

LA PRUEBA DIFÍCIL: CRITERIOS PARA MEJOR RESOLVER

Rafael Edward
Viera Arévalo*

La teoría de la prueba es, en nuestro país, una de las materias menos exploradas por la doctrina. Por esa razón existen temas de extraordinaria complejidad que se presentan en este campo, para lo cual la inmensa mayoría de las respuestas que la jurisprudencia ha dado hasta ahora resulta ser inadecuada. Uno de estos temas es la prueba difícil, cuya denominación quiere decir precisamente eso: aquellos casos en los que la probanza de la pretensión resulta particularmente difícil. Así, el autor del presente trabajo nos acerca al tema a través de un análisis casuístico, proponiendo los instrumentos para superar la problemática de la prueba difícil y, finalmente, su eventual aplicación en nuestro país.

REFERENCIAS LEGALES:

- Código Procesal Civil: arts. 188-304.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a probar es el que tiene toda persona de introducir diversos elementos en un proceso dirigidos a sustentar y acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Para algunos autores constituye un derecho fundamental de rango constitucional, para otros, un aspecto del debido proceso o tutela jurisdiccional efectiva. Indistintamente

del rango que se le atribuya, queda claro que es un derecho esencial para la defensa de los intereses de las personas. Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que dicho derecho forma parte de la tutela procesal efectiva (Exp. N° 671-2005-HC/TC)¹.

Ahora bien, el derecho a probar no solo se agota con el aporte del acervo probatorio que

* Abogado del Estudio Miranda y Amado Abogados.

1 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este sentido en el Exp. N° 671-2005-HC/TC al indicar: "El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional".

se realice en el proceso, sino que abarca todo su tratamiento dentro de este, es decir, que puedan ser pasibles de ser admitidos, contradichos, actuados, que se asegure su producción o conservación y que sean adecuadamente valorados por el juez con una debida motivación.

En este orden de ideas, en la sentencia del Tribunal Constitucional antes indicada, se establece:

"Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por 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 188 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 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" (énfasis nuestro).

Este tratamiento del derecho a probar se justifica por la importancia que tiene en el desarrollo del proceso como herramienta dirigida a resolver conflictos y eliminar incertidumbres con relevancia jurídica, por ello, una adecuada regulación en sede nacional es fundamental para la efectiva tutela de los derechos.

El Título VIII del Código Procesal Civil (en adelante, CPC) regula el régimen de la prueba y su tratamiento en sede judicial (específicamente desde el artículo 188 al 304). Sin embargo, no existen disposiciones legales que regulen la actividad judicial cuando está ante un hecho de difícil probanza o también llamada prueba difícil. Quizá porque a la fecha de entrada en vigencia del CPC este tema no estaba tratado a profundidad o porque el legislador consideró que en el artículo 197 de la referida norma procesal la contenía al dejar al juez la valoración conjunta y discrecional del material probatorio.

En cualquiera de los casos, consideramos importante hacer algunas precisiones sobre la prueba difícil porque muchos procesos jurisdiccionales son resueltos injustamente por insuficiencia de medios probatorios, sin advertirse que es posible utilizar otros medios para el esclarecimiento o convencimiento del hecho alegado aun con insuficiencia de material probatorio, lo cual pretendemos desarrollar en el presente artículo.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juez de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podría considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juez podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio".

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA DIFÍCIL

La noción de prueba tiene distintas acepciones:

- a) Desde un punto de vista objetivo, son los hechos que sirven de prueba a otros hechos.
- b) En un sentido más general, es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho. Por ejemplo: inspección judicial, un dictamen pericial, una declaración de tercero, una confesión, etc.
- c) Desde el punto de vista subjetivo, es la convicción que se produce en el juez sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el litigio o la cuestión no litigiosa.
- d) Otra definición consiste en señalar que es el conjunto de motivos o razones que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso.
- e) En cuanto a la prueba judicial, son los medios y razones o motivos contenidos en ellos y los resultados de estos que llevan a la certeza sobre la existencia de un hecho².

Por otro lado, De Santo considera que hay tres acepciones diferentes respecto del concepto de prueba en términos procesales, a saber: a) cuando se refiere al procedimiento para probar, b) como al medio por el cual se intenta demostrar; y, c) cuanto al resultado de lo que ha sido probado e indica lo siguiente:

"Desde el primer punto de vista, en efecto, denota la peculiar actividad que se despliega durante el desarrollo de la causa por obra de los justiciables y el órgano jurisdiccional y cuya finalidad es producir

en el ánimo del juzgador una certeza, no lógica o matemática, sino psicológica, sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados.

Se habla, entonces, de prueba como 'procedimiento': durante la prueba; durante el periodo probatorio.

En segundo término, por prueba se entiende el conjunto de modos u operaciones (medios de prueba, v. gr., declaración de testigos, dictamen pericial, etc.) del que se extraen, por conducto de la fuente que proporcionan (v. gr., el hecho declarado por la parte), las razones generadoras de las convicción judicial (argumentos de prueba).

La prueba, por último, significa el hecho mismo de la convicción judicial, es decir, el 'resultado' de aquella actividad (se dice que algo está probado cuando ha quedado suficientemente demostrado como cierto)"³.

A efectos de este trabajo, utilizaremos la concepción de la prueba desde el aspecto del resultado o la convicción que se produce en el juez sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran el litigio o la cuestión no litigiosa, porque es él quien debe decidir respecto de la veracidad de los hechos expuestos por las partes.

Para el caso que nos ocupa, (la prueba difícil hace referencia a aquel hecho que es de difícil probanza, lo que genera que el juzgador no pueda llegar a la convicción sobre el hecho afirmado) o, como dice Peyrano, la "materia de prueba difícil"⁴. Cabe resaltar que, en general, los hechos son los que no se pueden acreditar con facilidad o en circunstancias normales, independientemente, de que estos sean simples

² GARCÍA VARGAS, David. "Lecciones de Derecho Probatorio". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2da Ed. Bogotá, D.C-Colombia, 2005, p. 23.

³ DE SANTO, Víctor. "La Prueba Judicial". Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 29.

⁴ PEYRANO, Jorge W. "Materia de prueba difícil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° II, 1998, Lima-Perú, p. 522.

o complejos⁵. Así, existen casos donde es común que el juzgador advierta hechos de difícil probanza o de prueba difícil como son, por ejemplo, los de responsabilidad médica. En estos casos, la acreditación de los hechos que configuran la negligencia de un médico es sumamente difícil, porque, simplemente, el demandante, sea el paciente que estuvo bajo la disposición del médico (según el tratamiento, el diagnóstico, etc.), inconsciente si los hechos ocurren durante su operación; o, los familiares quienes no estuvieron presentes con el paciente cuando se cometieron los hechos, no cuentan con los elementos probatorios necesarios, adecuados y suficientes para acreditar la negligencia del médico, siendo, paradójicamente, él mismo o las personas de su entorno (el establecimiento de salud donde trabaja, su consultorio privado, etc.) quienes tienen en su poder el material probatorio respectivo.

Un caso diferente es relatado por Morello⁶, básicamente, de la siguiente manera: un cliente del Banco Mercantil Argentino contrató con este una caja de seguridad. Se produce un robo en el Banco y vacían el contenido de dicha caja. El cliente demanda el pago de US\$ 90,000.00 que, indica, se encontraban en esta. Dicho caso llegó a la Corte de Apelación, la que consideró que la demanda era infundada porque el demandante no había acreditado

fehacientemente que guardó dicha cantidad de dinero. Para llegar a este razonamiento, la Corte consideró que: a) el demandante había acudido solo dos veces a la referida caja y la última visita fue hace más de un año; y, b) el demandante era comerciante, lo que les resultaba ilógico que pueda tener dinero congelado tanto tiempo cuando precisamente era producto, supuestamente, de la actividad mercantil que desarrollaba.

Lo interesante del caso, es que el demandante no tenía medios de prueba para acreditar la existencia del dinero y demostrar con certeza la cantidad exacta de los US\$ 90,000.00 y ello, básicamente, porque ningún Banco ni el cliente guarda registro del contenido de una caja de seguridad. Los dos indicios evaluados por la Corte fueron merituados contra los intereses del demandante, los cuales condujeron a la superficial convicción que no había dinero en la caja. Sin embargo, a nuestro parecer criterio, nos parece obvio que existía dinero u objetos de significativo valor guardados en ella porque precisamente para ello se contrata una, de allí que el juzgador debe optar en reconocer un resarcimiento a su criterio o no reconocerlo, aun cuando tenga la seguridad que existe un resarcimiento por reparar, pero cuyo monto se desconoce por insuficiencia probatoria.

5 El profesor italiano Michelle Taruffo define a los hechos complejos de la siguiente manera: "En resumen, cuando la hipótesis sobre el hecho es compleja porque versa, en realidad, sobre distintas circunstancias, no hay nada extraño desde el punto de vista cognoscitivo ni contradictorio, lógicamente en la posibilidad de que los elementos de prueba disponibles atribuyan grados de confirmación distintos a las diversas subhipótesis que se refieren a cada circunstancia concreta. Es más, esta es la situación que normalmente se produce en el proceso cuando se dispone de distintas pruebas referidas a circunstancias de hecho diversas. En cuanto a la decisión que en esa situación puede adoptar el juez, el criterio general es bastante obvio: es racional considerar probadas aquellas circunstancias que tienen un grado de confirmación adecuado y no probadas aquellas que tienen un grado de confirmación = 0 o tan bajo que el margen de duda respecto de ellas haría irracional considerarlas -verdaderas-. La decisión en derecho deberá, obviamente, tomar en consideración qué circunstancias están probadas, aunque sea con grados de confirmación distintos entre ellas, y qué circunstancias no están probadas por tener un grado de confirmación = 0, en todo caso, demasiado bajo para justificar otra decisión. Sin embargo, este problema y no tiene que ver con la determinación de los hechos, sino que versa sobre la relación entre las circunstancias de hecho, que resultan determinadas sobre la base de las pruebas, y el supuesto de hecho jurídico sobre el que inicialmente se estableció la hipótesis compleja sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, de hecho jurídico sobre el que inicialmente se estableció la hipótesis compleja sobre el hecho a probar. Desde este punto de vista, puede suceder también que la determinación parcial de las circunstancias (por haber obtenido algunas de ellas un grado de confirmación demasiado bajo para considerarlas -verdaderas-) no integre ese supuesto de hecho jurídico y, por tanto, no cumpla las condiciones de hecho necesarias para la aplicación de una determinada norma. Pero esta es una posibilidad de *lure* que puede producirse después de la adopción y la valoración de las pruebas y que, en consecuencia, no puede condicionar *ex ante* el método para su análisis". (TARUFFO, Michelle, "La Prueba de los Hechos". Editorial Trotta, Bologna-Italia, 2002, pp. 281 y 282).

6 Cfr. MORELLO, Augusto M. "Un caso difícil (El Arduo Armado de la Construcción Presuncional). En: Avances Procesales, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina, 2003.

Por otro lado, nuestro sistema procesal no tiene mecanismos de coerción que garanticen que los medios probatorios actuados sean fidedignos y estas deficiencias generan que muchos de ellos sean inútiles y no cumplan su finalidad. Deficiencias en los mecanismos de coerción que evitan, por ejemplo, que un testigo brinde un falso testimonio o que un perito evague un informe pericial libre de injerencias o presiones externas, generando un obstáculo

para que el juzgador llegue a la verdad. Por ello, pretender que una enfermera rinda un testimonio cierto y exacto sobre la conducta negligente del médico cirujano durante la operación en la que estuvo presente o que un médico nombrado como perito evague un informe imparcial donde determine la negligencia del colega, miembro del mismo colegio profesional y especialidad, es casi ilusorio, lo cual genera que dichos medios probatorios sean, en su mayoría, vagos, inexactos, parcializados y no contribuyan a la resolución de la controversia.

Dichos ejemplos en las circunstancias antes descritas, nos demuestran de qué se trata la prueba difícil y para que las pruebas sean correctamente actuadas y valoradas es determinante la actitud que debe tomar el juzgador cuando está ante una materia o hechos de difícil probanza. Así, en virtud del principio de valoración conjunta y discrecional de la prueba que recoge nuestro sistema procesal, debe merituarlas en su contexto y real contenido.

“ La prueba levior es la que debería generar convencimiento en el magistrado a pesar de que, normalmente, por sí sola no podría hacerlo. Ejemplo de este, y sin apartarnos de los casos antes citados, es la propia relación médico-paciente. ”

Pues bien, en casos como estos, para Peyrano, el juez debe aplicar los principios de *favor probationem* y *las pruebas leviores*⁷. El primero se aplica en especiales circunstancias donde por sí mismas se advierte con claridad la dificultad probatoria, donde el juez debe tratar de equiparar esta dificultad y no hacerla tan gravosa, con una flexibilidad en la apreciación de la prueba y hacer uso de los indicios y/o presunciones. En cambio, la prueba *levior*

es la que debería generar convencimiento en el magistrado a pesar de que, normalmente, por sí sola no podría hacerlo. Ejemplo de este, y sin apartarnos de los casos antes citados, es la propia relación médico-paciente, porque este último ingresa a un estado de confianza con su médico y no le exige medios probatorios respecto de las consultas, recetas, análisis, diagnósticos, tratamientos y similares y, por el contrario, se pone a disposición del médico sin mayor cuestionamiento y se somete a sus indicaciones sin capacidad de contradecirlo por su falta de conocimiento sobre la especialización de la materia profesional y por la confianza que le genera esta relación, lo cual se hace más evidente en casos de dependencia total (como el estar anestesiado en un quirófano durante una operación). En este contexto, la prueba *levior* aparece como una suerte de presunción respecto de aquella relación íntima que justifica que exista poco material probatorio y dicha situación debe ser considerada por el juez para flexibilizar el rigor probatorio.

7 Jorge Peyrano opina que: "Las pruebas leviores son una creación de larga data conforme a la cual se clasificaban las pruebas en *eficaces* y *leviores*. Las eficacias eran las normales, las que generaban convencimiento del espíritu del juez, convencimiento moral, de que tal cosa había existido, de tal o cual forma. En cambio, la *levior* era la prueba que debía generar convencimiento también en el magistrado a pesar de que normalmente no podría haberlo hecho.

(...)

El *favor probationem*, sobre el cual han hablado tan bien los españoles, el Dr. Serra es un especialista en materia de prueba, de lo que he leído no he logrado sacar una definición concreta, es más bien una idea que late, tiene un contenido muy variado, de algún modo dice algún autor que son situaciones donde por sí mismas se advierte la dificultad probatoria. Un juez casi intuitivamente trata de algún modo componer las cosas a veces acudiendo a técnicas distintas aflojando el error probatorio, desplazando cargas, dando mayor relevancia en vicio o a presunciones, etc.". (PEYRANO, Jorge W. "Materia de prueba difícil" En: Revista Peruana de Derecho Procesal, N° II, 1998, Lima-Perú, pp. 522 y 523).

Por su parte, los magistrados de los Estados Unidos aplican el principio del *res ipsa loquitur*⁸ que consiste en una presunción a favor del afectado respecto de conducta negligente del imputado cuando el accidente ocurre bajo su esfera de dominio o control y se aplica cuando concurren tres requisitos:

- El accidente debe ser de tal naturaleza que, ordinariamente, no ocurra en ausencia de negligencia de alguna persona.
- El accidente debe ser causado dentro del control exclusivo del demandado.
- El accidente no puede haber sucedido debido a acción voluntaria o negligencia del demandante⁹.

Definitivamente, la aplicación de estos principios deben ser utilizados por el juzgador en casos de prueba difícil, lo cual se le está permitido por la valoración conjunta y discrecional de los medios probatorios que, como se ha dicho, recoge nuestro ordenamiento procesal.

Por otro lado, nos parece oportuno mencionar que en algunos ordenamientos los órganos jurisdiccionales aplican el **dinamismo de la carga de la prueba** como criterio jurisprudencial, a través del cual el juzgador transfiere la carga de probar a favor o en contra dependiendo de cada situación jurídica especial, así por ejemplo, en la responsabilidad médica se le transfiere la carga de probar al médico respecto de su no negligencia, es decir, este es quien debe probar que no actuó negligentemente.

Consideramos que la aplicación de este principio vulnera la norma contenida en el artículo 196 del CPC que dispone que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho, porque la aplicación del dinamismo implicaría

una inversión de dicha carga en el que quien no afirmó un hecho, debe demostrar lo contrario. Por ello, el referido dinamismo no sería aplicable en nuestro ordenamiento procesal porque toda excepción a la carga de la prueba, como la inversión, debería estar establecida de manera expresa.

En efecto, la inversión de la carga de la prueba hacia el supuesto responsable en casos no establecidos expresamente por el ordenamiento jurídico constituye, en estricto, una presunción de culpabilidad que tendría que ser quebrado por el presunto infractor o agente dañoso. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico reconoce expresamente la presunción de inocencia como derecho constitucional de toda persona, sea natural o jurídica, por lo tanto, una inversión de la carga de la prueba no establecida expresamente resultaría inconstitucional.

Cabe resaltar que el Tribunal Constitucional ha establecido respecto de la presunción de inocencia lo siguiente:

“14.- (...) tenemos dicho que la presunción de inocencia es un principio que atraviesa transversalmente el derecho a un proceso con las debidas garantías. En el ámbito del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado constituye una regla de tratamiento a la persona sometida al proceso sancionador, que exige de parte de quienes lleván adelante el juzgamiento que partan de la idea de presumir al encausado como inocente. Y, en la realización del juzgamiento mismo, que el órgano estatal que tenga capacidad para sancionar solo lo pueda hacer si es que existen pruebas que suficientemente demuestren la culpabilidad del sometido a proceso”¹⁰.

⁸ Un término equivalente sería: “la cosa habla por sí misma”.

⁹ AVENDAÑO VALDÉZ, Juan Luis. “La prueba difícil. Culpa Médica”. En: Homenaje a Jorge Avendaño, Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú”, Lima-Perú, 2004, p. 903.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de mayo de 2005 en el Exp N° 1680 2005 PA TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Jorge Luis Borda Urbano contra el juez Marco Aurelio Tejada Ortiz, titular del Vigésimo Octavo Juzgado Penal para Reos en Cárcel de Lima.

Si bien dicha resolución del Tribunal Constitucional hace referencia a la presunción de inocencia que se debe respetar en el procedimiento sancionador, queda claro que sus criterios son aplicables sobre cualquier proceso o procedimiento donde se pretenda imputar una conducta, responsabilidad o comisión de un delito o infracción, a cualquier persona.

Por ello, no es permisible que cualquiera de las partes o el juzgador pretendan la inversión de la carga de la prueba que no esté recogida expresamente en la ley como sucede con las presunciones legales –las cuales implican precisamente una inversión de dicha carga– (como el conocimiento de las inscripciones registrales del hijo nacido dentro del matrimonio, del poseedor que se le presume propietario, del propietario de lo principal sobre accesorio, de la culpa en la responsabilidad extracontractual, de las normas que son conocidas por todos desde su publicación, etc.). Sin embargo, ello no es obstáculo para que el juzgador pueda hacer uso de los indicios y las presunciones judiciales para llegar a la dilucidación del hecho controvertido, los cuales deberán ser utilizados con mayor frecuencia en casos de difícil probanza.

Pues bien, estando a lo antes explicado, queremos ser enfáticos en señalar que la aplicación de los principios antes indicados, el menor rigor probatorio y la mayor flexibilización probatoria en casos de prueba difícil no constituye una inversión de la carga de la prueba ni tampoco una vulneración al derecho constitucional a la presunción de inocencia, porque la inversión de la carga de la prueba implica que quien afirma un hecho no tiene que probarlo y este se tendrá por verdadero a menos que la contraparte demuestre, con el material probatorio suficiente, lo contrario; en cambio, en los casos de prueba difícil quien alega un hecho debe probarlo, es decir, no se rompe el principio de la carga de la prueba, pero atendiendo a que los hechos son de difícil probanza y a las

particularidades del caso, el juzgador debe valorar los medios probatorios dirigidos a acreditar tales hechos bajo los criterios antes mencionados y ser menos riguroso en la exigencia del material probatorio y en su apreciación de este. Así, si aun cuando siendo más flexible en el rigor probatorio y aplique los principios antes indicados no llega a convencerse sobre la veracidad del hecho alegado, pues deberá tenerlo por no acreditado y aplicará las consecuencias legales que correspondan.

III. CONCLUSIONES

La prueba difícil constituye aquella materia, hechos o casos de difícil probanza debido a sus propias particularidades. Frente a estos, el juzgador tiene la facultad de aplicar la prueba *levior*, el principio *favorum probatiomen* o el aforismo *res ipsa loquitur*. Ello permitirá que sea menos riguroso tanto en la exigencia del material probatorio como en la apreciación de la prueba y exista mayor flexibilidad en su análisis.

También en casos de prueba difícil debe agenciarse de los indicios y las presunciones (legales o judiciales) y aplicarlos con mayor criterio para llegar a la dilucidación del hecho afirmado o controvertido.

Por otro lado, la valoración de la prueba difícil es permitida por nuestro ordenamiento como una manifestación del principio de valoración conjunta y discrecional de la prueba que se le otorga al juzgador, motivo por el cual puede emplearlo cuando lo estime conveniente.

Por último, no puede entenderse que la valoración de la prueba difícil implica una inversión de la carga de la prueba, aplicación del dinamismo de la carga de la prueba o una vulneración al derecho constitucional a la presunción de inocencia, porque estos recogen situaciones diferentes y se desarrollan en otros ordenamientos jurídicos que sí lo permiten.