

**UNIVERSIDAD NACIONAL
FEDERICO VILLARREAL**

**Vicerrectorado de
INVESTIGACION**

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POSGRADO

**“EL DERECHO A PROBAR EN LA ACCIÓN Y LA INVERSIÓN DE LA
FACULTAD PROBATORIA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

AUTOR

CUBILLAS LUYO GISELLA ARACELLY

ASESOR:

JOSE LUIS BAZAN BRICEÑO

JURADO:

DR. GASTON JORGE QUEVEDO PEREYRA

DRA. KARINA TATIANA ALFARO PAMO

DR. URIEL ALFONSO ARAMAYO CORDERO

LIMA - PERU

2019

DEDICATORIA

A Dios y a mis padres, por ser los pilares de mi vida; a la Universidad y docentes que integran la misma, por la lucha constante de formar profesionales de éxito; y finalmente, a mi Asesor, por el respeto, tiempo y dedicación brindada en la realización de ésta tesis.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a mi familia por la paciencia, a mis profesores por haberme ayudado en la culminación de mi trabajo de investigación, el ayudarme de forma continúa y poder culminar de forma exitosa esta investigación.

INDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
INDICE	IV
RESUMEN	VI
ABSTRACT	VII
I. INTRODUCCIÓN	8
1.1. Planteamiento del problema.....	10
1.2. Descripción del problema	11
1.3. Formulacion DEL PROblema.....	12
- Problema general	12
- Problemas específicos	12
1.4. Antecedentes:.....	13
1.5. Justificación de la investigación	19
1.6. Limitaciones de la investigación	20
1.7. Objetivos	20
- objetivo general	20
- Objetivos especificos.....	20
1.8. Hipotesis	21
1.8.1. Hipotesis general.....	21
1.8.2. hipotesis específicas	21
II. MARCO TEÓRICO	22
2.1. Marco Conceptual	22

2.2. Bases Teórica-----	25
III. METODO-----	89
3.1. Tipo de investigación -----	89
3.2. Poblacion y muestra -----	90
3.2.1. Población-----	90
3.2.2. Muestra-----	90
3.3. Operacionalizacion de variables -----	91
3.4. Instrumentos -----	93
3.5. Procedimientos -----	97
3.6. Análisis de datos -----	98
IV. RESULTADOS-----	100
4.1 Resultados de la investigación-----	100
4.2 Prueba de hipótesis -----	101
4.3 Análisis e interpretación de resultados -----	102
V. DISCUSION DE RESULTADOS: -----	112
VI. CONCLUSIONES -----	113
VII. RECOMENDACIONES -----	115
VIII. REFERENCIAS -----	116
IX. ANEXOS-----	121
Anexo N° 1. Ficha de Encuestas -----	121
ANEXO N° 2- Matriz de Consistencia-----	125

RESUMEN

Erróneamente se le ha llamado "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba, en consecuencia, no hay carga. Al no haber carga, menos aún, puede haber inversión de ésta. Por otro lado, la carga no distribuye la prueba sino, el riesgo de la falta de prueba o de certeza. Así, menos aún puede hablarse de redistribución de la carga de la prueba.

En el proceso civil, fundado en la igualdad de las partes, las presunciones son la excepción. Sin embargo, en el proceso laboral, marcado por la desigualdad de las partes en base al criterio protector, las presunciones en favor del trabajador son la regla.

Entonces, el empleador debe desvirtuar los hechos presumidos, demostrando el cumplimiento de sus obligaciones. El empleador carga con la prueba de su cumplimiento, no está obligado a probarlo, pero si ello no ocurre el juez confirmará las afirmaciones del trabajador, que se tenían como hechos presuntos.

Así, las presunciones, en materia civil, laboral o de cualquier otra índole, no suponen una inversión de la carga de la prueba. Simplemente afectan a la parte no beneficiada con la presunción, con la carga de la prueba de los hechos contrarios a los presuntos, que deben servir para desvirtuarlos.

Palabras Claves: Inversión, carga de la prueba, acción, facultad probatoria, derecho a probar

ABSTRACT

Erroneously it has been called "inversion" or "redistribution" of the burden of proof. The presumed fact does not need proof, therefore, there is no charge. When there is no load, even less, there may be inversion of this. On the other hand, the burden does not distribute the test but, the risk of lack of proof or certainty. Thus, even less can we speak of redistribution of the burden of proof.

In civil proceedings, based on equality of the parties, presumptions are the exception. However, in the labor process, marked by the inequality of the parties based on the protective criterion, presumptions in favor of the worker are the rule.

Then, the employer must distort the presumed facts, demonstrating the fulfillment of their obligations. The employer charges with proof of compliance, is not obliged to prove it, but if this does not happen the judge will confirm the claims of the worker, which were held as alleged.

Thus, presumptions, in civil, labor or any other matter, do not imply an inversion of the burden of proof. They simply affect the party not benefited by the presumption, with the burden of proving the facts contrary to the suspects, which should serve to distort them.

Keywords: Investment, burden of proof, action, evidentiary power, right to prove

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más trascendentales del proceso, qué duda cabe, es el derecho probatorio, la ciencia que estudia la prueba en sus diversos aspectos y que no se limita al conocimiento de la prueba de carácter judicial sino que abarca también a la extraprocesal. Desde otro punto de vista es concebido también como la actividad procesal destinada a convencer al magistrado respecto de las afirmaciones expresadas por las partes en los autos postulatorios en relación con los hechos que sustentan sus respectivas pretensiones.

Por lo general siempre encontramos definiciones que tienden a señalar que su finalidad es la demostración o comprobación de los hechos afirmados por las partes en los actos postulatorios del proceso, buscando producir convencimiento en el juez sobre los hechos, de manera que pueda así sustentar su decisión final. Se advierte dos aspectos muy importantes relativos a quienes intervienen en el proceso: de un lado, las partes que tienen la facultad y el deber de poner en consideración del juez todo aquel material que sustenten sus hechos alegados en los actos postulatorios del proceso; y de otro lado, al juez, quien se encuentra en la obligación de sustentar su decisión en esos medios de prueba que han propuesto las partes en el proceso y han sido actuados por este, además de aquellos medios de prueba que de oficio haya incorporado al *iter* procesal.

El **derecho probatorio**, la prueba y los medios probatorios, constituyen aspectos que debemos definir bien para no tratarlos como si fueran lo mismo. De un lado, ya hemos hecho referencia al **derecho probatorio** como la ciencia del derecho procesal que estudia la prueba. De otro lado, la prueba es concebida como el conjunto de razones que conducen al magistrado a adquirir certeza sobre los hechos propuestos por las partes en los actos postulatorios; y, finalmente, los medios probatorios constituyen los instrumentos del que

hacen uso las partes o dispone el magistrado para lograr convencimiento a la decisión del juez.

La estructura de la investigación se desarrolla en cuatro capítulos:

En el **Capítulo I**, se analiza el planteamiento del problema, objetivos y la justificación del presente trabajo de investigación. Se verifica los alcances y las limitaciones de la investigación.

El **Capítulo II**, que corresponde al Marco Teórico, se examina cual es el proceso que se lleva, para la inversión de la carga probatoria. Definición de términos básicos, hipótesis e identificación y operacionalización de variables.

En el **Capítulo III**, se trata el tipo y diseño de investigación, la población y la muestra. Asimismo, las técnicas de investigación, los instrumentos de recolección de datos y el procesamiento y análisis de los datos.

En el **Capítulo IV**, se realiza la presentación de los resultados una vez aplicado el método “chi cuadrado”, a la encuesta realizada. Asimismo, la prueba de hipótesis y se realiza el análisis e interpretación del resultado de la encuesta.

Por último, se presenta la discusión de los resultados obtenidos en la aplicación del “chi cuadrado”, a la encuesta realizada; así mismo, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía.

1.1.Planteamiento del problema

El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, cuyo contenido esencial comprende el derecho a ofrecer medios probatorios y a que éstos sean debidamente valorados. Sin embargo, dicho derecho no es absoluto, encontrándose limitado por las disposiciones constitucionales así como por aquellas establecidas en leyes ordinarias.

En el cumplimiento de la carga prueba dentro del procedimiento de fiscalización, la Administración Tributaria está obligada a respetar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú tanto expresamente como aquellos que se desprenden del respeto y protección de la dignidad humana.

A fin de determinar las reglas de la carga de la prueba aplicables al procedimiento de fiscalización, debe tenerse en cuenta que a diferencia del proceso civil, que se inicia a instancia de parte (proceso dispositivo), en el cual existe un tercero imparcial (juez) que resuelve en base a las pruebas aportadas por cada una de las partes en litigio, las que tienen la carga de la prueba de demostrar la veracidad de sus pretensiones; el procedimiento de fiscalización es un procedimiento administrativo iniciado de oficio, conforme al cual la Administración Tributaria verifica el cumplimiento de las obligaciones tributarias y formales de los contribuyentes; esto es, ambos procedimientos tienen naturaleza distinta, uno de carácter dispositivo y otro iniciado de oficio. Por tal motivo, no corresponde aplicar directamente las normas de la carga de la prueba del proceso civil al procedimiento de fiscalización.

1.2.Descripción del problema

Nuestro objetivo principal en la presente investigación fue establecer de qué forma, la restricción de la actividad probatoria recogida en el Proceso Contencioso Administrativo, afecta el derecho fundamental de Tutela Jurisdiccional Efectiva, y estando a ello, hemos obtenido los resultados de las técnicas de investigación, cuyos datos fueron analizados mediante escala Likert, lo que ha permitido comprobar la hipótesis principal, toda vez que los operadores jurídicos han brindado respaldo empírico, al afirmar que, la restricción de la actividad probatoria recogida en el Proceso Contencioso Administrativo influye significativamente en la vulneración del derecho fundamental de Tutela Jurisdiccional Efectiva; destacando dentro de los indicadores medidos en los cuadros estadísticos, los porcentajes acumulados con tendencia favorable, respecto de la variable Independiente, los siguientes:

- Documentos privados (50%)
- Instrumentos públicos. (62%)
- Exhibiciones (71.88%)

Lo expuesto guarda relación con lo desarrollado en nuestro marco teórico en el extremo que los operadores jurídicos consideran que los instrumentos públicos tienen mayor verosimilitud que los documentos privados, a ello se suma que las exhibiciones efectuadas por entidades públicas también gozan de mayor verosimilitud, a diferencia de las declaraciones testimoniales, asimismo, se debe entender que en este proceso contencioso administrativo se hace un control de lo resuelto en sede administrativa.

Nuestro objetivo específico en la presente investigación fue el establecer de qué forma, la falta de conocimientos de la importancia de ejercer una defensa eficaz del administrado, en el procedimiento administrativo, afecta la finalidad abstracta del proceso de lograr la paz social en justicia en el Proceso Contencioso Administrativo;

estando a ello, hemos obtenido los resultados de las técnicas de investigación, cuyos datos fueron analizados mediante escala Likert, lo que ha permitido comprobar la hipótesis específica, toda vez que los operadores jurídicos han brindado respaldo empírico, al afirmar que la falta de conocimientos de la importancia de ejercer una defensa eficaz del administrado, en el procedimiento administrativo, influye significativamente en la finalidad abstracta del proceso de lograr la paz social en justicia, en el Proceso Contencioso Administrativo; destacando dentro de los indicadores medidos en los cuadros estadísticos, los siguientes porcentajes acumulados con tendencia favorable

1.3. Formulación del problema

- Problema general

- ✓ ¿De qué manera se da el derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria?

- Problemas específicos

- ✓ ¿Determinar porque hay supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar?
- ✓ ¿Si el hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta?
- ✓ ¿Cómo afirmar que la carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza?
- ✓ ¿Es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba?

1.4. Antecedentes:

Antecedentes bibliográficos

Allan Dyck Reyes Morón (2017). “La Carga de la Prueba en el Procedimiento de Fiscalización: Necesidad de su Regulación”. Tesis Maestro en Tributación y Política Fiscal. Universidad de Lima.

CONCLUSIONES:

1. El derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, cuyo contenido esencial comprende el derecho a ofrecer medios probatorios y a que éstos sean debidamente valorados. Sin embargo, dicho derecho no es absoluto, encontrándose limitado por las disposiciones constitucionales así como por aquellas establecidas en leyes ordinarias.
2. En el cumplimiento de la carga prueba dentro del procedimiento de fiscalización, la Administración Tributaria está obligada a respetar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú tanto expresamente como aquellos que se desprenden del respeto y protección de la dignidad humana.
3. A fin de determinar las reglas de la carga de la prueba aplicables al procedimiento de fiscalización, debe tenerse en cuenta que a diferencia del proceso civil, que se inicia a instancia de parte (proceso dispositivo), en el cual existe un tercero imparcial (juez) que resuelve en base a las pruebas aportadas por cada una de las partes en litigio, las que tienen la carga de la prueba de demostrar la veracidad de sus pretensiones; el procedimiento de fiscalización es un procedimiento administrativo iniciado de oficio, conforme al cual la Administración Tributaria verifica el cumplimiento de las obligaciones tributarias y formales de los

contribuyentes; esto es, ambos procedimientos tienen naturaleza distinta, uno de carácter dispositivo y otro iniciado de oficio. Por tal motivo, no corresponde aplicar directamente las normas de la carga de la prueba del proceso civil al procedimiento de fiscalización.

4. Por el Principio de Impulso de Oficio, que fue establecido considerando la naturaleza del procedimiento de fiscalización (procedimiento iniciado de oficio), la Administración Tributaria está obligada a “impulsar”, diligenciar, requerir u obtener los medios probatorios necesarios para discernir el aspecto fiscalizado. Por tal motivo, se ha dotado a la Administración Tributaria de amplias facultades de fiscalización establecidas en el artículo 62° del Código Tributario. Sin embargo, de la interpretación de dicho principio no se desprende que la carga de la prueba en el procedimiento de fiscalización le corresponda únicamente a la Administración Tributaria; sino más bien que le corresponde realizar las comprobaciones necesarias a efectos de sustentar los resultados de la fiscalización, sea mediante la determinación de deuda tributaria o a través de la confirmación de la autodeterminación efectuada por el contribuyente.
5. En función de lo indicado, no corresponde aplicar de plano las reglas de la carga de la prueba establecidas en el Derecho Procesal Civil y en la Ley del Procedimiento Administrativo General al procedimiento de fiscalización.
6. Las reglas de la carga de la prueba en el procedimiento de fiscalización deben establecerse considerando las características propias del mismo, esto es, que tiene por finalidad determinar la correcta obligación tributaria en un marco de amplias facultades otorgadas por el legislador a la Administración Tributaria y deberes de colaboración del contribuyente para tales efectos.

7. A la luz del Principio de Autodeterminación, corresponde al contribuyente la carga de la prueba respecto de los datos y hechos consignados en su declaración jurada, esto es, de la obligación tributaria que voluntariamente ha determinado en función a las operaciones económicas por él conocidas y realizadas. Cabe precisar que esta regla no corresponde a la aplicación del Principio de Facilidad Probatoria, el cual se ha aplicado en los procesos judiciales en supuestos en los cuales el sujeto al que le corresponde la carga de la prueba se encuentra en una situación de imposibilidad de cumplimiento, y a fin de que se mantenga la igualdad de las partes y se resuelva una controversia con justicia, se traslada la carga de la prueba al sujeto que se encuentra en mejores condiciones para asumirla.
8. En función al principio dispositivo, según el cual, aquél que alega un hecho debe probarlo, corresponde a la Administración Tributaria la carga de la prueba de los hechos constitutivos o que incrementan la obligación tributaria distintos a los consignados por el contribuyente en su declaración jurada, para tal efecto, éste último está obligado a cumplir con su deber de colaboración con aquélla, proporcionándole la documentación que requiera para cumplir con la finalidad del procedimiento de fiscalización, esto es, determinar la correcta obligación tributaria.
9. Corresponde aplicar para este último supuesto, lo establecido en Alemania respecto a que si el contribuyente no cumple con colaborar con la Administración Tributaria presentando los documentos o pruebas requeridas por ésta, respecto de los hechos constitutivos o que incrementan la obligación tributaria, traducido en su deber de colaboración, el riesgo de la falta de prueba recaerá en él; por lo que la Administración podrá determinarlos en base a estimaciones o presunciones. En

el supuesto contrario, esto es, si el contribuyente cumple con dicho deber, el riesgo de los hechos constitutivos o que incrementan la obligación tributaria recaerá en la Administración Tributaria.

Coronado Yabar, Johana Verónica (2017). “La restricción de la actividad probatoria recogida en el proceso contencioso administrativo y su relación con la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”. Tesis Maestro en Derecho Civil. Universidad San Martín de Porres.

CONCLUSIONES:

1. Nuestro objetivo principal en la presente investigación fue establecer de qué forma, la restricción de la actividad probatoria recogida en el Proceso Contencioso Administrativo, afecta el derecho fundamental de Tutela Jurisdiccional Efectiva, y estando a ello, hemos obtenido los resultados de las técnicas de investigación, cuyos datos fueron analizados mediante escala Likert, lo que ha permitido comprobar la hipótesis principal, toda vez que los operadores jurídicos han brindado respaldo empírico, al afirmar que, la restricción de la actividad probatoria recogida en el Proceso Contencioso Administrativo influye significativamente en la vulneración del derecho fundamental de Tutela Jurisdiccional Efectiva; destacando dentro de los indicadores medidos en los cuadros estadísticos, los porcentajes acumulados con tendencia favorable, respecto de la variable Independiente, los siguientes:
 - Documentos privados (50%)
 - Instrumentos públicos. (62%)

- Exhibiciones (71.88%)

Lo expuesto guarda relación con lo desarrollado en nuestro marco teórico en el extremo que los operadores jurídicos consideran que los instrumentos públicos tienen mayor verosimilitud que los documentos privados, a ello se suma que las exhibiciones efectuadas por entidades públicas también gozan de mayor verosimilitud, a diferencia de las declaraciones testimoniales, asimismo, se debe entender que en este proceso contencioso administrativo se hace un control de lo resuelto en sede administrativa.

2. Nuestro objetivo específico en la presente investigación fue el establecer de qué forma, la falta de conocimientos de la importancia de ejercer una defensa eficaz del administrado, en el procedimiento administrativo, afecta la finalidad abstracta del proceso de lograr la paz social en justicia en el Proceso Contencioso Administrativo; estando a ello, hemos obtenido los resultados de las técnicas de investigación, cuyos datos fueron analizados mediante escala Likert, lo que ha permitido comprobar la hipótesis específica, toda vez que los operadores jurídicos han brindado respaldo empírico, al afirmar que la falta de conocimientos de la importancia de ejercer una defensa eficaz del administrado, en el procedimiento administrativo, influye significativamente en la finalidad abstracta del proceso de lograr la paz social en justicia, en el Proceso Contencioso Administrativo; destacando dentro de los indicadores medidos en los cuadros estadísticos, los siguientes porcentajes acumulados con tendencia favorable, respecto de la variable Independiente:

- Falta de ofrecimiento de medios probatorios por carecer de una asesoría legal (56.25%)

- Falta de ofrecimiento de medios probatorios por carecer de una idónea asesoría legal. (57.81%)
- Falta de ofrecimiento de medios probatorios por desconfianza a su abogado patrocinante. (62.5%)
- Falta de ofrecimiento de medios probatorios por desconocimiento de la trascendencia. (75%)

De lo expuesto se advierte que el indicador más respaldado es que el administrado no ofreció medio probatorio en sede administrativa por desconocimiento de la trascendencia y esto debido a que por lo general, por ejemplo, en los casos de pensiones, los asegurados guardan sus documentos, es decir, no ofrecen desde un inicio toda la documentación que poseen para acreditar su reclamos:

- Derecho a probar la verdad. (67.97%)
- Derecho a acceder a una sentencia justa. (57.81%)

El derecho probatorio es un derecho fundamental dentro de un debido proceso, porque va a permitir que el justiciable pueda acceder a la tutela jurisdiccional efectiva, para así obtener una sentencia justa y decimos justa porque dicha sentencia va a ser fruto de todo el aporte probatorio que tienen tanto el justiciable como la entidad administrada.

3. El derecho probatorio no solo está regulado en los procesos judiciales sino administrativos, permitiendo al accionante el derecho a probar su verdad, de tal manera que resulta contradictorio que la norma contencioso administrativa restringa la actividad probatoria al accionante, toda vez que vulnera su derecho a aportar medios probatorios idóneos que buscan resolver la controversia judicial, teniendo mayor relevancia que cualquier formalismo que pretenda restringir, por cuestiones de oportunidad, dicha facultad probatoria. Lo expuesto se condice con

los datos obtenidos en las encuestas en tanto se deja clara la circunstancia que muchas veces el administrado no aporta todo su acervo probatorio en sede administrado debido a que no advierte la trascendencia del acto procesal administrado, a ello se suma que mayormente prescinde de la asesoría de un profesional del derecho, lo que conlleva que afronte el procedimiento administrativo sin contar con apoyo de un letrado.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Justificación teórica

Cuando un hecho goza de presunción legal, está exento de prueba. Entonces no se impone a la contraparte la carga de probarlo, sino la de demostrar los otros hechos que alegue para desvirtuar aquél. Quien afirme el hecho contrario al presumido que, como tal, no es objeto de presunción, tiene la carga, no la obligación, de probarlo.

A esto, erróneamente, se le ha llamado "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba, en consecuencia, no hay carga. Al no haber carga, menos aún, puede haber inversión de ésta. Por otro lado, la carga no distribuye la prueba sino, el riesgo de la falta de prueba o de certeza. Así, menos aún puede hablarse de redistribución de la carga de la prueba.

1.5.2. Justificación metodológica

Desde la perspectiva metodológica creemos que nuestro trabajo debe tener sustento práctico, es decir extraer conclusiones de esta problemática desde la experiencia procesal de la cual todo abogado viene conociendo, para lo cual se realizaran encuestas, las mismas que permitirán conocer el quantum respecto del conocimiento que tienen los letrados sobre el tema en específico, asimismo se realizara un análisis

de libros sobre la materia de investigación que permitan tener en concreto la información necesaria.

1.5.3. Justificación práctica

El presente trabajo, nace de la experiencia práctica, y en la dificultad que existe al momento de determinarse las cuestiones probatorias en los procesos judiciales así como las discrepancias que se han ido suscitando en estos últimos años, sobre la "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba.

1.6. Limitaciones de la investigación

La presente investigación pretende poner de relieve lo importante que es entender la inversión de la carga de la prueba.

No existen limitaciones, puesto que es un tema que en nuestro país se viene dando con regularidad.

1.7. Objetivos

- objetivo general

- ✓ Determinar de qué manera se da el derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria.

- Objetivos específicos

- ✓ Determinar porque hay supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar.

- ✓ Analizar si el hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta.
- ✓ Determinar cómo afirmar que la carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza.
- ✓ Comprobar si es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba.

1.8. Hipotesis

1.8.1. Hipotesis general

- ✓ Se puede configurar un derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria.

1.8.2. hipótesis específicas

- ✓ Existen supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar.
- ✓ El hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta.
- ✓ La carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza.
- ✓ Es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco Conceptual

1. Prueba

Ramos Mendez, refiere que “Probar es verificar, confirmar, demostrar, etc. Es este un concepto suficiente acotado desde un dato tuitivo.” (RAMOS MÉNDEZ, 1990, pág. 256)

Para Devis Echandia,

Suele hablarse con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos, y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de un tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducta para que se llegue al juez el conocimiento de la cuestión debatida o plateada sin litigio en cada proceso. En consecuencia, los medios probatorios vienen a constituir aquellos instrumentos de los que se valen las partes en el proceso a través de los cuales se derivan o genera la prueba, debiendo destacar que para el citado autor existen dos tipos de prueba, la prueba extra judicial y la judicial, esta última sería aquella incorporada y desarrollada en el proceso judicial y la otra simplemente aquella que no obra en el proceso. (ECHANDIA, 1984, pág. 6)

La prueba busca la demostración de los hechos propuestos por las partes en el proceso. Es la materialización o comprobación de la existencia de un acto que llega a conocimiento del juez y que de esta manera contraste lo afirmado por los sujetos procesales para en su caso, darle o no la razón en su decisión.

2. Objeto de la Prueba

El objeto de la prueba es el hecho que debe verificarse y sobre el cual el juez emite un pronunciamiento. Es demostrar la verdad de los hechos propuestos por las partes al momento de interponer la demanda (por parte del demandante) y al momento de contestar la misma (por parte del demandado). Es todo aquello susceptible de demostración por las partes ante el juez, sobre la verdad o existencia de un hecho, materia de las pretensiones propuestas, pudiendo ser estos pasados, presentes o futuros.

3. Carga de la Prueba

Es el gravamen que recae sobre las partes quienes deben facilitar el material probatorio al juez para que este pueda formar sus convicciones sobre los hechos alegados o invocados. Sin embargo, el juez de acuerdo a las particularidades de cada caso y tomando en cuenta la normativa o sistema correspondiente podrá disponer la incorporación de determinada prueba al proceso, a esta figura excepcional, se le denomina prueba de oficio.

Gozaini, refiere que:

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; tiéndase que, bajo la carga de aportar quien afirma, esa posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no prácticamente nula. De modo tal que, al enfrentar estas conceptualizaciones con la dinámica probatoria, nos parece que el límite está siempre en los hechos. Son ellos los que dominan el proceso, y el juez no puede investigar más allá de lo que ellos expresaron. (GOZAINI, 1997, pág. 26)

Entonces, la carga de la prueba está referida a establecer quién va a ser el sujeto procesal que ha de producir la prueba de los hechos alegados por estas y qué serán materia de la

resolución final. Constituye más que un derecho, una obligación surgida del interés que la parte de acreditar ante el magistrado los hechos propuestos por este en sus actos postulatorios, pues quien no puede acreditar la existencia de su derecho no podrá ser concedido por el juez.

4. Procedimiento Probatorio

Consiste en saber cuáles son las formas que la ley establece y deben respetar las partes para que la prueba producida se considere válida. Al respecto COUTURE precisa que:

“En este sentido, el problema del procedimiento probatorio queda dividido en dos campos; en uno se halla el conjunto de formas y de reglas comunes a todas las pruebas; en el otro, de carácter especial, se señala el mecanismo de cada uno de los medios de prueba. Así, todo lo relativo al ofrecimiento de la prueba, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a la oportunidad para solicitarla y para recibirla, a las formas de verificación comunes a todos los medios de prueba, etc., constituye el tema general del procedimiento probatorio. Por otro lado, el funcionamiento de cada medio de prueba, instrumentos, testigos, confesión, inspección, etc., constituye el aspecto particular del problema.” (COUTURE, 1948, págs. 248-249)

El procedimiento de la prueba no es sino una manifestación particular del contradictorio y esta se realiza en la audiencia de pruebas que es fijada por el juez, la misma que es oral pero queda materializada en el acta correspondiente. Para ello se tiene en cuenta algunas características esenciales que serán desarrolladas oportunamente en este trabajo como lo son la unidad de audiencia, la inmediación, la contradicción, la publicidad y el orden práctico.

Nuestro Código Procesal Civil, establece claramente el procedimiento que se debe tomar en cuenta para la realización de la aportación de las pruebas la actuación de cada una de ellas y la valoración por parte del juez.

5. Valoración de la Prueba

Prevalece aquí la figura del juez, quien decide los hechos en razón de principios de lógica probatoria. Esta constituye la última etapa de la actividad probatoria ya que se realiza luego de haber transcurrido por el ofrecimiento, admisión, calificación y la producción de los hechos que representan y tratan de demostrar sus pretensiones

Existen medios de pruebas directos por cuanto suponen un contacto inmediato con el juez, otros que requieren de una reconstrucción que son los indirectos y los que se apoyan en el sistema de deducciones e inducciones.

Para **COUTURE**, “El tema de la valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia pueden ejercer los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir.” (COUTURE, 1948, pág. 257)

2.2.Bases Teórica

2.2.1. Concepto de Prueba

La prueba es un elemento esencial para el proceso. Si, como se ha visto, la demanda es la petición de sentencia, esta es la resolución sobre aquella, la condición fundamental para que la sentencia estime fundada la demanda, es, precisamente, la

prueba; se dice que el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.

Actualmente se habla de un derecho probatorio, al cual se entiende como la disciplina que estudia las normas que regulan la actividad demostrativa en el proceso. El análisis sistemático de la prueba.

Es así que debemos tener presente:

Concepto de prueba:	¿Qué es la Prueba?
Objeto de prueba:	¿Qué se prueba?
Carga de la prueba:	¿Quién prueba?
Procedimiento Probatorio:	¿Cómo se prueba?
Valoración de la prueba:	¿Qué valor tiene la prueba producida?
Medios de prueba:	¿Con que se prueba?

La prueba tiene una gran variedad de significados, ya que se emplea no solo en el Derecho, sino también en otras disciplinas. Se prueban los acontecimientos históricos, las hipótesis, los métodos de producción, etc. Pero limitándonos al campo jurídico, y especialmente al procesal, podemos señalar los siguientes significados, que son los más frecuentes:

1. La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgado acerca de los hechos discutidos en el proceso. Así se habla de ofrecer las pruebas; de la prueba confesional, de la prueba testimonial, etc.

2. También se utiliza la palabra prueba para referirse a la actividad tendiente a lograr ese crecimiento, independientemente de que este se logre o no. Aquí con la palabra prueba se designa la actividad probatoria, como cuando, por ejemplo, se dice que al actor incumbe probar los hechos constitutivos de su acción, para indicar que a él le corresponde suministrar los medios de prueba sobre los hechos en los que afirman basar su pretensión.
3. La palabra prueba es la demostración de la verdad de un hecho y también el medio que emplean las partes para demostrar el hecho controvertido.
4. Con la prueba, se hace referencia al resultado positivo obtenido con la actividad probatoria. De esta manera se afirma que alguien ha probado, cuando ha logrado efectivamente el cercioramiento del juzgador. Aquí, la prueba es demostración, verificación. Este significado se puede ejemplificar en la acuñada frase de las sentencias tradicionales “el actor probó su acción”.

Alcala Zamora, refiere que “la prueba es la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso”.

Hugo Alsina dice que:

En su acepción lógica, probar es demostrar la verdad de una proposición, pero, en su acepción corriente expresa una operación mental de composición, pero lo que, la prueba judicial, es la confrontación de la versión de cada parte, con los medios producidos para abonarla.

El Dr. Pedro Antonio Martínez Letona, refiere que:

Se considera a la prueba como aquel medio o instrumento del cual el juez o las partes hacen uso para acreditar los hechos o hechos que alegan como ciertos, dentro de las pruebas también se pueden llevar actividades dirigidas por el juez o cargo de un profesional ajeno al Derecho tales como la declaración de un perito, la inspección judicial, la declaración de parte o la declaración de testigo. Dentro de nuestro sistema penal peruano no existen limitaciones con lo concordante a la presentación de pruebas siempre que estas cuenten con pertinencia, utilidad, conducencia y sobre todo licitud; por lo tanto, se admiten pruebas típicas que se encuentran enumeradas en el artículo 192 del Código Procesal Civil y son las siguientes:

- La declaración de parte;
- Declaración de testigos;
- Documentos;
- Pericia;
- Inspección judicial. (MARTINEZ LETONA, 2018, pág. 28)

Bentham considera que “el más amplio sentido, como un hecho supuestamente verdadero que se presumen debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho”. Pag 21

Carnelutti, afirma que:

Cuantas veces el hecho que hay que valorar no esté presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente, y en otro lugar observa que en los códigos suele decirse que un hecho hace prueba o hace fe de otro. Pag 257

Devis Echandía nos dice que

Desde el punto de vista objetivo, suele hablarse, con mayor frecuencia, de que es prueba judicial todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, con lo cual se incluyen los hechos, objetos y también actividades como la inspección judicial, el dictamen de peritos, la declaración de tercero, la confesión, esto es, la totalidad de los medios que pueden servir de conducto al conocimiento por el juez de la cuestión debatida o planteada sin litigio en cada proceso. Pag 2111

Desde el punto de vista subjetivo;

Convicción que con ella se produce en la mente del juez, sobre la realidad verdad de los hechos que configuran el delito, el litigio o la cuestión no litigiosa, bien sea con cada en particular o con el conjunto de los aportados al proceso.

Carnelutti dice que:

Prueba se llama también “el conocimiento mismo suministrado por el tal objetivo, como cuando el código habla de argumentos de prueba, y en otro lugar observa a que la doctrina habla generalmente de prueba, y en otro lugar observa que la doctrina habla generalmente de prueba, y en otro lugar observa que la doctrina habla generalmente de prueba como demostración de la verdad legal de un hecho o fijación de la verdad formal o material de los hechos, según el sistema que rijan, y que en los códigos se utiliza el termino prueba también para indicar el resultado del empleo de determinados medios de fijación de los hechos. Pag. 44 y 201

Silva Melero, luego de advertir que son muchos los significados del término prueba, afirma que “procesalmente equivale a justificar, manifestar, demostrar o hacer patente un

hecho, corroborar, confirmas, verificar, aclarar, establecer, averiguar o cerciorarse de tal hecho”. Pag 31

Alsina, desde la perspectiva lógica, la define como

Demostrar la verdad de una proposición en su significado corriente como una operación mental de comparación y judicialmente como confrontación de la verdad de cada parte con los medios probatorios para abonarla. 1942 – 442

Devis Echandía, haciendo referencia al maestro Francesco Carnelutti, que:

Hasta cierto punto, el valor originario del vocablo, que radica en el concepto de comprobación, se conserva el lenguaje jurídico. Es notable que con el nombre de prueba se designen solo los procedimientos mediante los cuales el juez comprueba los hechos afirmados por las partes. No las normas de derecho, ni los hechos aceptados por ambas partes. Pero a partir de este punto cesa la coincidencia entre el significado corriente y el jurídico de vocablo; porque en el campo jurídico, la comprobación de los hechos controvertidos por parte del juez puede no derivar de la búsqueda de su verdad, sino de los procesos de fijación formal, vale decir, de una tarifa legal para su valoración, y, por ello, probar no querrá decir ya demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados. E. 1974 pag.30

Siguiendo con la idea del autor mencionado

Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.

Prueba es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.

Y se dice que existe prueba suficiente en el proceso, cuando en él aparece un conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza.

Pag.34

A la prueba la examinaremos desde la función inminentemente dogmática; no obstante las diversas acepciones que la real academia de la lengua española le ha dispensado este vocablo como:

- a) F. razón, argumento instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.
- b) F. Indicio, señal o muestra que se da de algo.
- c) F. Ensayo o experimento que se hace de algo, para saber cómo resultara en su forma definitiva.
- d) F. Der. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley.
- e) F. impr. Muestra de la composición tipográfica, que se saca en papel ordinario para corregir y apuntar en papel de erratas que tiene, antes de la impresión definitiva. (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA , 2005)

Al referirnos a la función de la dogmática para analizar a la prueba en el nuevo proceso oral peruano, resulta de suma importancia hacer algunos hincapié acerca de las precisiones que realiza el doctor Juan Ignacio Piña Rocheford, en la obra de su autoría Rol Social y sistema de imputación, una aproximación sociológica a la función del derecho penal, el autor señala que “ hablar de la función dogmática respecto a las estructuras de legitimidad es hablar de la dogmática y el sistema del derecho penal. (PIÑA ROCHEFORT, 2005)

Y hemos adelantado que la dogmática no forma parte del derecho penal, sino que es una observación de dicho sistema por parte de la ciencia. Desde esta perspectiva la ciencia observa y concluye, elabora un sistema estructurado de principios en ocasiones denominado *edificio dogmático* sin embargo las estructuras que forman parte de ese edificio solo forman parte del Derecho penal una vez que se les ha otorgado una función dentro del sistema, en otros términos solo una vez que existen comunicaciones jurídicas, que versen sobre las construcciones dogmáticas la dogmática jurídica, formara parte del sistema jurídico. Solo una vez que el sistema de derecho se ha revalidado una comunicación del sistema de la ciencia se produce una interpretación de ambos sistemas y la respectiva interpretación estructura dogmática

Comienza a formar parte del sistema jurídico. Antes de ello el más perfecto de los razonamientos dogmáticos no tiene mayor presencia en el sistema de derecho que un poema juvenil de Neruda (PIÑA ROCHEFORT, 2005)

El jurista Florencio Mixan Mass, va más allá en el tema relacionado a la aceptación polisémica de la palabra prueba, es así que al momento de la creación jurídica de *cuestiones epistemológicas de la investigación y de la prueba* expresa que “en el fragor de la actividad cotidiana, se asignan múltiples opciones a la palabra prueba, así

tenemos que a veces puede referirse a una argumentación correcta, cuya conclusión sea la aceptación de la verdad o falsedad alcanzada sobre el objeto de conocimiento que se trata. O bien la palabra prueba es utilizada para indicar algún dato, signo cuya interpretación conduzca a poner de manifiesto la verdad o probabilidad sobre aquello que ese dato indica. En la investigación experimental la palabra prueba es proferida para identificar la actividad metódica que consiste en la manipulación de variables y luego saber si se confirma o se refuta la hipótesis de investigación. También es utilizada la palabra prueba al referirse al proceso racional de demostración, como, por ejemplo, de un teorema. En todo caso, la palabra prueba refleja siempre la idea de que el ser humano tiene aptitud y necesidad permanente por conocer, descubrir la verdad, o en su caso, la falsedad o el error respecto aquel tanto de la realidad que origina e impulsa si inquietud heurística; inquietud especial que determina el despliegue que determina el despliegue de acciones y métodos conducentes hacia esa finalidad, refiere además que el “concepto de prueba es esencial tanto para la teoría como para la práctica. La lógica como ciencia que estudia *las leyes y formas de pensamiento, facilita comprender la prueba como el proceso discursivo orientado a descubrir, demostrar, poner en manifiesto la relación entre las formas de pensamiento (concepto, juicio, raciocinio, hipótesis teoría) y la realidad que reflejan: si la relación es verdadera o poco probable o si deformada intencionalmente (falsa) o si viciada de error. (MIXAN MASS, 2005, pág. 213)*

Se puede columbrar de esto que, por la palabra prueba se plantean diversas definiciones, así llegamos a la conclusión que con los diversos significados que esta pueda tener, es el instrumento útil y pertinente que promovido en la actuación procesal

sea de oficio o de parte, tiene el mismo fin, que es llegar a la convicción en el operador de justicia, producir certeza en el juez, acerca de la verdad del hecho que alegamos.

Tapia Witting, considera que “la prueba, es todo aquello que sirve para convencer al juez acerca de la existencia o inexistencia de un hecho necesario para la decisión”. (AGUILAR ARANELA, 2003, pág. 9)

Lino Enrique Palacio, por su parte señala que la prueba “ es el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o falsedad de los hechos sobre los cuales versa la imputación. (AGUILAR ARANELA, La prueba en el proceso oral , 2003, pág. 10)

Rodrigo Coloma Correa, al comentar sobre la relevancia de la prueba, la define como “la información recibida y la aceptación de enunciado, a través de la decisión de aquel que se encuentra probado. (COLOMA CORREA, 2003, pág. 13)

Es decir la información tendrá que tener un lazo muy fraternal entre la información ofrecida y recibida y la aceptación o desaprobación de un enunciado a través de la decisión que adopte el órgano jurisdiccional competente. Con ello, podemos determinar que la prueba está fuertemente vinculada a la comunicación que se recibe y para terminar sobre lo resuelto, nexo de interrelación que tendrá que poseer forzosamente relevancia jurídica

Por ejemplo:

“Se ha detectado que el lugar donde se encuentre situado un panal de abejas, es una lugar de por si más limpio y saludable”

Empero si decimos:

“ El día jueves una cámara de seguridad del edificio “ la joya” situado en el lugar de los hechos, donde una persona de aproximadamente 24 años, de sexo femenino, murió a causa de un certero disparo de un arma blanca, presuntamente un revolver por el tatuaje que la bala dejo en su cuerpo ya inerte, podemos decir que las pruebas en este caso los videos que menciona en el edificio, va a converger al juez y este por ende va a decidir si es que aprueba o no aprueba dicho material que mencionamos, dicho esto también es preciso aclarar que él va a tomar la decisión acerca de que este amerita o no ser un medio probatorio, y que si este despeja o no la duda, con relación a los hechos que acontecen de materia penal, conclusión que llegara mediante una valoración debida del caudal probatorio.

Los medios de prueba, entonces, están orientados a la verificación de afirmaciones a cargo del juez, quien deberá determinar que lo que las partes han averiguado fuera del proceso y han afirmado dentro de este, entonces estas resultan manifestaciones concretas y dan pie a ser valoradas con las debidas garantías procesales que inspiran el debido proceso, para tal efecto la prueba se encuentra protegida por los principios del título preliminar del nuevo ordenamiento jurídico penal

En todos los procesos penales, se tiene que hacer un peculiar análisis y atención a la conducta del imputado si es que en este hubo dolo o culpa, si es que en esta hubo acción u omisión o simplemente no se instalaron las condiciones de punibilidad que hicieran del evento materia de probanza dentro del proceso.

Carlos del Rio Ferreti, sostiene, en correspondencia a ello, que “un sistema de prueba se puede definir como el estatuto que regula la forma de indagación de los hechos dentro del proceso, que se manifiesta en la determinación de formas y los medios; y en el modo de valorar los medios. (HERMOSILLA IRIARTE, 2006, pág. 51)

José Miguel Piquer Mari, al investigar sobre la carga de la prueba en la jurisprudencia romana clásica, realiza una apreciación que considero se encuentra presente en el que hace procesal penal de la actividad probatoria, particularmente, valido en el sistema acusatorio no inquisitivo; el autor señala la existencia de tres aspectos relevantes y resaltantes, sobre el peculiar, estos son:

- a) Que la prueba corresponde a las partes
- b) Estas aprueban el fundamento de sus alegaciones y,
- c) La necesidad de probar depende de las situaciones de ventaja o desventaja de las partes. (PIQUER MARI, 2006, págs. 63-78)

Miranda Estrampes señala que:

“Tanto vale tener un derecho, cuanto no poder probarlo” y en segundo lugar expresa el autor que “la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el juez en el marco del proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal”. (MIRANDA ESTRAMPES, 1997, pág. 19)

Para Tome García, “la prueba, en el proceso penal, es la actividad probatoria de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de este último, sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes que se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral. (TOME GARCIA, 1995, pág. 454)

Domingo García Rada expone que “las pruebas son los medios por los cuales el juez obtiene experiencias que le sirvan para juzgar” y citando a Carnelutti el autor precisa que “las pruebas son las llaves que abren las puertas a lo desconocido, Las pruebas son indispensables en todo proceso y sin ellas no puede darse condena alguna. Mientras se desarrolla el proceso, el inculcado tiene la condición de inocente y goza de derechos, que merecen respeto, con limitaciones que no afecten a su integridad física y psíquica. La persona humana sigue intacta, solo con recortes en la libertad ambulatoria. Declarado culpable sufrirá la pena impuesta pero siempre será considerado como persona humana, pues uno de los fines de la pena es procurar su readaptación. A todo procesado se le considera inocente mientras no se acredite lo contrario y la prueba tiene como finalidad destruir esa presunción”. (GARCIA RADA, 1984, pág. 162)

Alex Carocca Pérez, considera que “ en el ámbito del proceso se requiere la prueba, por que quien debe pronunciar la decisión sobre la absolución o condena frente a una decisión es un tercero, que no ha podido presenciar los hechos y que por lo tanto debe ser convencido de la efectividad de las afirmaciones que efectúa el acusador y, eventualmente, el acusado, por esa razón, es que el juicio se justifica en la medida en la medida que está destinado a producir esas nuevas afirmaciones emanadas de terceras personas que podrían convencer al tribunal a cargo deben producir certeza en las afirmaciones iniciales de las partes contenidas en la acusación y también en la contestación.

Con relación a la prueba, Piña Rochefort formula que “el *mens rea* no se presume. Es necesario probarlo y el *onus probandi* recae en la acusación” y citando un extracto del contenido del Acta de Justicia criminal de 1967, el autor comenta que “ en una corte o jurado, para determinar si una persona ha cometido un delito a) No deberá presumir

legalmente que lo perpetro *con intención* que *previno los resultados de su acción*, por la sola razón de ser consecuencia natural y probable de dicha acción; si no que b) deberá decidir si tuvo la intención o previo el resultado atendiendo a toda carga probatoria presentada, trazando sus deducciones desde la prueba, según aparezca adecuado a las circunstancias. (ROCHEFORT, pág. 71)

Michelle Foucault, en su obra *la verdad y las formas jurídicas*, equipara la actividad probatoria con la indagación; así precisa que la indagación es precisamente una forma política, de gestión, de ejercicio, del poder, que por medio de la institución judicial, paso de ser, en la cultura occidental, una manera de autenticar la verdad, de adquirir cosas que habrán de ser consideradas como verídicas y de transmitir las. La indagación es una forma de saber- poder y es el análisis de ese tipo de formas lo que nos conducirá al análisis más estricto de las relaciones que existen entre los conflictos de conocimiento y las determinaciones económico políticas. (FOUCAULT, 2003, pág. 92)

2.2.2. Principios generales de la prueba

La historia de codificación procesal penal en nuestro país remonta al año 1863, periodo en el que se encontraba vigente el Código de Enjuiciamiento Criminal, cuya característica principal era la potestad de defensa y fallo, la cual recaída plenamente en el juez mediante la realización de un proceso sumario, secreto, plenario y público; le siguió, luego el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, ordenamiento penal que pretendió instaurar la institución del jurado como un proceso escrito, además de reservado con un juicio oral y público, pero este modelo no se adecuaba con nuestra realidad y de esta manera fracasando en su implementación. Es así que nace el Código de Procedimientos Penales de 1940, caracterizado por ser un

modelo mixto, inquisitivo, empleando entre otros un método suprimible; el Código Procesal de 1991 que, a ciencia cierta ni entro en vigencia y finalmente, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, vigente en algunos distritos judiciales del país, por su aplicación y vigencia progresivas.

El sistema penal clásico que adopto nuestro país, asentado en el desarrollo del debido proceso penal con una etapa inquisitiva, con la principal característica de la persecución y captura del agente activo del delito, u una etapa acusatoria donde mediante debates netamente públicos se ejerce el poder de punir por parte del estado, ésta siendo reemplazado evolutivamente por los alcances normativos del nuevo código procesal penal de 2004, en la búsqueda de corregir y, según algunas opiniones, descartar de una vez el desorden de la tramitación de los procesos y evitar la acumulación innecesaria de la carga penal, con el consecuente descarte de los procesos muy prolongados con la utilización de excesivos formalismos y visos de corrupción.

El nuevo sistema procesal penal ampara un sistema totalmente distinto a la posición mixta o clásica, y se constituye en una estructura normativo- funcional “ acusatorio garantista adversarial”, donde las partes, es decir Ministerio de Defensa y Ministerio Publico, participan oralmente en el debido proceso, generando pruebas e interrogando a los testigos, peritos entre otros, lo que le permite al juez una total imparcialidad al momento de emitir su veredicto final, sobre las bases de oralidad y garantismo.

Luigi Ferrajoli, en su tratado de Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, explica que aun cuando este ideal esta recibido en la constitución como parámetro de racionalidad , de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica, tanto si se considera en la legislación penal ordinaria como si se mira a la jurisdicción o peor aún, a las prácticas administrativas y

policiales; Ferrajoli distingue tres aceptaciones de la palabra garantismo, algunos extractos que se trasladan a continuación, exponen:

“ 1. De acuerdo a una primera aceptación, la palabra garantismo, denomina un modelo normativo de derecho: precisamente por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “ estricta legalidad” propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognitivo o de poder mínimo , en el aspecto político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y engrandecer la libertad, y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos, en conclusión es garantista todo sistema penal que se amolda normativamente a un tipo de modelo y lo satisface de manera efectiva ..”

2. La teoría del derecho y crítica del derecho es una segunda aceptación, “garantismo” designa una teoría jurídica de “validez y de efectividad como categorías distintas, no solo entre sí, también con respecto a la “existencia” o “vigencia” de las normas. En ese sentido, la palabra garantismo expresa una aproximación teórica que mantiene separados al “ser” y el “deber ser” en el derecho; e incluso propone, como cuestión teórica central, la divergencia existente en los ordenamientos complejos entre modelos normativos y prácticas operativas, interpretándolas mediante antinomia que subsiste entre validez de los primeros y efectividad de las segundas...

3. filosofía del derecho y crítica de la política. Es la tercera acepción, en fin, garantismo designa una filosofía política que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituyen precisamente la finalidad de ambos. En este último

sentido el garantismo pre-supone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir entre ser y debe ser del derecho. (FERRAJOLI, 2003, págs. 851-854)

Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba

La mayoría de la doctrina sustenta que este principio está estrechamente relacionado con el anterior en virtud de que con este principio se busca obtener la eficacia de la prueba para así poder obtener el convencimiento del juzgador imparcial.

Este principio complementa el anterior. Si la prueba es necesaria para el proceso, debe tener eficacia jurídica para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos que sirven de presupuesto a las normas aplicables al litigio, o a la pretensión voluntaria, o a la culpabilidad penal investigada. No se concibe la institución de la prueba judicial sin esa eficacia jurídica reconocida por la ley, cualquiera que sea el sistema de valoración y de aportación de los medios al proceso, pues este principio no significa que se regule su grado de persuasión, sino que el juez, libre o vinculado por la norma, debe considerar la prueba como el medio aceptado por el legislador, para llegar a una conclusión sobre la existencia o inexistencia y las modalidades de los hechos afirmados o investigados. (ECHANDIA, 1974, pág. 117)

Principio de la unidad de la prueba

Dentro de un proceso se presentan diversos tipos de prueba por ambas partes y en algunos casos también se dan pruebas de oficio; dichas pruebas pueden ser típicas tales como declaración de parte, declaración de testigos, inspección judicial, documentos, etc.; o en su defecto puede ser pruebas atípicas tales como grabaciones, videos, etc. Cualquiera que

sea el tipo y la cantidad de pruebas, todas estas deben ser apreciadas como un conjunto probatorio, vale decir debe ser examinado por el juez no como individuales sino como una unidad probatoria.

Generalmente la prueba que se aporta a los procesos es múltiple: a veces los medios son diversos (testimonio, indicios y documentos); a veces hay varias pruebas de una misma clase (varios testimonios o documentos, etc.). Este principio significa que el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontarlas diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme. La importancia de este principio se pondrá de presente al tratar de la apreciación de las pruebas.

Principio de la comunidad de la prueba, también llamado de la adquisición

La finalidad que tiene una prueba es llegar a determinar la realización de algún hecho que es materia del proceso, la prueba no necesariamente va a beneficiar a quien la presenta; su principal objetivo es llegar a esclarecer todos y cada uno de los hechos que se discuten dentro del proceso.

Consecuencia de la unidad de la prueba es su comunidad, esto es, que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie, puesto que, una vez introducida legalmente al proceso, debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria; que bien puede invocarla. Como el fin del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen los elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado, nada importa quien las haya pedido o aportado; desde el momento que ellas producen la

convicción o certeza necesaria, la función del juez se limita a aplicar la norma reguladora de esa situación de hecho. (Couture, 1948)

Principio del interés público de la función de la prueba

La prueba es uno de los medios más importantes para el Juez al momento de fundamentar su decisión, entonces podemos que la prueba es de interés público o general ya que la decisión del juez va más allá del proceso ya que sirve a la justicia; y dentro de la justicia se encuentra ínsito el interés público.

Siendo el fin de la prueba llevarla certeza a la mente del Juez para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso, como lo hay en este, en la acción y en la jurisdicción. (ECHANDIA, 1974, pág. 121)

El fin de interés general de la prueba fue estudiado por Florian cuando dijo que, como el juez debe enunciar en la sentencia los motivos de la decisión y entre ellos ocupa lugar preeminente el examen de la prueba. “Aparece evidente que la prueba tiene un fin que va más allá de la persona del juez, y se refleja y expande en el amplio dominio de la conciencia social a través de los diversos órganos de control de que dispone de la sociedad”. (FLORIAN, 1961, pág. 9)

Principio de la lealtad y probidad o veracidad de la prueba

Como se explica en el principio anterior la prueba tiene dentro de su función, interés general. Dicha prueba no puede usarse para disfrazar o deformar la realidad, y de esa manera tratar de inducir al juez a engaño, si no debe estar orientada a la lealtad y veracidad. La prueba debe ser verídica, los hechos que se funden en ella deben haber existido realmente.

Claro es que la lealtad y la probidad no rigen solo para la prueba, si no para el proceso en general y deben reflejarse en la demanda, en las excepciones, en los recursos y en toda clase de actos procesales como lo explicamos al tratar precisamente del “principio de buna fe y lealtad procesal” que es una de las bases del derecho procesal.

Florian dice al respecto que la probabilidad procesal se impone por la lógica y el sentido común y que es requisito intrínseco de la prueba que esté libre de dolo y violencia. (FLORIAN E. , 1961, págs. 156-176)

Couture expresa el mismo con concepto, pero en los siguientes términos. “Pero la lucha también tiene sus leyes y es menester respetarlas para que no degeneren en un combate primitivo. Las leyes del debate judicial no son solo las de habilidad sino también de lealtad, la propiedad, el respeto a la justicia. (COUTURE, 1948, pág. 139)

Principio de contradicción de la prueba

Es consecuencia del anterior y se aplica tanto al proceso penal como civil entre otros. Significa que la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de comprobar, es decir que debe llevarse la causa de conocimiento y audiencia de todas las partes; se relaciona con los principios de unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el contrincante, es apenas natural que disfruten de oportunidad de intervenir en su práctica, y con el de la lealtad en la prueba, pues esta no puede existir sin la posibilidad de contradecirla.

El principio de contradicción lo encontramos tanto en materia civil como penal, está estrechamente ligada con el derecho de defensa. Podemos definirla como el principio en virtud del cual la parte contra la cual se ha impuesto una prueba tiene todo el derecho de

conocerla y si es el caso de refutarla hasta llegar a comprobar su cometido, las partes están en todo el derecho de llegar a averiguar la existencia o no de los hechos alegados por la contraparte, mediante la utilización de medios necesarios.

Se rechaza la idea de la prueba practicada en secreto o a espaldas de las partes o al menos de una de ellas y el conocimiento privado de juez sobre hechos que no constan en el proceso ni gozan de notoriedad general, e implica el deber de colaboración de las partes con el juez en la etapa de investigación del proceso. Es tan importante, que debe negársele valor a la prueba practicada con su desconocimiento, como sería una prueba que no fue decretada en el procedimiento escrito. Los autores exigen generalmente la contradicción de la prueba como requisito esencial para su validez y autoridad.

Cuando la prueba se practica antes de proceso o extrajudicialmente, lo cual puede ocurrir en materia de testimonios e inspecciones judiciales, debe ratificarse luego durante su curso, para que este principio quede satisfecho. Sería conveniente exigir, como en los EEUU, que para practicarse esas pruebas antes del proceso se cite a quien deba ser luego su oponente, con el fin de que pueda intervenir en su práctica. (Wigmore, 1942.pag.72)

Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

Se relaciona íntimamente con el principio anterior, pero no se identifica con él. Este principio está relacionado más con los derechos que tienen las partes a acceder al sistema de justicia para proponer pruebas, pertinentes para el proceso, adicional a este principio ellos pueden elegir contradecir o no las pruebas de la contraparte

Para que haya esa igualdad es indispensable la contradicción con todo, este principio va más allá: que la parte dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario.

Es un aspecto del principio más general de la igualdad de las partes ante la ley procesal, que expusimos en otro lugar.

Micheli exige que exista un trato procesal similar en materia de pruebas, en el sentido de que se exija a las partes por igual la prueba de los diversos hechos que interesan al proceso y que de ellas tenga idéntica necesidad de alegar su prueba, por el contrario, la condición del demandante o demandado y la posición frente a cada hecho interviene en cada posición como podemos ver, el principio fundamental de la carga de la prueba. Aquí se tiene en cuenta el efecto jurídico concreto perseguido por cada parte, sus pretensiones excepciones, lo mismo que la condición intrínseca de lo hecho cuando goza notoriedad general o de presunción legal. Puede decirse que, en principio la actividad probatoria recae sobre el demandante, en el sentido de que, si este no prueba nada su demanda será desestimada, sin que esto signifique que al demandado no le interese demostrar sus excepciones y que no esté sujeto también a la carga de la prueba pero ambos deben disponer de igualdad de oportunidades para hacer practicar o aducir las pruebas que estimen favorables a sus intereses.

Principio de la formalidad y legitimidad de la prueba

Significa que la prueba debe ser llevada al proceso con los requisitos que se encuentran establecidos en la ley, vale decir, las formalidades de materia, lugar y tiempo, cabe decir que las formalidades dependen de los sistemas o clases de procesos, por otra parte, en relación a la legitimidad se refiere a que las pruebas deben ser obtenidas por medios meramente lícitos, es decir medios legales.

Al tratar del sistema de la libre apreciación de las pruebas vimos que este no es incompatible con las formalidades procesales para la eficacia de las practicadas en el juicio, sino que, por el contrario, es preciosa garantía para la defensa del acusado en el

proceso penal y para la contradicción, lealtad e igualdad de oportunidades en el proceso civil. Estas formalidades permiten que las pruebas gocen de oportunidad, que disfruten de la publicidad y no se lleven secretamente, y, en fin, que ofrezcan garantías de publicidad veracidad. Este principio tiene dos aspectos: Con arreglo al primero, para que la prueba tenga validez se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley; el segundo exige que utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para alegarla, es completamente indispensable a los cuatro anteriores, y rige por igual para cualquiera sea el proceso. (DEVIS ECHANDIA, 1970, pág. 125)

Las formalidades se distinguen según el sistema sea dispositivo, inquisitivo, oral o escrito y según la clase de proceso, la legitimidad de la prueba consiste según Silva Melero, en que se debe obtenerse la prueba “por los medios legítimos y las vías derechas”, excluyendo las calificadas de “fuentes impuras de prueba”, se observa moralidad licitud y precedencia de la prueba. (SILVA MELERO, 1963, págs. 29-30)

Principio de legitimación para la prueba

Significa que cada parte puede solicitar y alegar que le sirvan para acreditar los hechos que sustentan, este principio exige que el funcionario que lo reciba o practique tenga la legitimidad para ello.

Este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para alegarla, es decir, el juez, cuando tiene facultades inquisitivas, y las partes principales o secundarias, e inclusive transitorias o intervinientes incidentales; por último, respecto a la cuestión

que motiva su intervención, requiere que el funcionario que la reciba o la practique tenga la facultad procesal para ello.

Micheli afirma que no siempre el sujeto legitimado para la prueba provenga de un sujeto legitimado para legarla para la causa, pues ocurre muchas veces que quien podría obrar en el proceso con debida legitimación no haya transcurrido y que quien se aparte procesal carezca de legitimación en la causa.

Puede decirse que la legitimación para la prueba es común, en cuanto la comunidad de la prueba exige que cada parte pueda solicitar y aducir las que sirvan para acreditar los hechos que interesan al proceso, quien quiera que los haya legado, pues cualquiera de dichas partes puede aprovecharse de las pedidas o presentadas por su adversario.

Principio de preclusión de la prueba

Esta apretadamente vinculado con la formalidad de tiempo y de oportunidad para su práctica, el proceso se halla articulado en periodos o fases, dentro de ellos debemos ubicar le momento en que debe practicarse la prueba, siendo ineficaz aquellos actos relacionados con la práctica de la prueba que se realizan después.

“(…) El principio de preclusión está representado por que las diversas etapas del proceso que se desarrollan en forma consecutiva, mediante la clausura definitiva de cada una de ellas, impidiéndose el regreso de etapas y momentos procesales ya extinguidos y consumados.

Así, el no apelar dentro del término opera la extinción de esa facultad procesal, no la producción de la prueba en el tiempo agota la posibilidad de no hacerlo posteriormente, la falta de alegación o de expresión de agravios en el tiempo fijado impide hacerlo más tarde. En todos estos casos se dice que hay preclusión, en el sentido que, no cumplida la

actividad dentro del tiempo dado para hacerlo, queda clausurada la etapa procesal respectiva. Se subraya así la estructura articulada del juicio a que se ha hecho alusión. Transcurrida la oportunidad, la etapa del juicio se clausura y se pasa a la siguiente, tal como si una especie de puerta se cerrara impidiendo así su regreso (...)"'. (Couture, 1948)

Florian opina que para la prueba penal no deben existir preclusiones y que no deben señalar los términos o límites absolutos para su recepción, salvo los inevitables para ponerle fin al proceso; dice que el juez penal debe tener facultades para ordenar una ampliación de la instrucción, así sea suspendiendo la sentencia de fondo, para facilitarle la investigación de la verdad real. (FLORIAN E. , 1961)

Principio de la inmediación y la dirección del juez en la prueba

Es aquella relación directa que debe existir entre el juez y la prueba, se puede dar a cabo al momento de presentar las partes con la presencia del juez, quien al observar al testigo puede sentir su seguridad, miedo etc., es el juez quien recibe de primera fuente su declaración

Con respecto a la dirección del juez, se entiende que este principio se da durante todo el proceso, es que en virtud del cual el juez puede pedir que se actúen pruebas que cree que son apropiadas para el caso.

Este principio contribuye a la autenticidad, la seriedad, la oportunidad, la pertinencia y la validez de la prueba. De lo contrario el debate probatorio se convertiría en una lucha privada y a la prueba dejaría de tener carácter de acto procesal de interés público. La inmediación es un principio general del proceso, pero su importancia se acrecienta en relación con la prueba, tanto en el proceso civil como en el penal. En los procedimientos orales que imponen la recepción en audiencia de las pruebas presentadas por las partes u

ordenadas por el juez oficiosamente, se cumple mejor la inmediación, esta permite al juez la mejor apreciación de la prueba en especial en casos de testimonios, indicios etc.

Framarino dei Malatesta enseña lo siguiente: “Para que la voz de las pruebas llegue sin alteraciones del ánimo del juez, es menester que ellas se presenten, en cuanto sea posible, de manera inmediata al juzgador, a fin de que este pueda examinarlos directamente y no a través de la indecisa penumbra de las impresiones de otras personas o de las equivocadas expresiones de otras cosas. (FRAMARINO DEI MALATESTA, 1964, pág. 101)

Y Dellepiane dice que la función del juez deber ser similar a las del investigador científico o del historiador, cultivadores de las disciplina reconstructiva, en cuanto su tarea es buscar y allegar rastros y documentos, para establecer por medio de ellos la existencia de hechos fenecidos.

Principio de imparcialidad del juez en dirección y apreciación de la prueba

Es el complemento indispensable del anterior y sirve para refutar las principales objeciones que los viejos civilistas le hacen al proceso civil inquisitivo y con libertad de apreciación de las pruebas, en el cual sin duda tiene mayor importancia, pero sin que sea poca en el dispositivo con tarifa legal, el juez siempre debe estar orientado a averiguar la verdad, tanto cuando decreta pruebas oficiosamente o a solicitud de parte, como cuando valora los medios allegados al proceso.

La imparcialidad del juez debe presumirse, a menos que exista alguna causal contemplada por la ley como motivo de impedimento y recusación, en cuyo caso competencia subjetiva y moral para el proceso, no solo para las pruebas, lo obliga a dejar su conocimiento voluntariamente, o lo somete a que sea separado por otro juez.

El juez debe ser imparcial, así mismo debe garantizar el derecho a la defensa y debe mantener a las partes e igualdad de condiciones.

La imparcialidad o neutralidad del juez debe darse tanto en la dirección del proceso como en la apreciación razonada de los medios de prueba. El juez no puede usar criterios subjetivos, no tener ningún interés personal en la cuestión sometida a su decisión.

Principio de la originalidad de la prueba

Este principio exhorta a que la prueba deba conseguirse en su fuente de origen sin intermediarios, la prueba debe ser directa.

La prueba en lo posible debe referirse directamente al hecho a probar para que sea prueba de este, excluyendo a los testigos de oídas, en cierto punto.

Carnelutti menciona que los hechos permanentes que existen en el momento del proceso y los transitorios que ocurren en presencia del juez, pueden ser conocidos directamente por este. Es decir, la prueba original ser directa o indirecta; en cambio, la no original es siempre indirecta.

Principio de concentración de la prueba

Este principio quiere decir que debe procurarse practicar la prueba de una vez, en una misma etapa del proceso.

Todo debido a que según Schonke, la practicada por partes o repetida, “pone en peligro no pocas veces la averiguación de la verdad” impide el debido cotejo, la mejor apreciación. (SCHONKE, 1950, pág. 209)

Al repasar los principios generales del derecho vimos que uno de ellos es precisamente el de concentración, que se refiere a los actos del proceso en cada instancia y que se cumple mejor en el sistema oral.

Principio de libertad de la prueba oral

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajuste a la realidad, es indispensable otorga libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, a excepción de aquellas que por temas de moralidad versen sobre hechos que no es posible investigar, o que resulten inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias o sean claramente impertinentes o idóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo, Dos aspectos tienen este principio: Libertad de medios de prueba y libertad de objeto, significa el primero que no se ve limitar los medios admisibles como sucede en algunos procedimientos y lo segundo indica que pueda privarse todo hecho que de alguna manera influya en el proceso.

Florián, considera uno de estos principios como fundamentales del derecho probatorio, y afirma que

“la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales” y que, en un principio animador del proceso, domina el campo penal. En punto observa que “la averiguación de la verdad material exige que se pueda conseguir la utilización de los órganos y medios de prueba, y que se obtenga de ellos el rendimiento más efectivo, sin que intereses de las partes opongan obstáculos, para disminuir este rendimiento” los derechos de las partes deben protegerse de manera eficaz, adoptándose de las medidas necesarias para la defensa del contradictorio. (FLORIAN E. , 1961, págs. 125-513)

Principio de la pertinencia, idoneidad o conducencia y utilidad de la prueba

Puede decirse que este representa una limitación al principio de la libertad de la prueba, pero es igualmente necesario pues significa que el tiempo y el trabajo de los funcionarios judiciales y de las partes en esta etapa del proceso no pueden perderse en la práctica de los medios por si mismos o por su contenido no sirvan en absoluto para los fines propuestos y aparezcan claramente improcedentes o inidóneos. De esta manera se contribuye a la concentración y a la eficacia procesal de la prueba.

La prueba aportada a juicio deber ser pertinente entendiendo dicha pertenencia como esa adecuación que debe existir entre el hecho que quiere probar y la prueba presentada, es aquella relación entre lo que se pretenden demostrar y el tema principal del proceso. Por otra parte la conducencia es aquella idoneidad que debe tener una prueba para que así pueda demostrar determinado hecho; en términos más sencillos es una comparación que se realiza entre el medio de probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede o no demostrar en el proceso con el empleo de ese medio probatorio, Por último, con referencia a la utilidad deben ser presentadas aquellas pruebas que sirvan y aporten al proceso no debe ser aceptadas todas las pruebas que las partes propongan, sino solo aquellas que sirvan para esclarecer y probar todos los hechos decisivos en el proceso.

Principio de la naturalidad o espontaneidad y licitud de la prueba y respeto a la persona humana

Este principio de la naturalidad o espontaneidad de la prueba incluye la prohibición y sanción de testimonios, dictámenes periciales, traducciones o copias, que hayan sido falsificados o alterados sea en virtud de dinero o de beneficio de otro orden o mediante de coerciones al testigo de la parte interesada o el mismo perito, hechos que constituyen

delitos. Igualmente implica la prohibición de alterar materialmente las cosas u objetos que más adelante servirán como pruebas por ejemplo, las huellas, lineros etc.

En resumen este principio se opone a todo procedimiento ilícito para la obtención de la prueba y lleva a la conclusión de que toda prueba que lo viole debe ser considerada ilícita y por tanto sin valor.

Para explicar la naturalidad debemos entender que es uno de los principios más importantes del derecho de esta manera es decir, cuando el juez comienza a escuchar a los testigos, entra en función en el principio de inmediación y este, será adoptado por el juez a la hora de ver la forma más natural de relatar los hechos, por otra parte el principio de ilicitud de la prueba refiere a que las pruebas aportadas deben pasar un filtro y de esa manera poder comprobar si su obtención fue lícita o no.

2.2.3. Tutela Constitucional de Derechos a la Tutela de la Prueba

Como ya lo sabemos, los derechos fundamentales no son solamente meros derechos públicos subjetivos, es decir, aquellas libertades que garantizan la preservación de una esfera de autonomía personal oponible al Estado, sino que en la actualidad se constituyen como proyección o expresión de un sistema de valores que trascienden a todo ordenamiento jurídico, siendo unas de las principales tareas del Estado Democrático y Social de Derecho la búsqueda de mecanismos que permiten hacer efectiva la tutela de tales derechos.

Sabemos que culminada la segunda guerra mundial, se comenzó a promover la defensa de los derechos fundamentales, con el reconocimiento de las Constituciones, como normas supremas de cada uno de los Estados.

Este fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales fue sustancialmente influenciado por la corriente de pensamiento denominada “neoconstitucionalismo”.

En la doctrina italiana, el neoconstitucionalismo, viene siendo estudiado y examinado desde sus diversas variantes o topos, como son la teórica, la ideológica y la metodológica.

Cierto sector de la doctrina italiana ha sintetizado las principales características de este movimiento, contraponiéndolas a las de constitucionalismo tradicional, en las siguientes:

- 1) Principios versus normas, sino de normas y principios.
- 2) Ponderación versus subsunción, en virtud del cual se resalta el peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios.
- 3) Constitución versus independencia del legislador, por la que se sostiene que la Constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales; y
- 4) Jueces versus libertad del legislador, por la que se defiende una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. (POZZOLO, 2001, pág. 339)

Carlos Nataren, señala que:

Para la doctrina española, los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de ciudadanos frente a los jueces y tribunales, y tienen una dimensión objetiva que los hace

diferentes al resto de derechos fundamentales, que aunque tienen por finalidad directa la reparación del daño en la esfera de los derechos de los individuos, lo cierto es que redundan en un beneficio para toda la administración de justicia.

Luigi Ferrajoli, afirma que:

Los derechos fundamentales que reconoce y norma la Constitución de un Estado son distintos a las garantías de esos derechos, las cuales son aquellos medios o instrumentos procesales constitucionalizados mediante los cuales es posible la realización o eficacia de los primeros. (FERRAJOLI, 1999)

2.2.3.1. Tutela constitucional de la prueba

El Dr. Luis Alfaro Valverde indica lo siguiente respecto a la tutela constitucional de la prueba:

Con la redefinición del proceso en el marco del Estado Constitucional de Derecho, se pretende superar su concepción tradicional y dogmática, de modo tal que este pueda constituirse en un mecanismo idóneo y eficaz; por ello, se sostiene que los derechos fundamentales poseen una dinámica procesal, o dicho de otro modo, la dimensión constitucional del proceso. Estos sucesos han originado también una nueva configuración de determinadas instituciones procesales que fueron realzadas a la categoría de derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la prueba (derecho fundamental de naturaleza procesal) (Alfaro Valverde, 2017, pág. 228)

La jurista Eugenia Ariano Deho, citada por Luis Alfaro Valverde, señala cual ha sido la consideración histórica de la prueba en los diversos sistemas jurídicos:

Durante las últimas décadas, en muchos sistemas jurídicos los medios de prueba o, más precisamente, el derecho a la prueba, ha sido materia de atención en el contexto de garantías fundamentales de la justicia. En efecto, históricamente concebir la prueba como un derecho no es un tema reciente, por el contrario, - como afirma la jurista nacional Ariano Deho- ha sido en gran parte la obra lenta, laboriosa, tenaz- aunque a veces vacilante- de la jurisprudencia constitucional europea, así como de aquella doctrina que abandona los placeres de la visión dogmática del proceso, se adentró en la individualización de las garantías mínimas que cualquier proceso debe reunir para ser considerado un auténtico proceso, cual instrumento de tutela de nuestros derechos, y se empeñó laboriosamente en la configuración de un modelo universal de garantía constitucional del proceso, entre cuyos componente sobresale justamente el derecho a la prueba. (Ariano Deho, 2003, pág. 170)

En concordancia con lo señala por Eugenia Ariano Deho, el Dr. Alfaro Valverde realiza una explicación sobre cómo se realizó el proceso de constitucionalización del derecho de la prueba:

Si bien es cierto el derecho a la prueba se originó en primer orden como el inexorable resultado o consecuencia de la influencia del fenómeno de la constitucionalización de los derechos fundamentales; y en segundo orden por el influjo de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, no es menos cierto que la justificación de su constitucionalización, en el derecho nacional y comparado, además se fundamenta por la especial importancia o relevancia que adquiere la actividad probatoria, en la medida que cumple la finalidad de fijar los hechos a los que el juez, en su sentencia, determinará el derecho. (Alfaro Valverde, 2017, págs. 228-229)

2.2.3.2. La prueba como derecho implícito

De manera introductoria a la prueba como derecho implícito, el Dr. Luis Alfaro comenta lo siguiente:

Es conocido que la mayoría de Constituciones, se estructuran o diseñan uniformemente teniendo en cuenta dos segmentos o partes: la dogmática y la orgánica o formal. Justamente es en la primera donde encontramos la descripción o enumeración de una serie de derechos fundamentales. Estos a su vez pueden ser propuestos de manera expresa o manifiesta, pero también, en algunas ocasiones, son implícitos o tácitos cuando nacen a partir de las primeras. Incluso, pueden existir otros derechos “no enumerados” o “no escritos” que surgen de la dignidad del ser humano y del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 3 de la Constitución Política).

En tal sentido, entre estos derechos localizamos al derecho a la prueba y su consideración como contenido implícito del derecho al debido proceso. Efectivamente, en el sistema peruano, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales, el derecho a la prueba no disfruta de una declaración expresa y menos independiente en la Norma Constitucional; empero, tal situación no significa que se encuentre fuera de la tutela constitucional. Por el contrario, goza de reconocimiento y protección básicamente porque forma parte del contenido esencial de otro derecho fundamental de naturaleza procesal, como es el debido proceso, regulado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. (Alfaro Valverde, 2017, pág. 230)

El Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, se ha pronuncia sobre la prueba como derecho constitucional implícito, según señala Alfaro Valverde:

El formante jurisprudencial constitucional peruano es uniforme al establecer que se trata esencialmente de un derecho implícito al debido proceso. Por ejemplo, en la STC Exp. N° 0010-2002 AI/TC, de fecha 3 de marzo del 2003, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado afirmando que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Es decir, el derecho fundamental a la prueba (contenido) forma parte de una colección de derechos que constituye el estándar o patrón mínimo del debido proceso (continente), entre las cuales se encuentra también el derecho al juez natural, el derecho a la defensa, a la pluralidad de instancias , entre otros de naturaleza procesal. Así el Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 2456-2004-AA/TC, del 21 de junio del 2005, ha puntualizado que “el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural- jurisdiccional predeterminando por la ley- el derecho de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones”.

Dicha relación de contenido a continente se aprecia también refiriéndose a la tutela procesal efectiva (símil del debido proceso) en el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, que establece: “se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se

respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley.” (Alfaro Valverde, 2017, pág. 232)

El Dr. Luis Alfaro Valverde además señala lo siguiente al respecto de la prueba como derecho implícito:

Consideramos que si bien es cierto conforme a la tendencia jurisprudencial y doctrinal expresada, es un hecho innegable que el derecho a la prueba sea prima facie un derecho implícito del derecho fundamental al debido proceso, no es menos cierto que la prueba, dada su relevancia en el nuevo contexto constitucional, viene adquiriendo una vitalidad autónoma, que posiblemente se vaya fortificando y emancipando en nuestro sistema constitucional en la medida en que pase el tiempo. Del mismo modo el Tribunal Constitucional peruano, en reiteradas oportunidades, ha manifestado que existen situaciones en que resulta factible identificar en el contenido de un derecho expresamente reconocido otro derecho que, aunque susceptible de entenderse como parte de aquel, sin embargo, puede ser configurado autónomamente, como es el caso del derecho a la prueba. (Alfaro Valverde, 2017, pág. 232)

2.2.3.3. Importancia de la prueba en el derecho y en el proceso

“El juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese

minúsculo cerco es la prueba”. (CARNELUTTI, 1955, pág. 18) con esta hermosa expresión Francesco Carnelutti hacía referencia sobre la importancia de la prueba a mediados del siglo pasado.

La prueba adquiere su importancia debido a que sin ella los derechos subjetivos de una persona serían simples apariencias frente a las demás personas o frente al Estado y las instituciones públicas emanadas de éste. Como señala el jurista y procesalista colombiano Devis Echandia:

Toda norma jurídica es, por esencia, violable, ya que regula conductas humanas y parte de la base de que éstas pueden tener otra manifestación, por lo cual se hace indispensable exigir la contemplada en ella. Por lo tanto, sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podía ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. (ECHANDIA, 1974, pág. 13)

Jeremías Bentham escribió lo siguiente en referencia a la importancia de la prueba, “el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.”

Cabe resaltar que el fin principal del proceso es la realización del derecho como satisfacción de un interés público del Estado y el fin secundario es la correcta resolución de los litigios o solución de la petición del actor, en caso no exista litigio, como dice Devis Echandia:

Para poder cumplir esos fines, el proceso necesita entrar en contacto con la realidad del caso concreto que en él se ventila, pues si el juez no conoce

exactamente sus características y circunstancias, no le es posible aplicar correctamente la norma legal que lo regula y declarar así los efectos jurídicos materiales que de ella deben deducirse y que constituirán el contenido de la cosa juzgada, en estricta congruencia con la demanda y las excepciones. (Devis Echandia, 1974, pág. 14)

La importancia de la prueba se encuentra muy bien graficada en el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo.

2.2.4. Medio de Prueba

Algunos autores explican el significado del aspecto enunciado citando lo siguiente:

Los medios de prueba son aquellos instrumentos y órganos que están encargados de suministrar al juez el conocimiento de los hechos que conjuntamente integran el tema de prueba; dichos instrumentos pueden ser de carácter material, tales como los documentos, fotos, etc. O inmateriales tales como la inspección judicial, la declaración de parte, dictamen pericial, etc. (Martínez Letona, 2018)

Es el camino para describir como ese hecho se introduce en el proceso, es el acto o modo usado por las partes para proporcionar el conocimiento al juzgador. Además la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del imputado. (Bravo Barrera, 2010)

Consiste, en primer lugar, en una actividad de “percepción del juez”, a través de la cual éste toma contacto con las fuentes que le permitirán obtener conocimiento de los hechos; consiste, además, en una actividad de

“deducción del juez”, por la cual éste aplica las reglas de la experiencia para acceder a los hechos sobre los que recae la prueba; en fin, consiste en la vía por la cual el magistrado puede conseguir una fijación de los hechos del pleito. (Meneses Pacheco, 2008)

Según lo inferido anteriormente, indicamos el siguiente concepto general:

Son los elementos o instrumentos que se utilizan con el propósito de demostrar la certeza de los hechos controvertidos en el proceso, las cuales están ligadas con los hechos en litigio; en donde se introducen elementos convincentes que puedan ser utilizados con el fin de esclarecer la verdad acerca de los hechos que suscitan la causa; basándose de esta forma en la declaración del testigo, implementación de documentos u objetos a fin de esclarecer la duda.

Así mismo, encontramos que los medios de prueba están relacionados indirectamente con el problema de la veracidad judicial; constituyendo de tal manera datos cognitivos e información de las que obtenemos derivar la verdad de los actos en litigio; podemos determinar que si se consigue lo esperado afirmamos que el acto está comprobado ya que se ha logrado a través de los medios de prueba. En caso de que no se logre lo esperado; indicamos que este acto carece de relevancia o fue inadmisibles, asignándole el caso deliberativo que no es un elemento de prueba.

Este enunciado puede tener distintos significados en base a las teorías de la verdad judicial y del acto de la decisión judicial que se esté suscitando a trasfondo; en consecuencia este aspecto forma parte de las inferencias lógicas cuyo propósito es dar sustento a las consumaciones de los actos litigiosos.

Ante ello encontramos una inferencia la cual se indica que tanto las fuentes y los medios de prueba se integran mutuamente, puesto que las fuentes vienen a ser la realidad que existe antes del proceso, otorgándole así a los medios de prueba la facultad de adaptar dichas fuentes al proceso.

Ante ello el autor Zeferín explica que: “en el ámbito penal será fuente de prueba, la materialidad de un documento, su contenido y el hecho declarado por la víctima o testigo; mientras que los medios de prueba constituyen la forma en que esas fuentes son incorporadas a juicio” (Zeferín, 2016, pág. 27)

En síntesis, analizamos que tanto las fuentes de prueba pueden actuar como medios de prueba, las cuales son como los documentos públicos o privados reconocidos, de modo que no solicitan otro mecanismo suplementario para su confirmación.

Clasificación

- **Medios de Prueba Típicos**

- ✓ **Declaración de parte:** es aquel acto procesal en donde las partes darán a conocer su propia declaración siendo así la versión de cómo se suscitaron los hechos. Así mismo encontramos una sub-clasificación dentro de ésta las cuales son:
 - Declaraciones procesal y extraprocesal; el primer aspecto procesal se suscita al inicio del proceso o cuando éste se encuentre en trámite o dentro del proceso, con el propósito de convencer al juez con plena convicción, mientras que la declaración extraprocesal se da fuera del proceso.
 - Declaraciones documentales y orales de parte; está basada en la libertad de poder emitir las declaraciones haciendo uso de forma oral o escrita ya sea dentro o fuera del proceso.

- Declaraciones de parte, por iniciativa propia o espontánea y por interrogatorio; cuando se da por iniciativa propia está inferida a la declaración espontánea en la cual se realiza y producirá un interrogatorio a pedido del juez.
 - Declaraciones formales e informales de parte; está suscitado conforme a que si cumple o no los requisitos de realizar una declaración respetando el formato judicial que exige la ley.
 - Declaraciones de parte con fines probatorios y con fines constitutivos, informativos o aclaratorios
 - Declaraciones procesales de parte mediante interrogatorio libre o informal y por interrogatorio regulado o formal del juez o del adverso; el segundo aspecto se basa en el objetivo de buscar una finalidad probatoria llevándose a cabo el interrogatorio irregular que se da cuando la ley otorga una aprobación o aclaración de cierta información al juez.
- ✓ **Declaración de testigos:** es aquel medio de prueba que se basa en la declaración representativa que una persona u individuo, que no participa dentro del proceso, aduce y/o da su testimonio acerca de los hechos o actos suscitados de cualquier naturaleza. Para ello se debe cumplir los siguientes requisitos:
- Ser una persona física, la cual dará su testimonio de acuerdo a lo que ha percibido según sus sentidos; en este proceso no ingresan personas jurídicas o entes colectivos.
 - Es un tercero en el proceso, la cual no tiene legitimidad para obrar.
 - Declara sobre los hechos pasados, anteriores al proceso, jurando decir la verdad y dando su percepción obtenida a través de los sentidos.

- Es una persona infungible: infiere en que no se puede cambiar un testigo por otro debido a que los conocimientos de los hechos son distintos.
 - Forma prevista legalmente, la cual se da conforme al o establecido en la ley.
- ✓ **Documentos:** son aquellos documentos que pueden ser de manera pública (notariales, administrativos, judiciales) o privada (que no ha sido expedido por ningún funcionario público); con el objetivo de ilustrar o poder comprobar un hecho que ha sido citado por las partes; así mismo poseen carácter extraprocesal y tienen un fin probatorio.
 - ✓ **La pericia:** es un medio de prueba típico la cual se basa en la evaluación de los hechos discutidos que requieren de conocimientos especiales de manera científica, tecnológica; este término se suscita cuando no haya elementos técnicos para comprenderlos.
 - ✓ **Inspección judicial:** está basado en la evaluación personal de los hechos concernientes con los puntos controvertidos; así mismo el juez emplea sus propios sentidos para la apreciación de los hechos. De tal forma indica que es una prueba directa y tiene una prueba personal.
- **Medios de Prueba Atípicos**
 - ✓ **La prueba de oficio:** es aquella que se da con la actuación de medios probatorios adicionales con el fin de formar elementos de convicción y resolver la controversia del proceso.

2.2.5. Objeto de la Prueba

Se entiende como objeto de la prueba a todo lo que responde a la interrogante ¿Qué se puede probar? , es decir, lo que se puede probar o aquello sobre lo que puede recaer la prueba.

Es importante resaltar que los hechos son los principales objetos de la prueba debido a que con ellos se pretende descubrir la verdad formal del proceso a través de la prueba, siendo las máximas de la experiencia y las normas jurídicas objetos de la prueba en situaciones puntuales.

Los Hechos

El jurista alemán Leo Rosenberg consideraba que los hechos eran “Los acontecimientos y circunstancias concretas determinados en el espacio y en el tiempo, pasados y presentes, del mundo exterior y de la vida anímica humana, que el derecho objetivo ha convertido en presupuestos de un efecto jurídico”. (Rosenberg, 1955, pág. 209).

Bertrand Russell, brindaba la siguiente definición de los hechos desde un enfoque más filosófico:

Cuando hablo de un “hecho”- no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando- me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo “está lloviendo”, lo que digo será verdadero en una determinada condición atmosférica y falsa en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero(o falso, según el caso), constituyen lo que yo llamaría un hecho. Si digo “Sócrates está muerto”, mi enunciado será

verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que hace siglos tuvo lugar en Atenas. (Russell, 1928, pág. 144)

Hernando Devis Echandia, citado por Jairo Parra Quijano, elaboro la siguiente clasificación sobre los hechos:

- a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o colectivos, que sean perceptibles, inclusive las simples palabras pronunciadas, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, y el juicio o calificación que de ellos se tenga.
- b) los hechos de la naturaleza en que no interviene actividad humana.
- c) Las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no producto del hombre, incluyendo los documentos.
- d) La persona física humana, su existencia y características, estado de salud, etc.
- e) los estados y hechos psíquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el conocimiento tácito o la conformidad (el expreso se traduce en hechos externos: palabras o documentos), siempre que no impliquen una conducta apreciable en razón de hechos externos, porque entonces correspondería al primer grupo. Igualmente por hechos hay que entender algo que ha sucedido o está sucediendo, lo que ocurrió en el pasado o en el presente. (Parra Quijano, 2006, págs. 129-130)

2.2.6. Tema o necesidad de la prueba

Antes de explicar que es el tema o necesidad de la prueba es importante poder diferenciarlo del objeto de la prueba, el jurista español Juan Montero Aroca indica esta distinción de la siguiente manera:

- a) El objeto de la prueba: En sentido técnico estricto cuando se habla del objeto de la prueba se está haciendo referencia a las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye, primero y principalmente, todo lo que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto fáctico del que se deriva un mandato o regla, es decir, una consecuencia asimismo jurídica, pero también deben incluirse las normas mismas por cuanto nada impide que sobre ellas pueda recaer la actividad probatoria. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿Qué puede probarse?, y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, en cuanto no pretende referirse a un proceso concreto.
- b) Tema de prueba: Por el contrario, se habla técnicamente de tema de prueba cuando se está haciendo referencia a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juzgador declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. En este contexto la pregunta adecuada es: ¿Qué debe probarse? (Montero Aroca, 2005, pág. 63)

Entonces cabe preguntarse ¿Qué debe probarse? o ¿Qué puede ser probado?, una vez más es necesario citar al maestro Juan Montero Aroca para poder responder a estas interrogantes

Si el objeto de la prueba podían ser los hechos, el tema de la prueba deben ser las afirmaciones de hechos que realizan las partes- tienen una importante

aplicación las nociones de hecho afirmado, aceptado y discutido o controvertido, o simplemente negado; esto es, lo que está necesitado de prueba para que el juez pueda declarar la consecuencia prevista en la norma jurídica (...) Esto supone que:

- 1) La prueba sólo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes, de modo que la necesidad de prueba únicamente puede referirse a ellos, los hechos no afirmados no pueden existir para el juzgador y, por lo mismo, no pueden ser necesitados de prueba.
- 2) Aunque las partes son las que determinan los hechos que estiman conveniente afirmar, la prueba tiene que referirse, no a cualquiera hechos, sino a aquellos que guardan relación con la tutela que cada una de ellas pretende obtener en el proceso, lo que es aplicable tanto al demandante como al demandado
- 3) Para que una afirmación de hechos esté necesitada de prueba ha de haberse realizado en momento procesal oportuno. (Montero Aroca, 2005, págs. 72-73)

2.2.7. Carga de la prueba

El concepto de la carga de la prueba es perfectamente descrito por el maestro Juan Montero Aroca de la siguiente manera:

Los derechos subjetivos procesales pueden ser o no ejercitados por los titulares de los mismos, pero lo específico de muchos de ellos es que el no ejercicio supone un perjuicio; la parte es titular de un derecho que puede de ejercitar o no y si lo ejercita obtendrá una ventaja, pero si no lo ejercita sufrirá

un perjuicio. De este modo resulta que si, por un lado, el demandado tiene el derecho de contestar la demanda, y con ello obtiene el beneficio de alegar los hechos que estima oportuno, también tiene la carga de contestar a la misma, pues si no contesta sufrirá las consecuencias de no haber alegado hechos propios. Puede decirse, de otra manera, que existe una carga procesal cuando, presupuesto que la parte puede ejercitar o no los actos procesales, pues no está obligado a ello, si esa parte quiere alcanzar un determinado resultado o fin jurídico la realización de un acto se le presenta como algo necesario.

Todo el proceso civil descansa sobre la concepción de que los actos procesales no se conciben para las partes como obligatorios, sino como potestativos, en el sentido de que su realización se vinculan consecuencias beneficiosas para la parte que los hace y a su no realización se adscriben consecuencias perjudiciales. En el proceso, pues, no existen normalmente deberes ni obligaciones (que son imperativos del interés general o ajeno, y cuyo incumplimiento es sancionado o cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente, respectivamente), sino cargas, que se conciben como facultades que pueden ejercitarse en beneficio del interés propio, pues si su no ejercicio perjudica a la parte, su ejercicio le beneficia (Montero Aroca, 2005, págs. 107-109)

Al igual que para entender el objeto de la prueba es necesario responder a las interrogante de ¿Qué se puede probar? Y para el tema o necesidad de la prueba ¿Qué debe probarse? o ¿Qué puede ser probado?, para poder entender en que consiste la carga de la prueba es necesario responder a las preguntas planteadas por el gran procesalista colombiano Jairo Parra Quijano:

- ¿A quién le corresponde probar un supuesto hecho?
- ¿Quién resulta afectado en el proceso por no aparecer probado determinado hecho?
- ¿Tiene legitimidad una sentencia favorable a una parte que se justifica porque la otra, a pesar de existir el hecho que hubiera variado la decisión, no pudo probarlo por lo difícil que le resultaba? (Parra Quijano, 2006, pág. 233)

Nuestro Código Procesal Civil en su artículo 196 responde a esas interrogantes al anunciar que: “Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.” (Código Procesal Civil , 1993)

Hernando Devis Echandia indica que para entender en que consiste la carga de la prueba es necesario entender estos dos aspectos:

- 1) Es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos
- 2) Es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamentos a sus pretensiones o excepciones. (Devis Echandia, 1974, pág. 424)

En referencia a lo expuesto por Hernando Devis Echandia, reconocidos juristas como Leo Rosenberg, Valentín Silva Melero o Wilhelm Kisch afirman que:

“La actividad de los interesados es siempre voluntaria” (Rosenberg, 1956, págs. 49-51), “La carga no es, pues, una obligación, porque ninguna puede ser constreñida a promover un juicio o a ofrecer una prueba” (Silva Melero, 1963, pág. 910) “Tampoco es un deber, puesto que en el proceso nadie está obligado a procurar por un propio interés o beneficio.” (Kisch, 1940, págs. 205-206)

Jairo Parra Quijano explica la potestad facultativa de la carga de la prueba de la siguiente manera:

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

...no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte. (Parra Quijano, 2006, pág. 292)

2.2.8. Valoración y Motivación de la Prueba

Está basado en el requerimiento constitucional que tiene el propósito de que los jueces mediante resolución propiamente motivada proporcionarán respuesta al ciudadano, como consecuencia de la valoración individual y vinculada de las pruebas ingresadas y actuadas en el proceso, con un criterio objetivo, razonable y cuidadoso; respetando las reglas de la crítica y fundados en los principios de la lógica.

Valoración de la Prueba

La valoración es el juicio de aceptabilidad (o de veracidad) de los resultados probatorios (las hipótesis). La valoración constituye el núcleo del razonamiento probatorio; es decir, del razonamiento que conduce, a partir de las informaciones aportadas al proceso a través de los medios de prueba, a una afirmación sobre hechos controvertidos. (Obando Blanco, 2013)

La valoración de la prueba trabaja sobre un conjunto de información que aparece del efecto de la práctica de las pruebas planteadas por las partes y el juez, comunicando que transgredirá directamente sobre el grado de posibilidad que pueda tener una afirmación.

Lo que se pretende en el proceso con la actividad probatoria es averiguar la verdad de enunciados acerca de ciertos hechos. Como hemos visto “averiguar la verdad” no puede querer decir encontrar una ventana absoluta, sino una verdad (como ocurre siempre con la verdad empírica) con un grado de probabilidad suficientemente razonable. (Gonzales Lagier, 2005, pág. 40)

Para la valoración de la prueba se necesita de disposiciones que sistematizan la forma de investigación en los actos interiormente del proceso, que se presenta en las formas y medios a través de los cuales se pueden alcanzar a una autenticidad de los hechos y en el modo de estimar esos medios.

Gascón Abellán refiere que

Según una concepción bastante difundida (la denominada a veces concepción psicologista o mentalista) motivar una decisión consiste en explicarla, o sea, en describir o hacer explícitos los motivos que, de hecho,

han conducido al juez a adoptarla; en definitiva, motivar equivale a realizar un ejercicio de sinceridad, pues consiste en confesar por qué causas o con qué propósito se adoptó esa decisión. Esta concepción de la motivación, sin embargo, no resulta adecuada, pues en el contexto jurídico (y particularmente en la ideología del Estado de derecho) no interesa saber cuáles han sido los motivos reales que han llevado al juez a adoptar una decisión, y que pueden ser políticos, psicológicos, ideológicos, etc; lo que interesa es garantizar (y la motivación es un instrumento para ello) que esa decisión no sea arbitraria, o sea, que el poder discrecional que posee el juez para interpretar y aplicar el Derecho se haya ejercido racionalmente. Por ello la concepción de la motivación exigible es la que entiende que motivar una decisión consiste en justificarla, en consignar las razones que permitan entenderla como correcta o aceptable. Dicho brevemente, en la ideología del Estado de derecho “un fallo sin fundamentación es el paradigma de una sentencia arbitraria”; por eso “los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones (mostrarlas como correctas) pero no el de explicarlas (dar cuenta de sus motivos)”. Por lo demás, que la motivación ha de entenderse como justificación se pone de relieve en las funciones que se atribuyen a la misma, y que se reconducen al final a una lucha contra la arbitrariedad. (GASCÓN ABELLÁN, 2004, págs. 4-5)

Asimismo, refiere que

Pese a que no puede negarse que la necesidad de motivar las sentencias se ha convertido ya en una exigencia incontestable, la cultura de la motivación aún encuentra una especial resistencia en el ámbito de la prueba.

Ello seguramente obedece a que el juicio de hecho ha pertenecido durante mucho tiempo, sea al ámbito de las cuestiones jurídicas “no problemáticas”, sea a una "zona de penumbra" donde reina el arbitrio judicial. La primera tendencia, que estaría típicamente representada por una concepción demostrativa de la prueba que concibe a ésta como instrumento de conocimiento de los hechos litigiosos que proporciona una verdad incontrovertible, presupone una visión extremadamente ingenua e irreal del procedimiento decisorio que ha terminado operando como pura ideología y ha permitido a los juristas obviar los arduos problemas que éste plantea, haciendo innecesaria la motivación. La segunda tendencia, que estaría en cambio bien representada por una concepción retórica o persuasiva de la prueba que entiende que la finalidad de ésta es sólo persuadir con el objetivo de obtener una resolución favorable, presupone que el proceso de toma de decisiones es intuitivo o puramente subjetivo (en todo caso no basado necesariamente en pruebas), por lo que la motivación sólo puede ser concebida como racionalización a posteriori de una decisión que se ha tomado al margen de cualquier procedimiento racional; es decir, la motivación, entendida como justificación, es imposible. (GASCÓN ABELLÁN, 2004, pág. 7)

Continuando con su idea

...el principio que la obligación de motivar se extiende también al ámbito de la decisión probatoria, la cultura de la motivación de la prueba no ha entrado aun plenamente en el aire que respiran los juristas: está muy arraigada la concepción psicologista de la motivación, se sigue abusando de la

valoración conjunta y de la técnica del relato, se admite (y hasta se exalta) la motivación no exhaustiva, por remisión e incluso la motivación implícita y, sobre todo, siguen quedando exentas de la obligación de motivar amplias áreas del juicio de hecho. Queda pues mucho camino por andar. (GASCÓN ABELLÁN, 2004, pág. 20)

Está relacionada a que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. Y esto, naturalmente supone un doble grado de exigencia judicial; en primer lugar, la exigencia del juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; esto es, prohibición a la omisión de valoración probatoria; y en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables, dentro de un razonamiento de argumentación que no únicamente se reduce a brindar razones, sino que estas además sea una información producida y actuada en juicio, con dosis de logicidad y coherencia. (Almanza Altamirano, Neyra Flores, Paúcar Chapa, & Portugal Sánchez, 2018)

Motivación de la Prueba

Taruffo afirma que el motivar las resoluciones requiere “un razonamiento articulado que exprese los argumentos a partir de los cuales el juicio es válido, fiable, justo y razonado”. (Taruffo, 2009, pág. 385)

“[...] es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas”. (De la Rúa, 2001)

En síntesis, motivar una decisión se fundamenta en explicarla, es decir, en relatar o hacer rotundos los motivos que, de hecho, han llevado al juez a adoptarla; en decisiva, motivar representa a efectuar un ejercicio de franqueza, ya que consiste en manifestar por qué causas o con qué intención se acogió esa decisión. Esta idea de la motivación, sin embargo, no resulta conveniente, pues en el contexto jurídico, no concierne saber cuáles han sido las causas reales que han llevado al juez a acoger una decisión, y que pueden ser políticos, psicológicos, ideológicos, etc.

Funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales

Está basado en dos grandes funciones dentro del ordenamiento jurídico las cuales explicaremos más adelante, así mismo principalmente daremos una breve reseña:

El primero está suscitado con el fin de promover un adecuado ejercicio del derecho de defensa en cuestión a las partes en el proceso, además de ello está compuesto por un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se interponen los recursos pertinentes.

Mientras que la segunda, está basado en un factor de racionalidad en cuestión al cometido del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, ya que avala que la solución brindada a la controversia sea resultado de una aplicación racional del ordenamiento y así mismo aplicar la justicia.

Así mismo explicamos las siguientes funciones:

- Instrumentos técnico-procesal (función endoprocesal): está basado en cuestión a las partes intervinientes en la cual se exige que puedan conocer las razones en las que una prueba sea reconocido un determinado valor o también pueda ser negado con eficacia probatoria; dentro de este aspectos las partes tienen el derecho de saber las razones u argumentos por el hecho de que las pruebas fueron desestimadas o carecieron de eficacia.

Así mismo, este aspecto se da con el propósito de convencer a las partes y a su defensa con respecto a la decisión adoptada en cuestión a las reglas sustantivas o procesales del ordenamiento jurídico.

- Garantía político-institucional (función extraprocesal): está inferido en que la valoración de los hechos comprobados se demuestre de manera capaz para todos los individuos, basándose en la función jurisdiccional en el aspecto democrático y legítimo. Así mismo, tienen un propósito la cual permite que la sociedad sugiera y también pueda controlar la posible comisión de errores judiciales por parte del sistema de justicia, creando un prejuicio eficaz, un control y sobre todo la corrección oportuna a través del derecho de recurso.

Técnicas de la motivación de la Prueba

Encontramos dos tipos de técnicas las cuales serán explicadas por el autor Gascón Abellán en su obra “La técnica analítica y la técnica globalizadora” (Gascón, 2014, pág. 416)

- La técnica analítica: indica que la motivación se debe basar en la exhibición meticulosa y descrita de todas las pruebas practicadas, con el fin de que su valor probatorio esté conducido a la toma de una decisión; otorgando así la sustentación de las distintas pruebas individuales.

- La técnica globalizadora: está basado en la conjunta exhibición de los hechos de las partes que están en litigio, la cual será estimado con celeridad; ya que el juez solo tendrá que encontrar los puntos controvertidos y no requerir de otros medios de prueba cuando éste no le genere convencimiento alguno, otorgando así una decisión final.

INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables. (Devís Echandía, 2016)

Carga de la prueba es la obligación que tiene el acusador o demandante de probar sus afirmaciones en una demanda o en una denuncia, sea oral o escrita. (Sagastegui Urteaga, 1996)

En síntesis, la carga de la prueba es una de las instituciones más significativas del derecho procesal, ya que, admite la garantía de que en todo caso se va a suscitar una solución a las pretensiones pertinentemente derivadas en el litigio, y, así mismo constituir y dar a conocer las reglas que alcanzará el juzgador para ello.

Así mismo citaremos el significado de carga de prueba otorgada por el Dr. Echandia la cual indica que: “Es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a

cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias negativas”. (Devis Echandía, 1981)

La carga de la prueba establece lo que cada parte tiene interés en probar y/o sustentar para conseguir adquisición en el proceso, y sirvan de apoyo a sus pretensiones.

2.2.6. Motivación de la Prueba

Taruffo afirma que el motivar las resoluciones requiere “un razonamiento articulado que exprese los argumentos a partir de los cuales el juicio es válido, fiable, justo y razonado”. (Taruffo, 2009, pág. 385)

“[...] es una garantía para la plena vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y una prevención contra las decisiones caprichosas y arbitrarias de los jueces, en especial en lo que se refiere al ámbito fáctico y la valoración de las pruebas”. (De la Rúa, 2001)

En síntesis, motivar una decisión se fundamenta en explicarla, es decir, en relatar o hacer rotundos los motivos que, de hecho, han llevado al juez a adoptarla; en decisiva, motivar representa a efectuar un ejercicio de franqueza, ya que consiste en manifestar por qué causas o con qué intención se acogió esa decisión. Esta idea de la motivación, sin embargo, no resulta conveniente, pues en el contexto jurídico, no concierne saber cuáles han sido las causas reales que han llevado al juez a acoger una decisión, y que pueden ser políticos, psicológicos, ideológicos, etc.

Funciones del deber de motivar las resoluciones judiciales

Está basado en dos grandes funciones dentro del ordenamiento jurídico las cuales explicaremos más adelante, así mismo principalmente daremos una breve reseña:

El primero está suscitado con el fin de promover un adecuado ejercicio del derecho de defensa en cuestión a las partes en el proceso, además de ello está compuesto por un control riguroso de las instancias judiciales superiores cuando se interponen los recursos pertinentes.

Mientras que la segunda, está basado en un factor de racionalidad en cuestión al cometido del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, ya que avala que la solución brindada a la controversia sea resultado de una aplicación racional del ordenamiento y así mismo aplicar la justicia.

Así mismo explicamos las siguientes funciones:

- Instrumentos técnico-procesal (función endoprocesal): está basado en cuestión a las partes intervinientes en la cual se exige que puedan conocer las razones en las que una prueba sea reconocido un determinado valor o también pueda ser negado con eficacia probatoria; dentro de este aspectos las partes tienen el derecho de saber las razones u argumentos por el hecho de que las pruebas fueron desestimadas o carecieron de eficacia.

Así mismo, este aspecto se da con el propósito de convencer a las partes y a su defensa con respecto a la decisión adoptada en cuestión a las reglas sustantivas o procesales del ordenamiento jurídico.

- Garantía político-institucional (función extraprocesal): está inferido en que la valoración de los hechos comprobados se demuestre de manera capaz para todos los individuos, basándose en la función jurisdiccional en el aspecto democrático y legítimo. Así mismo, tienen un propósito la cual permite que la sociedad sugiera y también pueda controlar la posible comisión de errores judiciales por parte del sistema de justicia, creando un prejuicio eficaz, un control y sobre todo la corrección oportuna a través del derecho de recurso.

Técnicas de la motivación de la Prueba

Encontramos dos tipos de técnicas las cuales serán explicadas por el autor Gascón Abellán en su obra “La técnica analítica y la técnica globalizadora” (Gascón, 2014, pág. 416)

- La técnica analítica: indica que la motivación se debe basar en la exhibición meticulosa y descrita de todas las pruebas practicadas, con el fin de que su valor probatorio esté conducido a la toma de una decisión; otorgando así la sustentación de las distintas pruebas individuales.
- La técnica globalizadora: está basado en la conjunta exhibición de los hechos de las partes que están en litigio, la cual será estimado con celeridad; ya que el juez solo tendrá que encontrar los puntos controvertidos y no requerir de otros medios de prueba cuando éste no le genere convencimiento alguno, otorgando así una decisión final.

2.2.7. Inversión de la Carga de la Prueba

Carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos para evitarse las consecuencias desfavorables. (Devís Echandía, 2016)

Carga de la prueba es la obligación que tiene el acusador o demandante de probar sus afirmaciones en una demanda o en una denuncia, sea oral o escrita. (Sagastegui Urteaga, 1996)

En síntesis, la carga de la prueba es una de las instituciones más significativas del derecho procesal, ya que, admite la garantía de que en todo caso se va a suscitar una solución a las pretensiones pertinentemente derivadas en el litigio, y, así mismo constituir y dar a conocer las reglas que alcanzará el juzgador para ello.

Así mismo citaremos el significado de carga de prueba otorgada por el Dr. Echandia la cual indica que: “Es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse consecuencias negativas”. (Devis Echandía, 1981)

La carga de la prueba establece lo que cada parte tiene interés en probar y/o sustentar para conseguir adquisición en el proceso, y sirvan de apoyo a sus pretensiones.

2.2.8. El Derecho a probar

Ruiz Jaramillo, refiere que:

Los derechos fundamentales tienen dos perspectivas: la subjetiva y la objetiva. Desde la objetiva los derechos fundamentales muestran “[...] su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado”. En este sentido los derechos fundamentales asumen, en el conjunto normativo, el carácter de principios, como punto referencial del ordenamiento. La vertiente subjetiva consiste en la posibilidad de los individuos de ejercitar y exigir la protección de los derechos; a la vez, que son el elemento esencial del conjunto normativo, asumen el carácter de posiciones jurídicas exigibles por los individuos. La función que tiene la fase

objetiva es la de servir de parámetro de validez, tanto formal como material de todas las instituciones del Ordenamiento Jurídico, mediante el juicio de exequibilidad de las leyes y de los actos legislativos secundarios que se ejercen por la Corte Constitucional, y desde luego, como criterio de interpretación de todas las normas jurídicas. (RUIZ JARAMILLO, 2007, pág. 187)

Siguiendo con la idea del autor mencionado, este refiere que

La prueba como inherente al ser humano es necesario precisar que la virtud de la verdad jurídica y fáctica que se extraiga de los procesos judiciales depende en gran medida la calidad de la adjudicación del juez sobre los bienes materiales de las personas que previamente han distribuido los derechos subjetivos de carácter sustantivo. Los derechos sustantivos distribuyen en abstracto facultades, obligaciones, sanciones, compensaciones, indemnizaciones, servicios asistenciales, etc.; pero la justicia de la adjudicación de estos bienes o sanciones dependerá de la interpretación que el juez haga del derecho, y de la conformación de su convicción sobre los hechos. Existe una estrecha relación entre el respeto a la ley —Constitución Política y legislación— y la virtud de la verdad jurídica y fáctica. De todo esto se extrae que la dignidad humana está en íntima conexión con el establecimiento de la verdad jurídica y la verdad fáctica en los procesos judiciales. La calidad de la condición existencial de las personas depende en gran medida de la virtud de la verdad jurídica y la fáctica.

El Tribunal Constitucional, ha establecido que:

...el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales *–límites extrínsecos–*, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión *–límites intrínsecos–*.

No obstante, es menester considerar también que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. (CASO: SALAS GUEVARA SCHULTZ, 2007)

En otras de sus sentencias, el Tribunal Constitucional, ha establecido que:

Por tanto, existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado. (CASO: NOEMI BESSY LANDÁZURI ABANTO, 2015, pág. 3)

Tribunales Colegiados de Circuito,

No debe confundirse la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, atinente a la defensa, con la carga probatoria, si se tiene en cuenta que la primera constituye un derecho -a probar- y la segunda es un deber procesal; asimismo, el derecho a probar es de naturaleza constitucional, en tanto el débito procesal es de naturaleza procesal e, incluso, es posterior al derecho fundamental de mérito, o sea, el derecho a probar es anterior y de entidad superior a la obligación procesal, siendo que derecho y obligación no son sinónimos dado que uno se ejerce en el procedimiento, tanto postulatorio como probatorio, mientras que la otra es objeto de examen por el juzgador hasta la sentencia o laudo...(TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO., 2015, pág. 1)

En ese sentido, es posible indicar, que el derecho a la prueba o de probar, puede ser considerado como un derecho fundamental, debidamente consagrado como tal, que si bien es cierto no está implícitamente en la Constitución Política, se encuentra estipulado y determinado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias emitidas, así como en la normativa internacional.

III. METODO

3.1. Tipo de investigación

La presente investigación es de nivel descriptivo-explicativo, describiéndose la realidad jurídica del tema investigado, conforme se plantea en la doctrina y en la realidad. El presente trabajo de investigación es de tipo aplicada, para su desarrollado ha sido necesaria el estudio de aspectos teorizados, a fin de analizar el relacionado al derecho de la prueba y los aspectos relevantes a ella.

Diseño

Se utilizaron una pluralidad de métodos, entre ellos, el análisis, la síntesis, la inducción, la deducción, y la intuición intelectual, mediante el método del análisis, las concepciones de los pensadores referidos a la inversión de la carga probatoria, se analizaron buscando las características principales, lo señalado permitió establecer relaciones entre las visiones filosóficas existentes. Luego, se procedió a efectuar una síntesis de las diversas concepciones de los derechos del hombre, esto permitió describir las relaciones esenciales y las características principales que existen entre ellas. No sólo se buscaron las relaciones y similitudes entre los conceptos investigados, sino que también, se procedió a la inversa, es decir, a contrarrestar y negar los conceptos y o las tesis sostenidas por los autores, con la finalidad de perfeccionarlas, apelando de algún modo, a dialéctica platónica.

Se utilizó el método inductivo, es decir, a partir de las concepciones filosóficas de los pensadores investigados se extrajeron algunas reglas generales que constituyeron las hipótesis del trabajo. Asimismo, se realizó el trabajo a la inversa, se extrajeron nuevas conclusiones o deducciones. Este procedimiento se realizó engarzando los conceptos más generales con los menos generales.

3.2.Población y muestra

El universo de este estudio está conformado por Juzgados especializados en materia civil, así como de abogados litigantes.

3.2.1. Población

Para la elaboración de esta investigación hemos empleado una población constituida por 50 personas, entre ellas magistrados especializados en civil y asistentes de juzgado, además de abogados litigantes registrados en el CAL (Colegio de Abogados de Lima), por lo tanto estamos trabajando con un diseño de muestra probabilístico, debido a que estudiaremos un grupo determinado de personas.

3.2.2. Muestra

El muestro del presente estudio está conformado por 50 personas, de tal manera que la muestra es un porcentaje de la población que ha sido seleccionada en el cual se resaltan las necesidades o prioridades de la población

La muestra empleada estará constituida por 50 personas del siguiente modo:

Individuo	Número
Jueces en lo civil	8
Asistentes de Juez	8
Especialistas de juzgado civil	14
Abogados Especializados	22
Total	50

3.3. Operacionalizacion de variables

VARIABLES	INDICADORES	FUENTES DE VALIDACIÓN
<p>Hipótesis General</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se puede configurar un derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria. 		
<p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho a probar en la acción 	<ul style="list-style-type: none"> - Acción - Derecho fundamental - Tutela 	Bibliografía
<p>Variable Dependiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carga de la prueba 	<ul style="list-style-type: none"> - Prueba - Obligación de probar - Acción 	Bibliografía
<p>Hipótesis específica 1</p> <p>Existen supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es</p>		

<p>sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar.</p>		
<p>Hipótesis específica 2</p> <ul style="list-style-type: none"> - El hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta. 		
<p>Hipótesis específica 3</p> <ul style="list-style-type: none"> - La carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza. 		
<p>Hipótesis 4</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba. 		
<p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Derecho a probar en la acción 	<ul style="list-style-type: none"> - Acción - Derecho fundamental - Tutela 	Bibliografía
<p>Variable Dependiente</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carga de la prueba 	<ul style="list-style-type: none"> - Prueba - Obligación de probar - Acción 	Bibliografía

3.4. Instrumentos

Para la correcta elaboración de la presente investigación se emplearán las siguientes técnicas para la obtención de información:

✓ **Cuestionario autoadministrado.-**

Al cuestionario lo podemos definir como un método para obtener información de manera clara y precisa, donde existe un formato estandarizado de preguntas y donde el informante reporta sus respuestas. Es un instrumento indispensable para llevar a cabo entrevistas formalizadas, pero puede usarse independientemente de éstas. En tal caso, se entregará al informante el cuestionario para que éste, por escrito, consigne por sí mismo las respuestas. Es claro que no se trata de una entrevista, pues no existe el elemento de interacción personal que la define.

✓ **Revisión documental.-**

La revisión documental es empleada para la obtención de datos a través de las distintas fuentes de información, como pueden ser libros, periódicos, leyes, entre otros.

Recolección de datos

Con respecto al desarrollo de este estudio se emplearon los siguientes instrumentos para la recolección de datos:

✓ **Guía de Cuestionario**

Considerado como las pautas para la realización de las encuestas, las mismas que estarán compuestas de interrogantes alternadas, mediante las cuales se recabará la información requerida.

✓ **Ficha bibliográfica.-**

Considerándose que, se dio uso a la recolección de información, la misma que fue ordenada conforme a lo requerido en las fichas bibliográficas; obteniéndose así la información suficientes, de libros, artículos, etc.

✓ **Formato de Encuestas**

Documento compuesto por interrogantes, las mismas que han sido esquematizadas conforme a cada hipótesis planteada.

Pruebas de análisis de validez y confiabilidad de los instrumentos de medición

Análisis de validez de los instrumentos de medición.-

La validez de un instrumento, se refiere al valor que se genera de un instrumento utilizado, es decir encontraremos la relación existente entre los instrumentos utilizados, con el tema en concreto, obteniendo con seguridad, el resultado, de las cuales servirán de base para las conclusiones

Podemos determinar que existen los siguientes tipos de validez:

- a) Validez de contenido
- b) Validez de constructo
- c) Validez de criterio – predictiva

Para nuestro estudio hemos aplicado la validez de criterio, el tipo validez de criterio predictiva, este tipo de validez consisten en que la misma variable o concepto mide diversos instrumentos o criterios en los cuales deberemos obtener los mismos resultados, por la tanto si hay validez de criterio podremos medir los instrumentos y predecir posibles resultados

Cuestionario**1. Ocupación:**

1- () Magistrado 2- () Asistente de juzgado 3- () Abogado litigante

2. Género:

1- () Femenino 2- () Masculino

Pregunta 1:

¿Cree Ud., que en los procesos constitucionales, en que las partes tienen la carga de la prueba, el Juez Constitucional tiene una participación activa?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 2:

¿Cree Ud., que es correcto, que cuando se trata de procesos contra servidores públicos, que el Juez solicita el envío de expediente administrativo o judicial?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 3

¿Cree Ud., que es correcto que los Jueces Constitucionales tengan amplios poderes para ordenar toda la prueba que considere necesario?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 4:

¿Cree Ud., que el objeto de la prueba, es una actividad complementaria?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 5:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que el tema del objeto de la prueba, busca responder:

“que se prueba, que cosas deben probarse”?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 6:

¿Cree Ud., que es correcto decir que la fuente de la prueba se refiere a un concepto extrajurídico?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 7:

¿Cree Ud., que la prueba en todo proceso judicial tiene una gran importancia?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 8:

¿Cree Ud., que la carga de la prueba en el proceso penal, es diferente al proceso civil?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 9:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que los hechos en negativo que no se pueda probar, se llame “prueba diabólica”?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 10:

¿Cree Ud., que al afirmar que la carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quien tiene interés jurídico en que resulte probarlo?

1- Si creen () 2- No creen ()

Nota: Tenga la amabilidad de señalar o marcar con una X la que considera es la respuesta correcta a la pregunta planteada en este cuestionario.

3.5. procedimientos

Técnicas De Procesamiento De Datos

Las técnicas de procesamiento de datos que hemos empleado para esta investigación son las siguientes:

✓ **Clasificación de la información**

Con la finalidad de ordenar adecuadamente los datos obtenidos, los mismos que guardaran una íntima relación con el tema de investigación, ello conforme a las variables.

✓ **Revisión y consustanciación de la información.**

Se aplicara para comprobar los datos obtenidos a lo largo de la investigación, así como en el instrumento de campo utilizado.

✓ **Codificación y tabulación**

Codificar, implica la aplicación de valores numéricos, a fin de que pueda ser tabulados.

Hemos empleado para esta investigación las siguientes técnicas de análisis estadístico:

✓ **Registro manual.-**

Mediante el cual, se digitaran los datos obtenidos el cuadros informativos, la información será la obtenida de las encuestas.

✓ **Ordenamiento y Clasificación.-**

Mediante la cual, se cuantifico la información obtenida, de las encuestas realizadas, respecto del tema en concreto, tratado en la presente investigación.

✓ **Proceso computarizado con Excel.-**

El proceso computarizado de Excel ha sido empleado en esta investigación para desarrollar diferentes cálculos estadísticos y matemáticos relacionados con las respuestas obtenidas en las encuestas realizadas.

3.6. Análisis de datos

En esta investigación hemos aplicado las siguientes técnicas de análisis de datos:

✓ **Procedimiento a seguirse para analizar los datos**

Luego de la codificación de los datos obtenidos, estos son ubicados en una matriz, para luego ser guardados en un archivo, para que luego sean analizados conjuntamente con el programa Excel.

En este trabajo presentaremos los datos a través de los cuadros estadísticos

✓ **Cuadros estadísticos.-**

Mediante los cuadros estadísticos, se podrá presentar la información de manera ordenada a la investigación realizada, a fin de poder presentarse de manera ordenada, facilitándose su lectura y análisis.

IV. RESULTADOS

4.1 Resultados de la investigación

La carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica por su falta de prueba. Quien sufre la carga de la prueba no está obligado a probar el hecho objeto de la misma, acción que puede realizarla la contraparte o el juez, con lo que queda satisfecha la carga. En ese sentido, el artículo 337 del Código de Procedimientos Civiles, que señala que las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquéllos que la ley presume, es una consagración inexacta de la carga de la prueba, pues la parte sobre quien recae la carga no está obligada a probar el hecho objeto de la prueba. Lo que ocurre es que si no es probado, acción que puedo realizarla su adversario o el juez, sufre el riesgo de q falte, lo que se traduce en un fallo adverso.

Cuando un hecho goza de presunción legal, está exento de prueba. Entonces no se impone a la contraparte la carga de probarlo, sino la de demostrar los otros hechos que alegue para desvirtuar aquél. Quien afirme el hecho contrario al presumido que, como tal, no es objeto de presunción, tiene la carga, no la obligación, de probarlo.

A esto, erróneamente se le ha llamado "inversión" o "redistribución" de la carga de la prueba. El hecho presumido no necesita prueba, en consecuencia, no hay carga. Al no haber carga, menos aún, puede haber inversión de ésta. Por otro lado, la carga no distribuye la prueba sino, el riesgo de la falta de prueba o de certeza. Así, menos aún puede hablarse de redistribución de la carga de la prueba.

4.2 Prueba de hipótesis

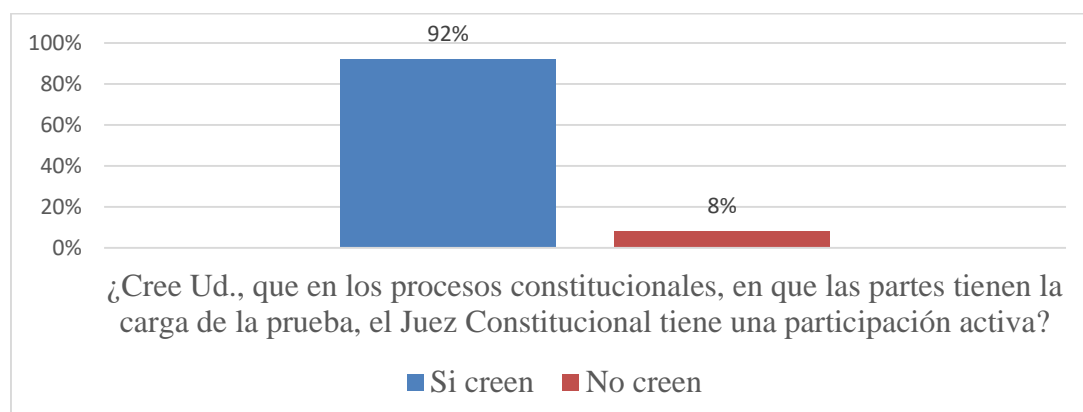
A través de las hipótesis planteadas, que son el resultado de los problemas y objetivos planteados, aunado a ello con los antecedentes analizados, la información teórica obtenida, y las encuestas realizadas, hemos podido determinar la existencia del derecho a probar en la acción y la inversión de la facultad probatoria.

4.3 Análisis e interpretación de resultados

Pregunta 1:

¿Cree Ud., que en los procesos constitucionales, en que las partes tienen la carga de la prueba, el Juez Constitucional tiene una participación activa?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	46	92%
	No creen	4	8%
	Total	50	100%



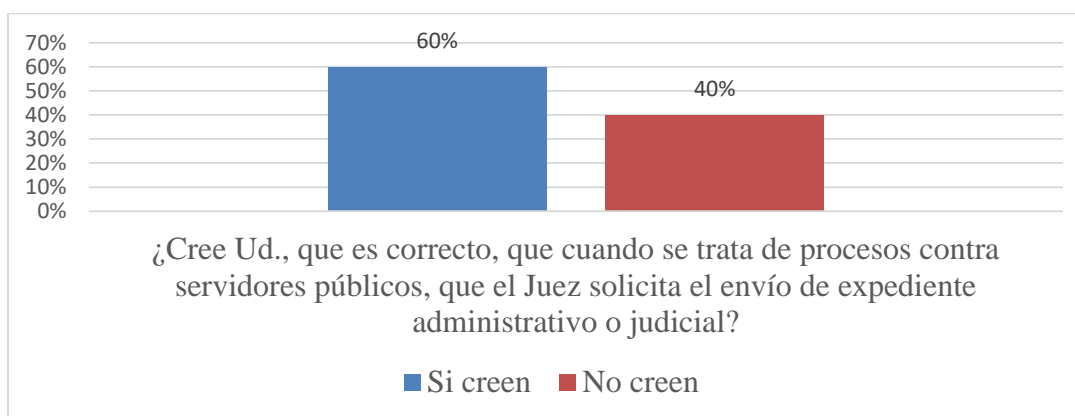
INTERPRETACION:

Según la encuesta realizada, un 92,0% de los encuestados consideran que si creen, puesto que en procesos constitucionales, a diferencia que lo que ocurre en los procesos ordinarios en que las partes tienen la carga de la prueba, por lo que el juez sólo ordena prueba adicional y para mejor resolver de manera excepcional, el juez constitucional tiene una participación activa en procurar la prueba necesaria para resolver los casos sometidos a su jurisdicción.

Pregunta 2:

¿Cree Ud., que es correcto, que cuando se trata de procesos contra servidores públicos, que el Juez solicita el envío de expediente administrativo o judicial?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	30	60%
	No creen	20	40%
	Total	50	100%

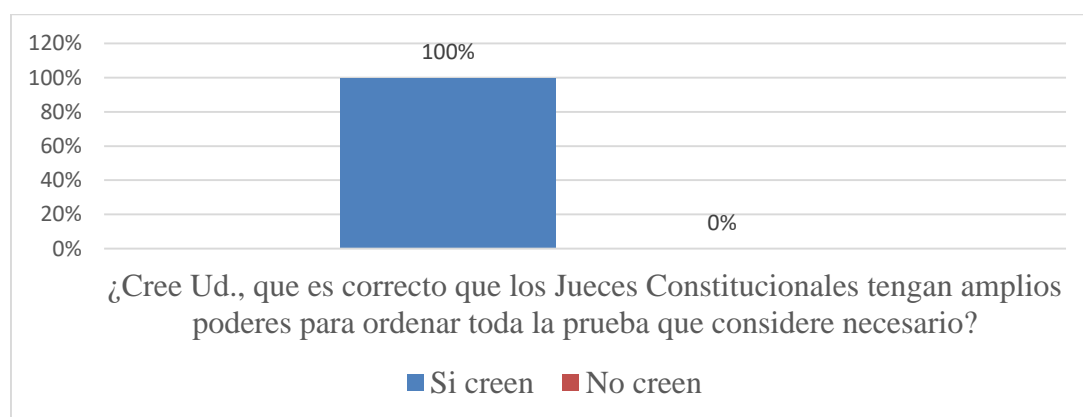
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 60,0% de los encuestados, si creen, puesto que el juez constitucional, además de la prueba aportada por el recurrente, generalmente solicita un informe circunstanciado a la autoridad o particular recurridos acerca de los hechos objeto del proceso. Además, cuando se trata de procesos contra servidores públicos, solicita el envío del respectivo expediente administrativo o judicial.

Pregunta 3

¿Cree Ud., que es correcto que los Jueces Constitucionales tengan amplios poderes para ordenar toda la prueba que considere necesario?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	50	100%
	No creen	0	0%
	Total	50	100%



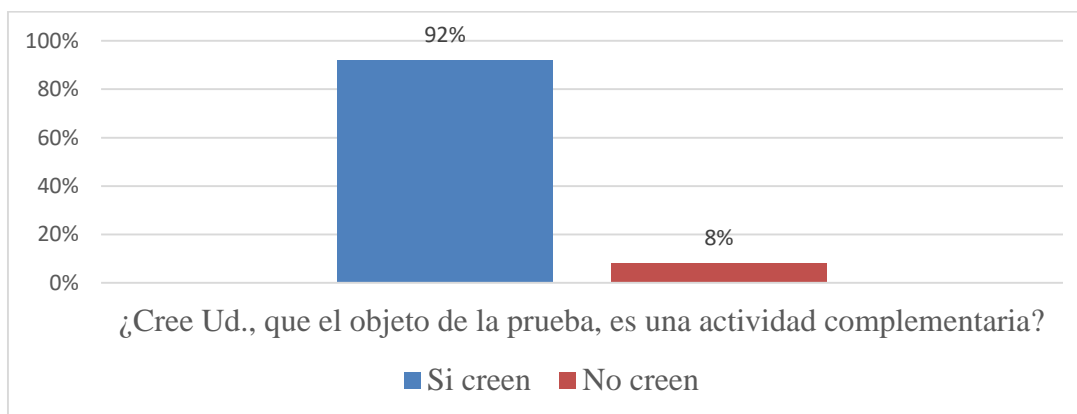
INTERPRETACION:

Según la encuesta realizada, un 100,0% de los encuestados, consideran que si creen, puesto que de esa forma, los jueces constitucionales tienen amplios poderes para ordenar toda la prueba que consideren necesaria para la averiguación real de los hechos objeto del proceso.

Pregunta 4:

¿Cree Ud., que el objeto de la prueba, es una actividad complementaria?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	46	92%
	No creen	4	8%
	Total	50	100%

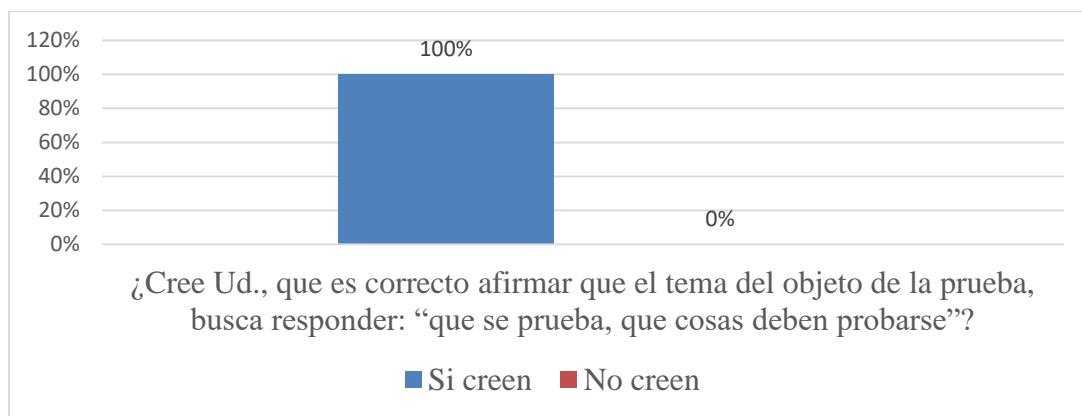
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 92,0% de los encuestados, consideran que el objeto de la prueba es el hecho o los hechos de cuya existencia o inexistencia ha de convencerse el juez constitucional, es por tanto, una actividad complementaria de la otra actividad de instrucción: la de alegaciones.

Pregunta 5:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que el tema del objeto de la prueba, busca responder: “que se prueba, que cosas deben probarse”?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	50	100%
	No creen	0	0%
	Total	50	100%

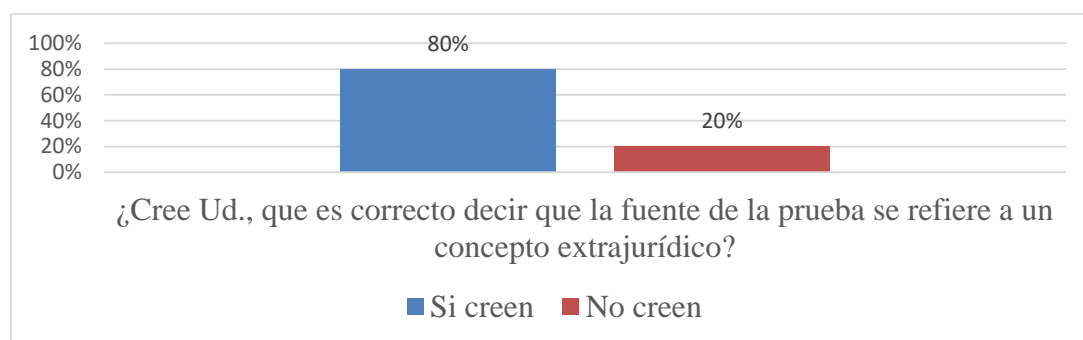
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 100,0% de los encuestados, consideran que si creen, puesto que el tema del objeto de la prueba busca una respuesta para la pregunta: "qué se prueba, que cosas deben probarse".

Pregunta 6:

¿Cree Ud., que es correcto decir que la fuente de la prueba se refiere a un concepto extrajurídico?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	40	80%
	No creen	10	20%
	Total	50	100%

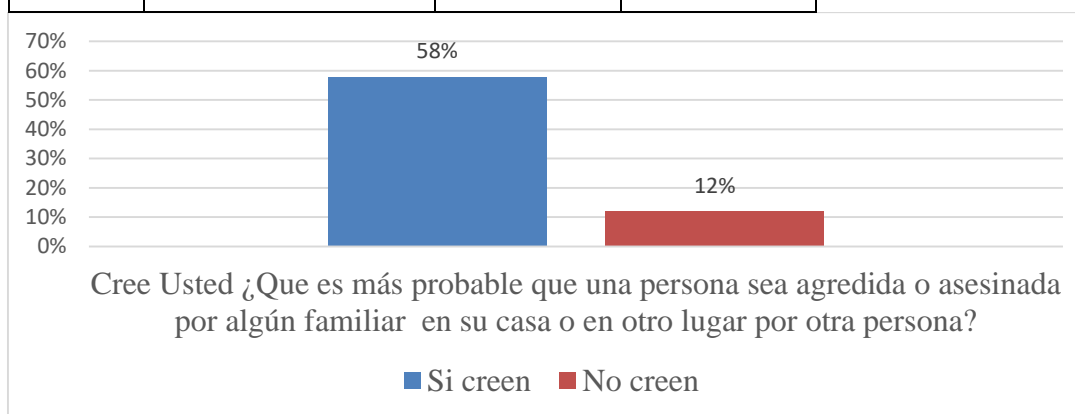
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 80.0% de los encuestados, consideran que si creen, pues la expresión fuente de prueba se refiere a un concepto extrajurídico, a una realidad anterior al proceso: los medios de prueba aluden a conceptos jurídicos, y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y los medios consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente es anterior al proceso y existen independientemente de él, el medio se forma durante el proceso y pertenece a él. La fuente es lo sustancial y material: el medio, lo adjetivo y formal.

Pregunta 7:

¿Cree Ud., que la prueba en todo proceso judicial tiene una gran importancia?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	44	88%
	No creen	6	12%
	Total	50	100%

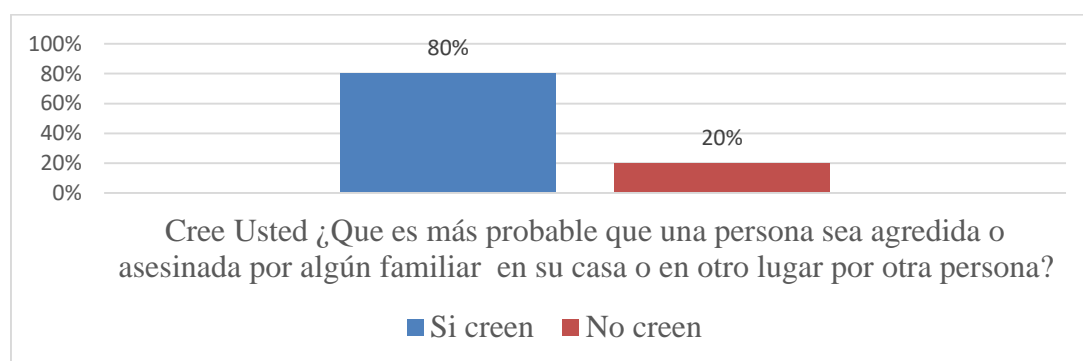
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 88,0% de los encuestados, si creen que la prueba en todo proceso judicial tiene una gran importancia, pues sirve para formar la convicción del Juez sobre la existencia de los hechos alegados por las partes o su negación, aunque no es imprescindible en el ámbito penal, pues aún a falta de pruebas, el Juez debe decidir la cuestión planteada, incluso produciéndolas de oficio, pues es deber del juez en el proceso penal buscar la verdad.

Pregunta 8:

¿Cree Ud., que la carga de la prueba en el proceso penal, es diferente al proceso civil?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	40	80%
	No creen	10	20%
	Total	50	100%

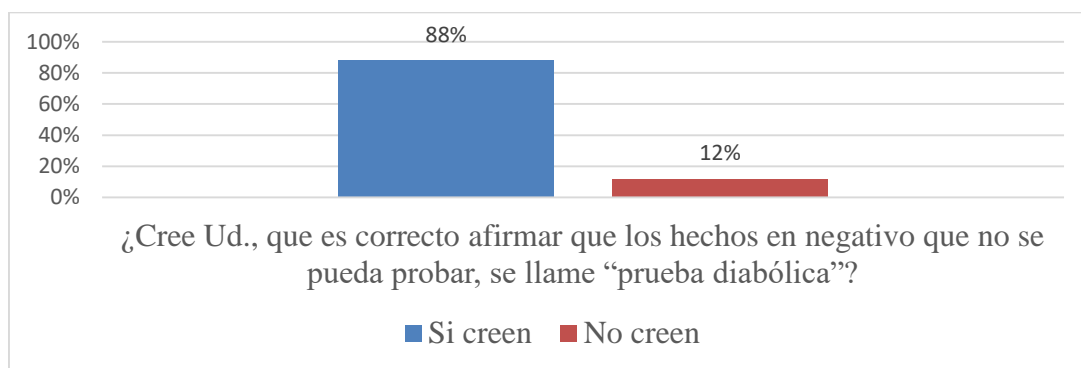
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 80,0% de los encuestados, mencionaron que si creen, puesto que en el proceso penal a falta de pruebas, o si éstas no demuestran la culpabilidad del procesado deberá estarse por su absolución, por la máxima “in dubio pro reo”. El que tiene la carga de la prueba en el proceso penal es el acusador, ya que aquel al que se le imputa la comisión del delito goza de la presunción de inocencia, aunque puede presentar pruebas en su descargo. En el proceso civil la carga de la prueba se establece en el interés de las partes, para demostrar sus afirmaciones “quien alega un hecho debe probarlo”. Quien tiene la carga de la prueba y no la produce, se perjudica, incluso perdiendo el litigio.

Pregunta 9:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que los hechos en negativo que no se pueda probar, se llame “prueba diabólica”?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	44	88%
	No creen	6	12%
	Total	50	100%

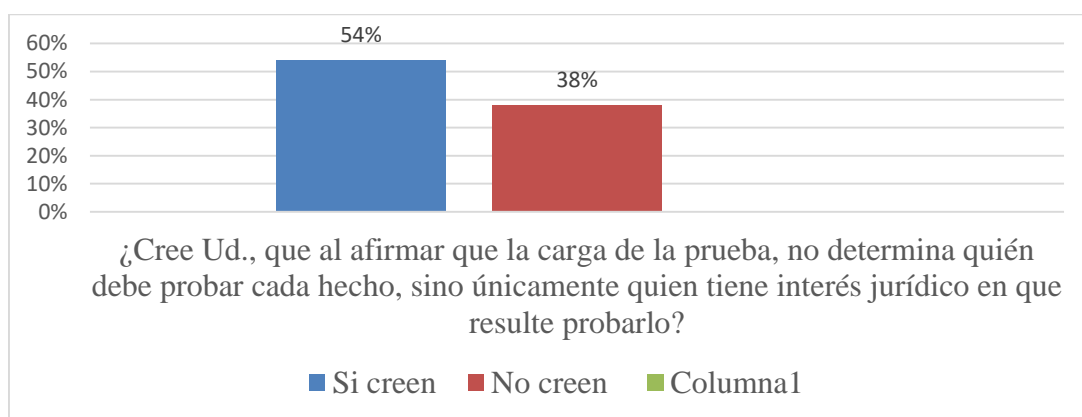
**INTERPRETACION:**

Según la encuesta realizada, un 88,0% de los encuestados, si creen, puesto que en general la inversión de la carga de la prueba ocurre en los casos de presunciones legales “*iuris tantum*”, o sea en aquellos casos en que la ley presume ciertos hechos, y quien pretenda negarlas debe probarlo. Hay supuestos en los cuales la legislación atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, puesto que la regla general es que los hechos en negativo no se tengan que probar (prueba diabólica, obtuvo este nombre por haberse desarrollado durante la época de los juicios de la Santa Inquisición con la recordada frase “*pruebe Ud. que no ha adorado al demonio*”).

Pregunta 10:

¿Cree Ud., que al afirmar que la carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quien tiene interés jurídico en que resulte probarlo?

		Frecuencia	Porcentaje
Válidos	Si creen	48	96%
	No creen	2	4%
	Total	50	100%

**INTERPRETACION:**

De acuerdo a la interrogante planteada, en relación a que al afirmar que la carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quien tiene interés jurídico en que resulte probarlo, un 96% de los encuestado manifestaron estar de acuerdo, mientras que el 4% restante, manifestó su disconformidad con lo planteado.

V. DISCUSION DE RESULTADOS:

La importancia de afianzar los conceptos de cada institución jurídica de índole probatoria, diferenciando el derecho probatorio, la prueba y los medios probatorios.

La trascendencia que las partes tienen en el proceso de acreditar los hechos propuestos en los actos postulatorios y que quien no sustenta difícilmente pueda ser ampara su pretensión.

La importancia de la valoración probatoria y el nivel de razonamiento del juez para llegar a aquella verdad real de los hechos alegados por las partes en el proceso.

Por ende, se ha podido determinar que el derecho a probar es considerado como un derecho fundamental, por cuanto no ha existido discusión respecto de dicha afirmación.

Sin embargo existe discrepancias al momento de determinar las reglas generales sobre los hechos positivos o negativos, por cuanto la teoría sobre la prueba no está ampliamente desarrollada, al menos no a nivel nacional.

Una de las discrepancias, reside en la discrecionalidad que pueda tener el juez al momento de admitir una prueba, o de requerir una prueba de oficio, y cuanto esta puede ser susceptible positiva para alguna de las partes del proceso.

VI. CONCLUSIONES

1. El Estado Constitucional de Derecho es el modelo de Estado adquirido por nuestro país, esto significa que nuestra legislación se basa en el Principio de Supremacía Constitucional, de esta forma se reconocen los derechos fundamentales de todo ser humano, nacional o extranjero, que se encuentre en nuestro país. Sin embargo si analizamos de manera exegética los 206 artículos de nuestra Constitución Política, podemos apreciar que un derecho tan importante para la correcta realización de un proceso, como es el derecho la prueba, no es nombrado de manera expresa, circunstancia que si ocurre en otras constituciones, como es el caso del sistema español donde el derecho a la prueba es reconocido en el segundo apartado del artículo 24 de su Constitución. Es por este motivo que el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha reconocido, a través de precedentes vinculantes, el derecho a la prueba como un derecho fundamental que podría estar perfectamente expresado en el artículo 139 de nuestra Constitución, donde se hace mención a los principios y derechos de la función jurisdiccional, produciéndose de esta manera una constitucionalización del derecho a la prueba, el cual -como hemos desarrollado en esta investigación- es de vital importancia para el derecho procesal civil.
2. Los medios de prueba en un proceso muy importante y básico para el esclarecimiento y demostración de los distintos hechos que le impugna a la persona denunciada, dicha obtención lo certifica el juzgador sobre los cuales hará un esclarecimiento prudente para la resolución de dicho conflicto sometido a proceso la cual sobrellevará a una "aclaratoria de hechos" así como la aplicación de

los instrumentos y conductas humanas con las cuales se pretende obtener la verificación de las afirmaciones de hecho.

3. La carga de la prueba es una obligación procesal que le corresponde el hecho de demostrar algún acto. Así mismo, dentro del marco del proceso civil, penal o administrativo, quien posee la carga de la prueba es quien ha de probar los hechos que son objeto de discusión en el litigio.
4. Existen supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, puesto que la regla general es que los hechos en negativo no se tengan que probar (prueba diabólica, obtuvo este nombre por haberse desarrollado durante la época de los juicios de la Santa Inquisición con la recordada frase “*pruebe Ud. que no ha adorado al demonio*”).
5. El derecho a la prueba o de probar, puede ser considerado como un derecho fundamental, debidamente consagrado como tal, que si bien es cierto no está implícitamente en la Constitución Política, se encuentra estipulado y determinado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias emitidas, así como en la normativa internacional.

VII. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda, instaurarse un curso en todas las universidades sobre Teoría de la Prueba, a fin de que puedan realizarse los estudios necesarios para que los nuevos abogados puedan tener mayores conocimientos, sobre el tema en concreto, teniéndose en cuenta que la prueba, puede definir todo un proceso judicial, conforme a las normas establecidas, aunque estas no puedan estar muy claras.
2. Se recomienda que los Colegios de Abogados, instauren constantes capacitaciones sobre teoría de la prueba, toda vez que es una materia naciente, que está en la plenitud de sus estudios, al menos a nivel nacional, por cuanto es necesario, para una defensa efectiva, y no se muestre el abuso de algunos sobre otros, sustentado el desconocimiento.
3. La entidad encargada de la capacitación de los jueces, debe estar al pendiente en la innovación de cursos obligatorios para los magistrados pues son quienes resolverán los casos en concreto, fundadamente en la prueba.
4. Es necesario un análisis del Código Procesal Civil, respecto de la prueba, a fin de poder concretizar una normatividad efectiva, y que pueda ser utilizada válidamente en el proceso, y no se someta a la sola discrecionalidad del magistrado.
5. Finalmente, se recomienda que la presente investigación sirva como motivación para nuevas averiguaciones en torno a otros razonamientos de similar importancia, con el fin de contribuir no solo a la parte académica sino a los operadores jurídicos las mejores herramientas para la solución de las controversias.

VIII. REFERENCIAS

- AGUILAR ARANELA, C. (2003). *La prueba en el proceso oral* . Santiago de Chile: Metropolitana .
- ALFARO VALVERDE, L. (2017). *La iniciativa probatoria del juez. Racionalidad de la prueba de oficio*. Lima: Grijley.
- ALMANZA ALTAMIRANO, F., Neyra Flores, J. A., Paúcar Chapa, M., & Portugal Sánchez, J. C. (2018). *LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL PERUANO*. Lima - Perú: USMP.
- ARIANO DEHO, E. (2003). El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. En L. Alfaro Valverde, *La iniciativa Probatoria del Juez. Racionalidad de la prueba de oficio* . Lima: Jurista.
- BRAVO BARRERA, R. (2010). *La Prueba en Materia Penal*. Cuenca.
- CARNELUTTI, F. (1955). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayu.
- CASO: NOEMI BESSY LANDÁZURI ABANTO, Exp. N° 03097 2013-PHUTC (Tribunal Constitucional 24 de Noviembre de 2015). Recuperado el 12 de Enero de 2019, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03997-2013-HC.pdf>
- CASO: SALAS GUEVARA SCHULTZ, EXP. N.º 1014-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional 5 de Abril de 2007).
- CÓDIGO PROCESAL CIVIL . (1993). Lima, Lima, Perú.
- COLOMA CORREA, R. (2003). *"Panorama general de la prueba en el juicio chileno" en La prueba en el nuevo proceso penal oral* . Santiago de Chile : Lexis Nexis .

COUTURE, E. (1948). *Estudios del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

COUTURE, E. (1948). *Estudios del derecho procesal civil*. Buenos Aires : Ediar.

DE LA RÚA, F. (2001). *La casación Penal: El recurso de Casación en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Lexus.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1970). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos aires : Zvalia Editor.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1974). *Teoría de la prueba judicial*. Buenos Aires : Victor P. de Zavalía- Editor.

DEVIS ECHANDÍA, H. (1981). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Zavalía.

DEVÍS ECHANDÍA, H. (2016). *La teoría general de la prueba judicial*. Editorial Victor de Zavalía.

ECHANDÍA, D. (1974). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Zavalía Editor.

ECHANDÍA, D. (1984). *Compendio de pruebas judiciales*. Santa Fe: Editorial Rubinzal Culzoni.

FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y garantías*. (P. A. IBAÑEZ, & A. GREPPI, Trans.) Madrid: Editorial Trotta.

FERRAJOLI, L. (2003). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid : Editorial Trotta.

FLORIAN, E. (1961). *Delle prove penali*. Milano: Instituto Editoriale Cisalpino.

- FLORIAN, E. (1961). *Delle prove penalti*. Milan: Instituto Editoriale Cislino.
- FOUCAULT, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas, 2da ed.* Barcelona: Gedissa.
- FRAMARINO DEI MALATESTA, N. (1964). *Logica de las pruebas en materia criminal*
(Vol.I). Bogota: Temis .
- GARCIA RADA, D. (1984). *Manual de derecho procesal penal 8a edicion* . Lima: Cerrera.
- GASCÓN. (2014). *La técnica analítica y la técnica globalizadora*.
- GASCÓN ABELLÁN, M. (2004). *La Motivación de la Prueba*. Castilla La Mancha, España:
Universidad de Castilla-la Mancha. Recuperado el 15 de Enero de 2019, de
https://www.researchgate.net/publication/318589004_Motivacion_de_la_Prueba
- GONZALES LAGIER, D. (2005). *Inferencia Probatoria*. Lima: Palestra Editores.
- GOZAINI, A. (1997). *La prueba en el Proceso Civil Peruano*. Trujillo: Normas Legales.
- HERMOSILLA IRIARTE, F. (2006). *Apuntes osbre la prueba en el codigo procesal penal*.
Santiago de Chile: Librotecnica.
- KISCH, W. (1940). *Elementos de derecho procesal civil*. Madrid : Revista de derecho
privado.
- MARTINEZ LETONA, P. A. (2018). *La Valoracion y Motivacion de la Prueba y su
procedimiento en la jurisprudencia* . Lima: Grijley.
- Meneses Pacheco, C. (2008). *FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL
PROCESO CIVIL*. Chile: Valparaiso.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (1997). *La minina actividad probatoria en el proceso penal*
. Barcelona : Bosh .

- MIXAN MASS, f. (2005). *Cuestiones epistemologicas de la investigacion y de la prueba*. Trujillo: BLG.
- MONTERO AROCA, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Arazandi S. A.
- OBANDO BLANCO, V. R. (2013). La Valoración de la Prueba. *Jurídica*, 2-3.
- PARRA QUIJANO, J. (2006). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Libreria ediciones del profesional LTDA.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I. (2005). *Rol social y sistema de imputacion. una aproximacion sociologica a la funcion del drecho penal* . Barcelona: Bosch.
- PIQUER MARI, J. M. (2006). *La carga de la prueba en la jurisprudencia romana clasica* . Madrid : Edisofer .
- POZZOLO, S. (2001). *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Turín : Giappichelli.
- RAMOS MÉNDEZ, F. (1990). *Derecho Procesal Civil*. Barcelona: Editorial Bosch.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA . (2005). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Espasa-Calpe.
- ROCHEFORT, P. (s.f.). *La estructura de la teoria del delito en el ambito juridico del " cammon law"* . Madrid: cit.
- ROSENBERG, L. (1955). *Tratado de derecho procesal civil II*. Buenos Aires: Ejea.
- ROSENBERG, L. (1956). *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea.
- RUIZ JARAMILLO, L. B. (2007). El Derecho a la Prueba como un Derecho Fundamental. *El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de la Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, 183-206.

RUSSELL, B. (1928). La filosofía del atomismo lógico. En *La concepción analítica de la filosofía*. Madrid : Alianza Universidad.

SAGASTEGUI URTEAGA, P. (1996). *Teoría General del Proceso Judicial*. Lima - Perú: Coleccion de texto.

SCHONKE, A. (1950). *Derecho procesal civil* . Barcelona: Bosch.

SILVA MELERO. (1963). *La prueba Procesal*. Madrid : Revista de derecho privado.

SILVA MELERO, V. (1963). *La prueba procesal*<. Madrid: Revista de derecho privado .

TARUFFO, M. (2009). *Decisiones Judiciales e inteligencia artificial*. Madrid: Marcial Pons.

TOME GARCIA, J. A. (1995). *Derecho procesal penal 2da edicion* . Madrid: Centro de estudios Ramon Areces .

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO. (23 de OCTubre de 2015). Carga de la Prueba y Derecho a probar sus diferencias . Circuito, Mexico: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

IX. ANEXOS

Anexo N° 1. Ficha de Encuestas

UNIVERSIDAD NACIONAL FEDERICO VILLAREAL

ESCUELA UNIVERSITARIA DE POST GRADO

FICHA DE ENCUESTA PARA TESIS DE MAESTRIA

“EL DERECHO A PROBAR EN LA ACCIÓN Y LA INVERSIÓN DE LA FACULTAD PROBATORIA”

Estimado Sr (a), soy la egresada **GISELLA ARACELLY CUBILLAS LUYO**, y he culminado mis estudios en Maestra, abocándome a la ejecución de mi Tesis, motivo por el cual recurro a Ud. Para que tenga a bien responder la presente encuesta.

Los datos que Ud. Consigne serán tratados con la debida reserva y confidencialidad, no serán entregados a las autoridades o persona alguna. MUCHAS GRACIAS.

OBJETIVO DE LA ENCUESTA: Realizar la Tesis de Maestría.

Encuestador: **GISELLA ARACELLY CUBILLAS LUYO**

Sírvase contestar las preguntas planteadas de acuerdo a la opción que considere conveniente:

Cuestionario**1. Ocupación:**

1- () Magistrado 2- () Asistente de juzgado 3- () Abogado litigante

2. Género:

1- () Femenino 2- () Masculino

Pregunta 1:

¿Cree Ud., que en los procesos constitucionales, en que las partes tienen la carga de la prueba, el Juez Constitucional tiene una participación activa?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 2:

¿Cree Ud., que es correcto, que cuando se trata de procesos contra servidores públicos, que el Juez solicita el envío de expediente administrativo o judicial?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 3

¿Cree Ud., que es correcto que los Jueces Constitucionales tengan amplios poderes para ordenar toda la prueba que considere necesario?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 4:

¿Cree Ud., que el objeto de la prueba, es una actividad complementaria?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 5:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que el tema del objeto de la prueba, busca responder: “que se prueba, que cosas deben probarse”?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 6:

¿Cree Ud., que es correcto decir que la fuente de la prueba se refiere a un concepto extrajurídico?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 7:

¿Cree Ud., que la prueba en todo proceso judicial tiene una gran importancia?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 8:

¿Cree Ud., que la carga de la prueba en el proceso penal, es diferente al proceso civil?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 9:

¿Cree Ud., que es correcto afirmar que los hechos en negativo que no se pueda probar, se llame “prueba diabólica”?

1- Si creen () 2- No creen ()

Pregunta 10:

¿Cree Ud., que al afirmar que la carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quien tiene interés jurídico en que resulte probarlo?

1- Si creen ()

2- No creen ()

Nota: Tenga la amabilidad de señalar o marcar con una X la que considera es la respuesta correcta a la pregunta planteada en este cuestionario.

ANEXO N° 2- MATRIZ DE CONSISTENCIA

“EL DERECHO A PROBAR EN LA ACCIÓN Y LA INVERSIÓN DE LA FACULTAD PROBATORIA”

PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	HIPOTESIS DE INVESTIGACIÓN	VARIABLES O INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>PROBLEMA GENERAL: ¿De qué manera se da el derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>✓ ¿Determinar porque hay supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Determinar de qué manera se da el derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>✓ Determinar porque hay supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL Se puede configurar un derecho a probar en la acción respecto de la inversión de la facultad probatoria.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICOS</p> <p>✓ Existen supuestos en los cuales la Legislación Peruana, atribuye la carga de la prueba a quien niega la existencia del hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar.</p> <p>✓ El hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>Derecho a probar en la acción</p> <p>INDICADORES</p> <ul style="list-style-type: none"> - Acción - Derecho fundamental - Tutela <p>VARIABLE DEPENDIENTE</p> <p>Carga de la prueba</p>	<p>NIVEL DE LA INVESTIGACION La presente investigación es de nivel descriptivo-explicativo, describiéndose la realidad jurídica del tema investigado, conforme se plantea en la doctrina y en la realidad.</p> <p>TIPO DE LA INVESTIGACION El presente trabajo de investigación es de tipo aplicada, para su desarrollado ha sido necesaria el estudio de aspectos teorizados, a fin de analizar el relacionado al derecho de la prueba y los aspectos relevantes a ella.</p> <p>DISEÑO Se utilizaron una pluralidad de métodos, entre ellos, el análisis, la síntesis, la inducción, la deducción, y la intuición intelectual, mediante el método del análisis, las concepciones de los pensadores referidos a la inversión de la carga probatoria, se analizaron buscando las características principales, lo señalado permitió establecer relaciones entre las visiones filosóficas existentes. Luego, se procedió a efectuar una síntesis de las diversas concepciones de los derechos del hombre, esto permitió describir las relaciones esenciales y las características principales</p>

<p>general, los hechos en negativo no se tienen que probar?</p> <p>✓ ¿Si el hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta?</p> <p>✓ ¿Cómo afirmar que la carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza?</p> <p>✓ ¿Es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba?</p>	<p>hecho afirmado por el demandante, si es sabido, que por regla general, los hechos en negativo no se tienen que probar.</p> <p>✓ Analizar si el hecho presumido no necesita prueba, por lo tanto no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta.</p> <p>✓ Determinar cómo afirmar que la carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza.</p> <p>✓ Comprobar si es correcto afirmar, que las presunciones en</p>	<p>no hay carga, entonces como puede haber inversión de ésta.</p> <p>✓ La carga no distribuye la prueba, sino el riesgo de la falta de prueba o de certeza.</p> <p>✓ Es correcto afirmar, que las presunciones en materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba.</p>	<p>INDICADORES</p> <ul style="list-style-type: none"> - Prueba - Obligación de probar - Acción 	<p>que existen entre ellas. No sólo se buscaron las relaciones y similitudes entre los conceptos investigados, sino que también, se procedió a la inversa, es decir, a contrarrestar y negar los conceptos y o las tesis sostenidas por los autores, con la finalidad de perfeccionarlas, apelando de algún modo, a dialéctica platónica.</p> <p>METODO</p> <p>Se utilizó el método inductivo, es decir, a partir de las concepciones filosóficas de los pensadores investigados se extrajeron algunas reglas generales que constituyeron las hipótesis del trabajo. Asimismo, se realizó el trabajo a la inversa, se extrajeron nuevas conclusiones o deducciones. Este procedimiento se realizó engarzando los conceptos más generales con los menos generales.</p> <p>MUESTRAS</p> <p>En el presente caso la muestra es probabilística de tipo aleatoria simple.</p> <p>TECNICAS</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Encuesta. b. Análisis de textos. <p>INSTRUMENTOS</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Observación directa. b. Observación indirecta. <ul style="list-style-type: none"> - La técnica del cuestionario. - La recopilación documental. - La técnica del análisis del contenido.
--	--	---	--	---

	materia civil, no suponen una inversión de la carga de la prueba.			
--	---	--	--	--