyze the reversal of the burden of proof and dynamic burden of proof by raising some criticisms regarding the institution and Article 196 of the Draft Reform of the Code of Civil Procedure.

**KEYWORDS:** end of process / burden of proof / reversal of the burden of proof  
/ fairness / equality of parties / dynamic burden of proof

## A MODO DE INTRODUCCIÓN. PODERES PROBATORIOS Y FUNCIÓN DEL JUEZ, RELACIÓN CON LA SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

Los temas que se abordarán en este trabajo corresponden a un tema mayor: *los poderes probatorios del juez*. En efecto, se debe partir de que precisamente la carga dinámica probatoria es una institución que deriva su funcionalidad de la potestad del juez y del rol que este asume dentro del proceso; es decir, tiene como centro a la figura del juez. Pero también guarda íntima relación con el discurso que se viene desarrollando desde el siglo xx sobre el fenómeno de la socialización del proceso y la constitucionalización de las garantías procesales (Picó i Junoy, 2012)<sup>1</sup>. Con ese discurso se persigue que el juez abandone su antigua posición pasiva y adopte una ampliamente activa, que le irroga ciertas iniciativas *necesarias* para que pueda ejercer su función de resolver los conflictos de una manera más eficaz (y eficiente). Se ponen de manifiesto, entonces, dos posiciones antagónicas: una que propone la participación del juez (poderes del juez), cuyo fin es buscar la máxima eficacia de la tutela judicial (Picó i Junoy, 2012, pp. 12-14) y la verdad de los hechos; y la otra que es dispositivista, según la cual solo las partes deben encargarse de ofrecer al juez los medios idóneos (pruebas) para que este resuelva el conflicto (ellas son las protagonistas del debate procesal)<sup>2</sup>.

De esto, podríamos decir que la primera de las posiciones se identifica con la función *social* del juez, mientras que la segunda se inclina por asumir una función *privada* de este, en donde serán las partes las únicas que puedan, de algún modo, llevar adelante el proceso a través del debate probatorio (Ramírez Carvajal, 2008). Una y otra opción tienen aspectos positivos y negativos. Será necesario explicar cuál es la posición que se asumirá en este trabajo a efectos de que el lector comprenda a cabalidad la finalidad que nos proponemos.

La postura que aquí se asume es la segunda. No se cree que, al menos en sede nacional, el juez ejerza de manera equilibrada las facultades y poderes que se le brinda. Por el contrario, se favorece que el juez tenga amplios poderes, casi sin límites, lo que posibilita su uso indiscriminado en favor de ciertos intereses que se asimilan, en la

---

1 El autor hace un análisis del *reparto* de funciones del juez y de las partes, esto de cara a una discusión que ofrece el debate del garantismo y la eficacia del proceso en los tiempos modernos con motivo del fenómeno de la socialización del proceso y la constitucionalización de las garantías procesales, y se propone ofrecer una postura intermedia. En otro trabajo, Taruffo (2006) se refiere al juez autoritario y al juez liberal para analizar la capacidad probatoria que se deposita en el juez, pero indica que estos términos son inadecuados y podrían estar sujetos a malinterpretaciones. Entiende que más correcto es hacer una relación entre los poderes de juez y el sistema político.

2 El debate sobre estos temas ha sido descrito resumidamente por Juan Montero Aroca en la introducción a la edición peruana del libro *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul*, que recoge interesantes trabajos en torno al tema y que ha sido publicado en Lima, bajo la coordinación del mismo Montero Aroca, por la Editorial San Marcos, en su segunda edición del 2009. También véase Sandoval Cumbe (2018, p. 61).

mayoría de los casos, en quien ostenta el poder político, económico y social. La cruda realidad por la que atraviesa el sistema de justicia latinoamericano es el mejor ejemplo de que no se puede confiar al juez potestades que pueda usar a su sola discreción.

En línea con lo señalado, se debe tener presente que, en materia probatoria, existen *grosso modo* dos sistemas de prueba o modelos procesales: el inquisitivo y el dispositivo (Devis Echandía, 2002, pp. 72 y ss.). Según el primero, el juez debe tener poder para ordenar la producción de pruebas (juez investigador), mientras que, en el segundo, solo las partes deben realizar actividad probatoria (juez árbitro)<sup>3</sup>. Es importante tener en cuenta esto, pues en lo que siga de este trabajo se harán referencias indistintas a los sistemas procesales y a los sistemas de prueba mencionados.

Ahora bien, desde la posición aquí asumida, para la actividad que se realiza a la prueba, el hecho de que el juez tenga amplios *poderes probatorios*<sup>4</sup> arriesga su imparcialidad, pudiendo dejar que su decisión se incline por alguna de las partes; asimismo, pone en peligro la función primordial que asumen estas dentro de la actividad probatoria, que es precisamente la de aportar los medios necesarios para que el juez se forme un convencimiento que le permita emitir un fallo de acuerdo con los hechos expuestos y probados, y la ley, con la consecuente resolución de la controversia (conflicto intersubjetivo)<sup>5</sup>.

Si le damos una ojeada a nuestro ordenamiento, tal vez una buena respuesta al otorgamiento indiscriminado de facultades al juez se justifique y descansa en lo afirmado por el profesor Juan Monroy Gálvez (1996). Para él, el proceso, desde una perspectiva publicista, había adquirido una *trascendencia social*, debido a que con este —lejos ya de ser un instrumento por el que las partes dirimen sus conflictos— se lograba que el derecho objetivo se tornara más eficaz y respetado, y de ese modo se alcanzaba la paz social (pp. 70-71).

Sin embargo, esta posición ha sido objeto de cuestionamiento. La profesora Eugenia Ariano Deho (2003) señala al respecto que no puede sostenerse que las partes asistan

---

3 Devis Echandía (2002) refiere que, por un lado, el sistema dispositivo descansa en dos aspectos: uno es que el proceso se inicia con una demanda, lo cual le obliga al juez a atenerse a lo solicitado en ella, y segundo, que deja el *combate judicial* en manos de las partes, quienes son las únicas encargadas de proporcionar material probatorio (p. 72). Por otro lado, en el sistema inquisitivo, lo fundamental es la "facultad oficiosa probatoria para la investigación de los hechos por iniciativa del juez" (p. 73).

4 En doctrina se hace referencia a "la iniciativa probatoria del juez" para abarcar todas las situaciones que hacen partícipe al juez en la actividad probatoria que se desenvuelve en el proceso.

5 Esta proposición es consecuente con la idea instrumental del proceso, según la cual la única finalidad del proceso es resolver conflictos, y son las partes las protagonistas del *iter* procesal. Sobre el tema puede verse el trabajo de Hunter Ampuero (2011b). Se parte de dos aristas que justifican esta posición: la imparcialidad que debe mantener el juez dentro del proceso y la naturaleza eminentemente privada del proceso civil.

al proceso a cumplir un *fin social*<sup>6</sup>. Acuden precisamente en la idea de que el proceso es un instrumento para resolver su conflicto. El proceso, así, es un instrumento al servicio de intereses privados, pues son los privados quienes tienen en el proceso una garantía de protección de los derechos e intereses que el ordenamiento les reconoce (pp. 5-6).

En esta línea, la función del juez ya no es más ser una *parte* que puede intervenir a su antojo en el proceso, sino que se debe reducir su actividad probatoria de tal forma que sean los privados los que se desenvuelvan en el proceso. Siendo más precisos, en nuestra realidad jurídica no puede decirse ni afirmarse —ni siquiera teóricamente— que el juez debe ejercer indiscriminadamente alguna iniciativa probatoria, excusándose en lograr la eficacia o respeto del derecho positivo, o la búsqueda de la verdad, que serían los fines del proceso desde la postura inquisitiva (publicista). Para hacer más grave la situación y desprestigiar ese fin, son los jueces los primeros en vulnerarlo. Esto merece que se repiense la función que el juez deba asumir en el proceso y más aún en la actividad probatoria, cuyo resultado es precisamente la base sobre la cual se sostienen, finalmente, las decisiones judiciales.

En lo que sigue de este artículo, se hará un análisis de los referidos *poderes probatorios*, específicamente en la institución de la carga probatoria dinámica. El enfoque que se le dará tiene su punto de partida en las ideas que ya se expresaron. Se pretende exponer un crítico análisis normativo y doctrinario en torno al tema de estudio, y a partir de ahí exponer algunas críticas y conclusiones que no harán más que reflejar el pensamiento de una corriente que se ha denominado *garantista*, la misma que propugna actualmente un proceso entendido como una garantía de la forma en que se tutelan las situaciones jurídicas de los particulares y una garantía de cómo la jurisdicción aplica el derecho objetivo.

## LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA, ALGUNAS PRECISIONES Y PREOCUPACIONES

### Algunos conceptos previos: la carga de la prueba<sup>7</sup> y las desigualdades de las partes

En otro trabajo, se ha expuesto que la carga de la prueba constituye una facultad de las partes para realizar un acto procesal probatorio, sustentado en la autonomía de los privados, y que se diferencia sustancialmente de la obligación procesal (Canelo Rabanal, 2017, pp. 219-221). Algunos como Couture (1958) afirman que, en términos procesales, la

6 El debate sobre estos temas ha sido descrito resumidamente por Montero Aroca (2009, pp. 130-166).

7 Si quiere revisarse un estudio generoso del tema, puede verse Micheli (1989). Aquí el autor plantea que la carga de la prueba es un poder, dejado por la norma a la voluntad del sujeto, para quien decide o no la realización de un acto para obtener el beneficio que la ley prescribe o soportar la desventaja económica que le supone su inactividad.

carga de la prueba se entiende como una “conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos” (p. 241)<sup>8</sup>.

Micheli (1989) señalaba que la carga de la prueba es un poder que la norma deja a la libertad de los interesados para que realicen o no determinado acto, según el análisis que hagan de la ventaja o desventaja que su ejercicio les proporcione. En materia procesal, y especialmente en temas probatorios, eso implica una fuerte influencia psicológica en la conducta de las partes, debido a que una de sus reglas establece que quien prueba su afirmación, al menos mediatamente, podía conseguir que su pretensión fuera amparada. Esto significa que la parte que quiera ver su pedido satisfecho deberá ser diligente en la carga de aportar pruebas.

Rodríguez Domínguez (2003, p. 84) señala que la carga de la prueba es un *deber*<sup>9</sup> de realizar ciertos actos procesales con la finalidad de obtener beneficios o evitar perjuicios que dichos actos pueden generar. Otros hacen referencia a que contiene dos aspectos: la carga de la producción y la carga de la persuasión (Luna Yerga, 2003), aunque también se puede hablar de las nociones subjetiva, objetiva, concreta y abstracta que reúne el concepto (Devis Echandía, 2002). La carga de la prueba, además, está conformada por los siguientes caracteres (Luna Yerga, 2003, p. 5):

1. Su ejercicio es facultativo.
2. Tiene carácter instrumental.
3. Tutela un interés jurídico propio.
4. Su incumplimiento no comporta sanción, sino solo la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable.

Nuestro ordenamiento reconoce textualmente a la carga de la prueba en el artículo 196, el cual dispone que quien afirma un hecho en su pretensión debe probarlo, y que a quien plantea una contradicción alegando otros nuevos le corresponde la misma carga. El texto normativo indica que esto es así, salvo disposición legal distinta.

---

8 Más adelante, refiere que la carga de la prueba supone un “imperativo del propio interés de cada litigante” (Couture, 1958, p. 242). No se comparte esta opinión, primero, porque ya se ha dicho que el sustento de la carga probatoria es la autonomía privada, y con base en esta es facultativo que las partes puedan o no presentar medios probatorios; y, segundo, porque en reiteradas ocasiones se ha fundamentado que la verdad como finalidad del proceso ha sido superada. Hoy impera la idea de que se prueba para convencer al juez en uno u otro sentido, y que de esta forma ponga fin a la controversia.

9 No parece adecuado hablar de la carga de la prueba como un *deber*, debido a que la naturaleza de este exige que, en caso de incumplirse, haya una sanción, lo cual no sucede con la carga de la prueba. A lo más, se puede de hablar de un beneficio, usualmente patrimonial, que se ha dejado de obtener por la inactividad del sujeto investido de la carga.

De los conceptos reseñados, se puede decir que siempre habrá un *comportamiento* de carácter procesal que las partes asumen respecto de aportar la prueba. La opción que estas tienen determina la naturaleza *facultativa* de dicha carga. Asimismo, este comportamiento debe estar encaminado a *la aportación de pruebas o no* al proceso, con el consecuente beneficio o perjuicio que su actitud genere<sup>10</sup>.

La carga de la prueba, en ese sentido, se instituye como una situación jurídica que le permite a un sujeto obtener un beneficio realizando determinado acto u obteniendo su perjuicio si no lo realiza. Pero esta institución va más allá, puede verse como un principio y como una regla.

Es por todos sabido, al menos desde la teoría constitucional, que los principios son mandatos de optimización<sup>11</sup>, cuya función es triple: informadora, dirigida al legislador creador de leyes; integradora, para suplir los vacíos o lagunas que pueda tener el ordenamiento jurídico; y una función interpretadora, que sirve como una guía para el operador jurídico al momento de buscar el sentido de la norma y aplicarla.

Este es del denominado *principio de la carga de la prueba*. Sin embargo, el alcance de esta institución es mucho mayor. Actúa también como una regla dentro del proceso, primero, para determinar qué sujeto de la relación jurídica procesal debe aportar los medios de prueba; y, segundo, como una verdadera regla de juicio, pues posibilita al juez resolver la controversia con base en si la parte correspondiente acreditó o no sus afirmaciones con material probatorio, evitando así la posibilidad de que el juez pronuncie el ya desaparecido *non liquet*<sup>12</sup>. Esto se corresponde, además, con el principio dispositivo (Sandoval Cumbe, 2018), determinando una participación granular y activa de las partes en el proceso, fijando el objeto de la controversia y aportando los medios de prueba que les sirvan a sus intereses.

Ahora bien, nadie puede negarle la importancia a la aportación de pruebas ni mucho menos al efecto positivo o negativo que pueden generar en el resultado del proceso. Su relación con la carga de la prueba es sumamente relevante, tanto es así que deben analizarse las conductas de las partes a fin de determinar si su actuación procesal es conforme con favorecer un buen resultado del proceso, o es contraria a su desarrollo y conclusión.

---

10 Otra opinión sobre el tema es la de Arruiz (2016). En este trabajo, se hace referencia a la carga de la prueba en dos sentidos: una en el de a quién le corresponde la carga de la producción de la prueba, y la otra de a quién le corresponde la carga del convencimiento.

11 Véase, en ese sentido, Alexy (1993).

12 La importancia aquí denotada de manera tan resumida excusa de la crítica que algunos autores hacen de la carga de la prueba, señalándola como una *reliquia que debiera abolirse* (Nieva-Fenoll, 2018). Se notará, en el desarrollo del presente trabajo, que sigue siendo una institución con total validez.

En ese análisis, la carga probatoria bien puede ofrecer distintas posibilidades de actuación de las partes. En un primer plano, se puede decir que, en circunstancias normales (*el momento fisiológico* de la producción de la prueba), el material probatorio es aportado por las partes sin problemas mayores; es decir, se cumple con la norma —prueba quien afirma un hecho o quien lo contradice alegando otros nuevos—, lo cual provoca un normal desenvolvimiento del proceso bajo el amparo del derecho de contradicción. En un segundo plano, que podría llamarse *el momento patológico de la actuación probatoria*, existe una deficiencia de los medios probatorios, causada porque la parte que posee el medio no la aporta por ser contraria a sus intereses (lo cual es naturalmente lógico), o porque de alguna forma la parte que alega un hecho no tiene posibilidades económicas o sociales para aportar tal prueba.

Esta última circunstancia nos permite abrir el tema de las desigualdades procesales entre las partes, es decir, aquellas situaciones que impiden a una parte *débil* proporcionar las pruebas que sustenten sus pretensiones o desempeñarse *adecuadamente* durante el proceso. Conviene aclarar que estas desigualdades pueden ser de carácter sustantivo, económico e incluso técnico (Hunter Ampuero, 2011a). Ha sido necesaria su alusión, pues los temas que se abordan a continuación, específicamente la *justificación* de la prueba dinámica, tienen como sustento el ya difundido rol del juez como equilibrador de diferencias y buscador de la verdad. En la medida en que se avance, se irá definiendo cada diferencia y de alguna forma rebatiendo el rol que se le ha encomendado tan fervorosamente al juez. Como ya se ha dicho, no se cree posible que el juez esté libre de defectos y pueda asumir su imparcialidad de manera eficaz. Ello conduce a que otorgarle ciertos poderes sea realmente peligroso, no solo para los fines que se proponen las partes, sino también para el fin del proceso mismo.

### **La inversión de la carga de la prueba como institución base de la carga probatoria dinámica. Delimitaciones conceptuales**

Antes de analizar con propiedad la denominada *carga probatoria dinámica*, es conveniente referirnos primero a una institución más general, a nuestro entender: la inversión de la carga de la prueba. Si se habla de esta posibilidad, es coherente señalar que partimos de que existe una carga de la prueba *estática*, la cual es determinada por la regla general contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC), que ordena probar a quien alega un hecho o lo contradice, afirmando otro.

Esta regla puede complementarse con la inversión de la carga de la prueba que realiza el legislador en casos puntuales, en los que se ha realizado una ponderación de bienes jurídicos o intereses legítimos y se ha querido hacer prevalecer unos frente a otros. Así, por ejemplo, en los casos de responsabilidad civil médica, se atribuye la carga de probar el obrar con diligencia al médico o centro médico al que se le imputa la responsabilidad, cuando se trata de culpa leve (artículo 1329, concord. 1320).



También podemos hallar esta situación en el Código de Protección al Consumidor, cuando se señala en el artículo 4 la responsabilidad del proveedor de probar que ha informado al consumidor el íntegro del precio de manera previa al consumo; o en el artículo 8, donde se establece la misma responsabilidad en la comunicación previa de si cuenta con provisión de repuestos, partes y accesorios, y sus limitaciones. Igualmente, se puede apreciar ello en el artículo 14.4, al referirse a la carga de la prueba sobre la idoneidad del servicio y la información proporcionada.

En el CPC se puede encontrar expresamente, en el artículo 279, que el legislador invierte la carga de la prueba en favor de quien acredita un hecho base de una presunción relativa. Así, por ejemplo, la presunción de que el poseedor que acredita la posesión en dos momentos determinados de tiempo ha poseído también en el tiempo del intervalo. En ese caso, la presunción favorece al poseedor y bastará con que acredite la circunstancia base de la presunción para que la carga de la prueba se invierta en su favor.

Aquí, pues, se muestra una relación muy cercana con las presunciones legales, puesto que se parte de que el responsable del daño (responsabilidad civil médica o de cualquier oficio —*lex artis*—) no obra con diligencia, a menos que pruebe lo contrario. Igual situación se presenta en los casos de responsabilidad civil objetiva, en donde el agente desarrolla una actividad de riesgo que puede causar daño. Si tal actividad llegara a causarlo, el agente que realiza la actividad debe reparar ese daño. Queda claro que, en este caso, son presunciones relativas que, al no haber medios de prueba que acrediten el hecho de manera contraria a la presunción, se aplican para la determinación de hechos y aplicación de las consecuencias jurídicas.

Nótese que en todos estos casos estamos hablando de que la atribución de aportar medios probatorios ya está prefijada por la ley, lo cual no es más que la inversión de la clásica regla del *onus probandi* hecha también *a priori*; es decir, ha quedado establecido así en la ley de manera previa incluso a la producción del conflicto que lleva a las partes al proceso.

La coincidencia entre la regla clásica de la carga de la prueba y la inversión de la carga de la prueba antes mencionada es que ambas son realizadas por el legislador y son *a priori*. El proceso, en ese sentido, sigue manteniendo su esencia de ser una garantía de la forma en que serán tuteladas las situaciones jurídicas de los particulares y una garantía de aplicación del derecho objetivo por parte de la jurisdicción.

Estas reglas difieren, sin embargo, de lo que se ha denominado *carga probatoria dinámica*, la cual entra en el concepto de inversión de la carga de la prueba, pero que ya no es realizada por el legislador, sino de manera oficiosa por el juez y *a posteriori*. Esto, incluso estando bien regulado, supone algunos riesgos para principios base del proceso civil, como son la imparcialidad y la igualdad de las partes. En el siguiente acápite se realiza un estudio al respecto.

### ¿Qué es la carga probatoria dinámica?

La definición del concepto debe practicarse desde la noción de carga de la prueba *estática* (Díaz-Restrepo, 2016). Si de acuerdo con esta le corresponde acreditar a la parte que plantea afirmaciones (demandante) o a la que las niega planteando nuevas (demandado), la carga probatoria dinámica supone que quien deberá acreditar los hechos ya no es aquella parte que los afirma, sino la que está en mejores condiciones para hacerlo. Esas condiciones bien pueden ser sustantivas, económicas o técnicas (Hunter Ampuero, 2011a, pp. 59-60). Debe tenerse en cuenta que la noción de las cargas probatorias dinámicas tiene como presupuesto necesario que, primero, se siga la doctrina o modelo procesal que propugna un juez activo y, segundo, que la finalidad de la prueba sea la búsqueda de la verdad.

Su origen le ha sido atribuido a Jeremías Bentham, quien en el año 1823 denunció ciertos abusos en las dilaciones de los procesos causados por la obligación de probar solo en quien demanda. El autor afirmaba que debía abandonarse el antiguo aforismo según el cual debe probar quien afirma los hechos y debía establecerse la obligación de aportar medios probatorios en cabeza del litigante que tenga menos inconvenientes para presentarlos (Bentham, 1847).

Se ha definido a esta teoría como una regla para el juez, que le permite determinar según su criterio y circunstancias, aplicando el principio de socialización del proceso (artículo VI del Título Preliminar del CPC), el cual sostiene que el juez debe equiparar las diferencias entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica. Así, se exige que las partes tengan el mismo trato dentro del proceso para que se encuentren en una misma situación material y con ello no afecten el proceso equilibrando el mismo. Sobre esta base, el juez debe determinar quién tiene que probar bajo determinadas circunstancias.

En nuestro país, en la legislación procesal civil no ha habido hasta ahora regulación expresa que admita la carga probatoria dinámica. A la fecha solo existe un proyecto de reforma que pretende insertar en el artículo 196 su regulación expresa, la cual se comentará más adelante. Sin embargo, esta teoría ha tenido alguna acogida en la práctica jurisdiccional. Por citar un ejemplo, la Corte Suprema se ha manifestado en algunas ocasiones, una de las cuales ha servido para justificar la aplicación de la referida teoría. Los términos fueron los siguientes:

Cuarto.- Que, no obstante lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AAITC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que “es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo

recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva". Es así que, en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada, pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba. (Casación N.º 4445-2011-Arequipa)

No obstante, ese ha sido solo uno de los argumentos de quienes defienden esta teoría. Su justificación ha sido enfocada desde distintos ángulos. Se ha dicho que con esta se concreta la equidad en el caso específico, que el derecho sustantivo prevalece sobre las formas procesales rígidas, que los deberes de lealtad y buena fe procesal lo exigen, que hay deber de las partes de colaborar en la administración de justicia, y con el nuevo impulso de dirección que recae en el juez (Aguilar *et al.*, 2014).

Se pretende con esto efectivizar la garantía del derecho de defensa, sustentado en que alguna de las partes no está en posibilidad de activar su capacidad de probar por diversos motivos. Al parecer, no se ha tomado en cuenta uno de los principios que sostienen el proceso, según el cual las partes acuden a este en igualdad de condiciones, con igualdad jurídica. Si el juez equipara las desigualdades, no está haciendo otra cosa que involucrarse con alguna de las partes y, como se viene reiterando, esto puede afectar el principio de imparcialidad, entendido desde sus tres cualidades básicas: la imparcialidad, que exige al juez no favorecer a ninguna de las partes; la independencia, que requiere la objetividad de la decisión, libre de influencias y presiones, ya sea de las partes o de sus iguales o superiores jurisdiccionales; y de la imparcialidad misma, que propugna la pureza del juez en relación con el proceso, debiendo no tener interés en la pretensión ni alguna situación que pueda variar su posición neutral respecto del conflicto o de las partes (Alvarado Velloso, 2014). Si el juez llega a tener la creencia de que una de las partes está en menor posibilidad de probar o defenderse, entonces, existe el riesgo de que adopte una posición parcializada, poniendo en tela de juicio su imparcialidad, y de paso vulnerando el debido proceso y la igualdad de las partes ante la ley.

Ahora, para abordar de manera directa el tema, es preciso aclarar que, si se quiere hablar de desigualdades como justificación de la prueba dinámica, entonces, se hace necesario recurrir a los mandamientos constitucionales referidos a la igualdad. En efecto, si se sigue esa línea y se la traslada al proceso, se deberá hablar de una igualdad procesal. Como bien refiere Hunter Ampuero (2011a), la estructura y dinámica procesales tienen mucho de influencia de los derechos a la igualdad y al debido proceso, y la consecuencia necesaria debe ser el aseguramiento tanto en el plano legislativo como judicial de la posibilidad de que cada destinatario de la decisión jurisdiccional (sentencia) participe activamente en la formación de su contenido en "recíproca y simétrica paridad" (p. 55).

Muy bien hace Hunter Ampuero (2011a) al explicar que esto permite examinar dos ámbitos de la igualdad procesal y sus destinatarios. Primero, el estático, que está dirigido al legislador, quien es el encargado de poner *en igualdad de armas* a cada una de las partes. Segundo, el dinámico, que está dirigido al juez y que le encomienda la tarea de que les permita a las partes la posibilidad de defensa frente a cada actuación procesal. Ambos aspectos ofrecen una visión más completa de lo que comprende la igualdad procesal. Nótese que no se trata de ponerse del lado de alguna de las partes, sino de ofrecerles las posibilidades tanto de tener las mismas cargas, derechos, obligaciones y demás en el proceso, así como la misma posibilidad de conocer las actuaciones que se produzcan en el *iter* procesal.

Las desigualdades que se advierten en el concepto básicamente se reducen a tres tipos: las sustantivas (referidas a la relación jurídico-material), las económicas (la disparidad para satisfacer ciertas cargas) y las técnicas (la cercanía a la fuente de prueba o dominio del hecho). Definitivamente, todas podrían afectar el desarrollo del proceso, pero, partiendo de la idea de igualdad que se ha elaborado, ¿es el juez el encargado de paliarlas en el proceso? Si el juez lo hace, está comprometiendo seriamente su imparcialidad (Hunter Ampuero, 2011a).

Se cree, en opinión compartida, y en relación con las desigualdades sustantivas, que

es el derecho material el que debe intentar superar esa desigualdad mediante normas protectoras de la parte más débil, ya sea prohibiendo inversiones convencionales de la carga de la prueba, estableciendo presunciones legales, dando la posibilidad de entablar acciones colectivas, estableciendo derechos irrenunciables, etc. (Hunter Ampuero, 2011a, p. 60)

Aquí entra a tallar el principio de igualdad de armas, según el cual las partes acuden al proceso en igualdad de condiciones, y esto precisamente forma parte del derecho al debido proceso, es una de sus garantías (Alvarado Velloso, 2014). No deben equipararse las diferentes situaciones jurídicas del derecho material con las del derecho procesal. En este último, solo hay la posibilidad de hablar de partes iguales (Hunter Ampuero, 2011a).

En ese mismo sentido, es claro que el juez no puede tener el rol de paliar las desigualdades económicas. Aquí, Hunter Ampuero (2011a) hace bien en distinguir que dos cosas distintas son la desigualdad económica que las partes pueden presentar y la indefensión procesal. La primera no la puede corregir ni el legislador; se mitiga a través de la implementación de políticas sociales de redistribución desde el Ejecutivo. Sin embargo, la segunda, entendida como la falta no solo de los medios de defensa, sino de recursos para obtenerlos, debe ser corregida, nuevamente, desde el derecho sustantivo. Por ejemplo, una política importante para corregir esa desigualdad es la puesta en disposición de quien lo amerite de abogados de defensa de oficio pagados por el erario público, así como establecer la exoneración de los costos judiciales (Hunter Ampuero, 2011a, pp. 62-64).

De otro lado, tal vez el juez podría intervenir paliando las desigualdades técnicas cuando una de las partes no tiene conocimiento certero sobre el caso. Se puede mencionar los casos médicos como ejemplos sólidos de estas desigualdades. En ellos, ya está determinado por ley a quién le compete la prueba, y ha sido una solución dada desde el Legislativo, por lo que el juez no puede hacer más que aplicar la ley. No se justifica, tampoco, que actúe ordenando una inversión a la carga de la prueba, pues esta está dada por la ley sustantiva.

Otro principio que se puede vulnerar aceptando la carga de la prueba dinámica es la presunción de inocencia, si se parte de que, incluso en el proceso civil, aquel que afirma un hecho sobre determinado sujeto debe probarlo y existen diversas presunciones que solidifican este principio. Así, tenemos que la mala fe debe probarse, o el dolo, y en general cualquier situación que implique una actuación contraria al ordenamiento jurídico y los principios que sostienen al mismo Estado. En ese sentido, si la carga de la prueba es invertida a pura discreción del juez, lo que se hace es presumir una situación en el deudor, obligándolo a probar en ese sentido. Es decir, si el juez decide que una de las partes debe probar por las *situaciones particulares* del caso, se le está atribuyendo a la parte una carga que inicialmente le correspondería a quien afirma el hecho imputado.

Por tanto, en atención a los argumentos esbozados, no se comprende la posibilidad de que el juez asuma un papel que por definición no le corresponde. Lo contrario, como se viene reiterando, supone un peligro para la imparcialidad del juez, la igualdad jurídica que viene presupuesta como uno de los pilares del proceso, e incluso el principio de presunción de inocencia, aplicable incluso en materia civil<sup>13</sup>.

### La prueba dinámica en el Proyecto de Reforma del CPC. Críticas

Ya se ha dicho que, si bien es cierto que se viene aplicando esta teoría en la práctica, no hay regulación expresa sobre las cargas probatorias dinámicas. Solo hay una propuesta que se pretende introducir en el artículo 196 del CPC. El texto es el siguiente:

#### Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de aportar medios de prueba le corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Excepcionalmente el juez establece que dicha carga le corresponde a una parte distinta de aquella a la que la ley le atribuye dicha carga. Para tal efecto, el juez debe emitir resolución motivada, en la cual identifique e individualice las particulares

---

13 La presunción de inocencia está recogida en el artículo 2, literal e) de la Constitución Política. Si bien el principio ha sido ampliamente aceptado y aplicado en el derecho penal, este debe extenderse a otras ramas del derecho con base en la fuerza expansiva que tienen los derechos fundamentales, la cual busca el alcance mayor en la aplicación de los principios y derechos constitucionales. En ese sentido, es perfectamente aplicable ese principio en materia procesal civil.

circunstancias que justifican la dinamización de la carga de la prueba, notificando dicha decisión a fin de que la parte a la que se le atribuya la carga de probar, en un plazo no menor de diez días, pueda absolver y ofrecer los medios probatorios que considere útiles.

La absolución y medios probatorios ofrecidos son puestos en conocimiento de la otra parte para que absuelva el traslado y ejerza su derecho de defensa. Con o sin la absolución del traslado, el juez emite resolución admitiendo o rechazando los medios probatorios de conformidad con el artículo 190 del Código Procesal Civil y, de ser necesario, convocando a una nueva audiencias [sic] de pruebas en caso esta sea necesaria.

En ninguna instancia o grado se declara la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado judicialmente la inversión de la carga de probar.

Si se revisa el texto vigente, solo está presente el primer párrafo. Lo demás es agregado. En específico, se pretende introducir en el ordenamiento procesal civil la carga probatoria dinámica. En la exposición de motivos, la comisión encargada de diseñar el Proyecto de Reforma ha señalado lo siguiente:

Se incorpora también la posibilidad [de] que el juez pueda variar la carga probatoria dependiendo [de] las particularidades del caso, estableciéndose un procedimiento previo para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa frente a dicha intención, de modo que esa posibilidad no coja por sorpresa a las partes. (Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018)

Una vez que se tiene el texto a la vista, conviene hacer algunas observaciones al texto modificatorio. Primero, que la carga de prueba dinámica se ha insertado como una excepción al igual que la prueba de oficio. Al menos, con eso se nota que la intención no es reemplazar la tarea de las partes. Sin embargo, no se ha señalado ese límite, por lo que cualquiera podría pensar que se está dejando que el juez se involucre demasiado en el proceso. Ya no solo cuenta con la prueba de oficio, sino que, de acuerdo con *particulares circunstancias*, que se traducen como una caja de Pandora, puede variar la carga de la prueba.

Pero el problema no se agota ahí. No se ha señalado cuáles son esas circunstancias que ameritan la inversión de la carga de la prueba. Eso supone, dada nuestra historia judicial, que cada juez interpretará, a su conveniencia, cuáles podrían ser aquellos supuestos. Nuevamente, esto va en contra del principio de imparcialidad, del de seguridad jurídica y del de igualdad jurídica, alcanzando a afectar el debido proceso.

Se puede imaginar una situación de desventaja de una de estas partes. Precisamente, puede darse una situación de desventaja objetiva de la parte que *no puede probar*. Cómo saber objetivamente que alguna de las partes está en una situación inferior para probar. De ahí que la cuestión aparezca sola: ¿se debe probar la situación de desventaja? ¿Cómo el juez determina en qué casos procede aplicar la carga dinámica de la prueba? El texto es muy general y le otorga al juez poderes cuyo uso sin responsabilidad es muy peligroso.

Acertadamente se ha señalado que “el problema fundamental de las teorías dinámicas es un problema más de aplicación práctica que de justificación conceptual” (Aguilar *et al.*, 2014). Con una regulación como la que se propone, se puede pretender favorecer al desarrollo del proceso—incluso equilibrar una serie de diferencias—, pero ¿se puede tener la certeza de que nuestros jueces la van a aplicar debidamente? La respuesta puede descansar en nuestras conciencias, pero si algo se puede expresar es que no hay forma de saber que el juez la aplicará responsablemente. En efecto, si la aplicara, ¿cómo evitar que se llegue a la arbitrariedad, dado el carácter poco confiable de la figura del juez? Son preguntas que aquí no se pueden responder. Lo único posible es hacer la advertencia de que una regulación tan irresponsable no puede ayudar a progresar a nuestra legislación procesal, y no hay seriedad en una reforma si antes no se ha evaluado la figura del juez en el proceso, que, dicho sea de paso, en nuestro país está muy desprestigiada.

Otra de las dudas que saltan a la vista es de qué modo se debe enfocar a las cargas dinámicas probatorias: si como una regla para la producción de la prueba o como una regla de juicio al momento de decidir la controversia, tal como lo es en determinados casos la carga de la prueba. Este problema ya ha sido advertido en la doctrina comparada (Aguilar *et al.*, 2014), y la interpretación más sesuda ha sido que de ningún modo puede aplicarse al momento de sentenciar; sin embargo, dada la poca profundización y debate existente en el Perú, los jueces podrían aplicarlas de manera incorrecta.

Para concluir, es preciso señalar que algunos códigos han rechazado esta posición, por ejemplo, el Código argentino, pero otros la han aceptado, como el Código Procesal colombiano últimamente. Esto es preocupante porque empodera al juez, le da facultades extraordinarias y termina violando los principios de juez tercero imparcial y la presunción de inocencia, pues estaríamos haciendo que el acusado deba probar su inocencia cuando esta debe presumirse de por sí. Esta carga dinámica acerca al autoritarismo judicial, se pierde el equilibrio y se pierde la justicia.

## CONCLUSIONES

1. La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene sustento en el discurso del modelo procesal del publicismo, que entiende al juez como un sujeto procesal activo dentro del proceso, encargándole facultades y poderes probatorios, direccionales e incluso sancionatorios; y supone que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad y la paz social, es decir, fines públicos estatales.
2. Este tema, además, proviene de la clásica regla del *onus probandi*, donde es encargado de probar aquel que afirma un hecho o lo contradice señalando otro. Esta es la carga de la prueba estática y es *a priori* hecha por el legislador. En

cambio, la carga probatoria dinámica es *a posteriori* y realizada por el juez, es una potestad probatoria que en el texto del Proyecto de Reforma del CPC ni siquiera está regulada adecuadamente.

3. La incorporación de las teorías de las cargas probatorias dinámicas pone en riesgo la imparcialidad del juez, puesto que tiene como base el equilibrio de las desigualdades materiales en el proceso, tarea que no le corresponde; vulnera, además, el principio de igualdad de las partes, el cual supone a las partes como iguales en derechos, obligaciones, cargas, etcétera, en el proceso, y afecta la presunción de inocencia, porque se le atribuye la carga de la prueba a un sujeto que no ha afirmado un hecho; es decir, se le pide que se demuestre una imputación que va en su contra.

## REFERENCIAS

- Aguilar, G. H., Arango Fernández, E., Candamil Buriticá, V., Delgado Benavides, K., Rubiano-Groot Gómez, S., Torres Semanate, C., Vesga Rodríguez, M. P., y Villasmil Vergel, A. L. (2014). Imposturas intelectuales: la carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva. *Univ. Estud. Bogotá*, 11, 233-263.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. (2014). Proceso y verdad. En Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID), Universidad Pontificia Bolivariana, y Corporación Universitaria Lasallista (Eds.), *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (pp. 117-132). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ariano Deho, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- Arruiz, S. G. (2016). Análisis económico de la prueba de oficio. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 2(5), 107-141. Recuperado de <http://lajle.alacde.org/journal/vol2/iss2/5>
- Bentham, J. (1847). *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. D. Bravo y Destouet). Madrid: Establecimiento Tipográfico de don Ramón Rodríguez de Rivera.
- Canelo Rabanal, R. (2017). *La prueba en el derecho procesal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3.ª ed., póstuma). Roque Depalma Editor.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (tomo I, 5.ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.



- Díaz-Restrepo, J. C. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil. (2018). *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Exposición de motivos*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Hunter Ampuero, I. (2011a). La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Ius et Praxis*, 17(2), 53-76. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200004>
- Hunter Ampuero, I. (2011b). Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Coquimbo)*, 18(2), 73-101. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532011000200004>
- Luna Yerga, Á. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-18. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/82890/107869>
- Micheli, G. A. (1989). *La carga de la prueba* (Trad. S. Sentís Melendo). Bogotá: Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Montero Aroca, J. (2009). El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. En J. Montero Aroca (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul* (2.ª ed., pp. 130-166). Lima: Editorial San Marcos; Tirant lo Blanch.
- Nieva-Fenoll, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 1-17.
- Picó i Junoy, J. (2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, VI(1), 11-31.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2008). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil* (tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de [https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La\\_prueba\\_de\\_oficio\\_una\\_perspectiva\\_para\\_el\\_proceso\\_dialogico\\_civil.pdf](https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La_prueba_de_oficio_una_perspectiva_para_el_proceso_dialogico_civil.pdf)
- Rodríguez Domínguez, E. A. (2003). *Manual de derecho procesal civil* (5.ª ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley.

Sandoval Cumbe, H. M. (2018). La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad. *Revista Jurídica Piélagus*, 17(2), 59-70. <https://doi.org/https://doi.org/10.25054/16576799.1925>

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, LX(29), 249-271. <https://doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>