

Instituciones probatorias en el amparo

Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ^(*)

El autor identifica cuál es el paradigma de prueba en virtud del cual se ha estructurado el proceso de amparo, concluyendo que para que este proceso funcione adecuadamente se exigen pruebas evidentes. A este respecto, analiza si las llamadas pruebas indirectas o los indicios y presunciones pueden ser calificados como pruebas evidentes, sin dejar de advertir el riesgo en su uso debido a la necesidad de emplear máximas de experiencia. Analiza también la carga de la prueba y si efectivamente en el proceso de amparo existe como regla una inversión de esta, tal como lo postula el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos. Relacionado con ello pasa a estudiar las llamadas cargas probatorias dinámicas aplicadas por el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo, los riesgos que ello supone y las posibilidades de sustituir su aplicación por presunciones. Finalmente, analiza los principios de prevención y de precaución aplicados por el Tribunal Constitucional a temas de medio ambiente y salud, verificando que el principio de precaución rompe con el paradigma probatorio del amparo.

1§. La prueba en el amparo nos ha llamado la atención desde épocas universitarias. Pensar en un proceso sin etapa probatoria es

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de Miranda & Amado Abogados S.C.R.L.

sencillamente fascinante⁽¹⁾, pues es inobjetable la lógica según la cual: si alguien cuenta con un medio de prueba contundente sobre la vulneración de sus derechos, se justifica que su pretensión se tramite en una vía de sumarización material y formal, pues la controversia no requeriría mayor discusión probatoria.

En efecto, desde antes que entrara en vigencia el actual Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional (TC), la doctrina nacional y nuestros profesores nos enseñaban que para solicitar tutela a través de un proceso de amparo se requería que la agresión o amenaza denunciada sea acreditada con medios probatorios de donde se derive, de modo manifiesto o evidente, el hecho denunciado. Este parece ser un requisito típico o, si se quiere, esencial del proceso de amparo, pues en el sistema argentino de tutela de derechos fundamentales, del cual es tributario nuestro ordenamiento (al menos en este extremo), se dice que el amparo procede contra los actos u omisiones que alteren o amenacen derechos con "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"⁽²⁾. Asimismo, en Brasil se dice que para la procedencia del mandado *do segurança* se requiere prueba "líquida y cierta" de la agresión al derecho.

En términos sencillos, ello significa que en el proceso de amparo se deben ofrecer medios probatorios que de manera casi inmediata permitan al órgano jurisdiccional –y a cualquier mortal– certificar la veracidad o la alta probabilidad de que los hechos denunciados son como efectivamente se han afirmado. Desde sus inicios, el TC predicaba que el amparo podía activarse "siempre que se acompañe

(1) **Código Procesal Constitucional**

Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa".

(2) En estricto esa exigencia está prevista en el artículo 43 de la Constitución de la Nación Argentina. Sin embargo, en forma acertada precisa Rivas (2000:40) que tal disposición incurre en un error conceptual, debido a que el calificativo "manifiesto" solo es predicable respecto de hechos, mientras que los conceptos "ilegales" y/o "arbitrarios" son vicios jurídicos: "una cosa es la conducta lesiva y su prueba (cuestión de hecho) y otra la calificación de la misma de acuerdo a derecho (...) si el juez "sabe" el Derecho (*iura novit curia*) es incongruente y constituye un sinsentido jurídico imponerle que aprecie con gradación el ajuste o apartamiento de tal conducta con respecto al ordenamiento normativo".

prueba fehaciente de la vulneración constitucional” (STC Exp. N° 0396-2000-AA/TC, f. j. 1). Reiteradamente se dejó sentado que “las acciones de garantía constituyen sumarísimos mecanismos procesales de defensa pero solo respecto de derechos constitucionales traslúcidos y evidentes” (STC Exp. N° 0349-97-AA/TC, f. j. 5).

No obstante, cada vez que pensábamos descubrir cómo es que funcionaba la prueba en el amparo, nos dábamos de bruces con la realidad, con casos específicos que sugerían, p. e., que en el amparo se pueden actuar pruebas de oficio ante la insuficiencia del material probatorio; que en algunos casos esto último no es justificación para desestimar la demanda; que no es exigible ofrecer medios probatorios contundentes sobre la amenaza o lesiones de ciertos derechos para declarar fundada la demanda; que en estricto no es demandante quien tiene que acompañar medios de prueba contundentes sobre la lesión que invoca, bastándole con ofrecer indicios.

La prueba en el amparo que parecía ser una institución ya acabada, presenta ahora nuevos matices que requieren ser precisados. En este intento por tratar de dar coherencia al asunto que nos convoca, recurriremos a las instituciones del proceso civil para advertir cómo es que funciona el sistema probatorio construido desde hace mucho por los maestros de la doctrina procesal y, a partir de allí, verificar si las incongruencias presentadas en la prueba del amparo son en realidad tales o si se trata de una errónea comprensión de los institutos probatorios.

2§. Desde hace un tiempo defendemos la siguiente idea: la exigencia de lograr una tutela urgente y oportuna impuso en el amparo una estructura procedimental que limite las posibilidades probatorias de las partes (se exige prueba evidente). Ese es el motivo por el cual los procesos constitucionales carecen de estación probatoria. En efecto, de no ser así, tales procesos llamados a ser de tránsito menos prolongado no cumplirían con su primordial finalidad (cfr. Velásquez, 2009: 223; 2010: 30).

Este razonamiento pretende ser solo una concretización de las razones que justifican la creación de las llamadas tutelas diferenciadas. Sobre el particular Baptista Da Silva (1997: 94) nos dice que “si el Derecho Procesal quiere cumplir su función instrumental, la primera regla

que debe seguir es mantenerse fiel al derecho material que debe hacer efectivo. Es necesario, para que esa función sea atendida, que entre los procedimientos y las respectivas acciones (de derecho material), que le dotan de contenido, se mantenga una constante relación proporcional, según la cual los procedimientos crezcan en la medida que se reduzca la *evidencia* de las respectivas pretensiones de derecho material, cuya realización se busca a través de la acción (igualmente de derecho material). Debe, o por lo menos debería, en un sistema ideal de tutela jurisdiccional, cada procedimiento crecer en razón inversa al grado de evidencia del derecho sometido a apreciación judicial”.

Quien fuera el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina cuando dicho país incorporó por vía pretoriana el amparo, Alfredo Orgaz (1961: 57), precisaba desde un inicio que en dicha vía se exige que el hecho acusado de lesionar los derechos “ha de ser (...) ‘manifiesto’, pues de otro modo no se justificaría el procedimiento sumario”.

El amparo, exige, en suma, instrumentos que permitan acreditar de manera contundente los hechos que amenazan o lesionan derechos constitucionales, situación que permite construir un proceso material y formalmente sumarísimo, de tal suerte que incluso carece de etapa probatoria. Por lo general encontramos pronunciamientos del TC que van en línea con esta posición, así en la STC Exp. N° 0474-2008-PA/TC (f. j. 7) se deja en claro: “Que los procesos constitucionales tienen un carácter sumario ya que son procesos configurados para la defensa de derechos constitucionales cuya vulneración es manifiesta y evidente, por lo que carecen de una etapa procesal de actuación de pruebas, según lo dispone el numeral 9 del Código Procesal Constitucional. En efecto, la tutela de los derechos constitucionales se encuentra condicionada a que en la dilucidación de la controversia, la lesión del derecho constitucional o la amenaza que a este se produzca sea de tal manera evidente que no sea necesario transitar por una previa estación probatoria”.

No obstante, existen también pronunciamientos contradictorios del mismo TC que niegan la virtualidad de la posición apenas citada. En pocas palabras, en la STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC (f. j. 3) se nos dice que “la inexistencia de estación de pruebas (...) no se deriva de la naturaleza sumaria y breve del amparo, sino de la finalidad y objeto del

proceso” que, según nos dice, se reduce principalmente a definir cuál es la interpretación constitucional legítima que corresponde en cada caso. Razonamiento que, por cierto, puede ser harto complejo para los operadores jurídicos.

Disentimos de tal posición porque implicaría reconocer que la interpretación de las normas jurídicas son las que definen la construcción de los procesos judiciales, cuestión totalmente errada. Siguiendo las líneas trazadas por Galeno Lacerda (1976: 162) diremos que en el entendido que los procesos son instrumentos de tutela de los derechos, se les exige que se adecuen a estos últimos, teniendo en cuenta para dicho fin factores subjetivos, objetivos y teleológicos⁽³⁾ de la causa, ninguno de los cuales pone su centro de atención en la interpretación de las normas jurídicas.

Nos atrevemos a deducir que el TC asume que al requerirse *pruebas evidentes*, la acreditación de hechos no es un asunto que deba preocupar al juez constitucional, siendo más relevante en el proceso definir la interpretación que corresponde. Veamos:

La STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, evocando la estructura alternativa que antes tuvo el amparo, señala que tal proceso no tiene estación probatoria, porque allí no se dilucida la titularidad de los derechos que

(3) El primero de los factores tiene que ver con los sujetos que intervendrán en el proceso, lo que en algunos casos justifica la construcción de procesos donde la legitimidad para obrar activamente sea abierta para toda persona (p. e. hábeas corpus, acción popular, tutela de intereses difusos) o cerrada (p. e., todos los procesos en donde solo los titulares del derecho invocado o sus representantes pueden demandar); o donde la legitimidad para obrar pasiva altera las reglas generales de competencias (p. e., la necesidad de acudir a la vía contencioso-administrativa cuando el demandado sea el Estado).

La adecuación objetiva se da respecto de la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico material que se busca proteger. En otras palabras, se justifican construcciones procesales especiales allí donde se buscan tutelar bienes indisponibles (p.e. procesos laborales, de alimentos, constitucionales, etc.). Tal situación repercute sobre asuntos como el impulso procesal que tendrá el proceso, la extensión de los poderes del juez y de los derechos, deberes y cargas de las partes, los efectos de su aquiescencia, la disponibilidad en cuanto a las pruebas, entre otros.

Finalmente, la adecuación teleológica del procedimiento se relaciona con la finalidad última que se busca a través de él, con el valor último al que quiere dar prevalencia. Así, los procedimientos sumarios responden a la necesidad de una rápida composición del conflicto (p. e., el proceso de amparo). La urgencia es el valor prevalente en ellos. Ahora, cómo acercarse a esa finalidad es harina de otro costal. Tiene que ver, entre otras cosas, principalmente, con la sumarización formal y material del procedimiento (sobre esto último Cfr. Watanabe, 2000: 111)

se invocan, sino solo su restablecimiento. “Ello supone que quien solicita tutela en esta vía, mínimamente tenga que acreditar la titularidad del derecho constitucional cuyo restablecimiento invoca, en tanto que este requisito constituye un presupuesto procesal, a lo que se suma la exigencia de tener que demostrar la existencia del acto cuestionado”.

Vamos por partes. Según el TC en el amparo se debe tener en cuenta dos cuestiones. Una primera referida a la titularidad del derecho, asunto que no debe exigir mayor esfuerzo probatorio, pues constituye un presupuesto para activar el amparo el ostentar en forma incuestionable tal titularidad, conforme versa reiterada jurisprudencia del TC. Aquí, se exige *prueba evidente* de la titularidad, de tal forma que en el amparo no se admitiría una discusión sobre si el demandante ostenta o no el derecho invocado. Suele ocurrir que la titularidad de casi todos los derechos constitucionales no necesita de mayor prueba, p. e., derecho a la libertad de expresión, a la vida privada, etc., pero otros derechos sí requieren acreditar la titularidad en ciertas situaciones, por ejemplo, propiedad de un bien inmueble, en tal caso la *prueba evidente* sería la inscripción registral del bien se identifica al titular del mismo.

Visto ello, la segunda cuestión a ser acreditada es la existencia del acto lesivo o amenazante. Aquí es donde sí que se pueden presentar problemas de prueba y sobre los cuales también se exige *prueba evidente*. Sin embargo, pareciera que el TC asumiera que se trata de un asunto menor, como si la acreditación de los hechos denunciados fuera siempre una tarea sencilla de ser superada. Si no fuera así por qué afirmaría que el amparo es “un proceso al acto, en el que el juez no tiene tanto que actuar pruebas, sino juzgar en esencia sobre su legitimidad o ilegitimidad constitucional” de tal suerte que “los términos de la controversia giran *fundamentalmente* en torno a una cuestión de interpretación constitucional”. Tales afirmaciones denotan que, para el TC, la previa dilucidación de los hechos sobre los que recaerá la calificación jurídica constituye una tarea que no debería generar mayores problemas para el juez constitucional.

No dejaría de tener razón el TC pues si se cuentan con *pruebas evidentes*, entonces los hechos ya han sido definidos con un grado bastante *aceptable* de seguridad, siendo por ende lo más problemático definir la interpretación constitucional que corresponde. Sin embargo,

de ello no puede deducirse que el proceso de amparo fue construido sin etapa probatoria porque lo importante es la interpretación constitucional. Identifiquemos bien los elementos en cuestión: (i) cuál es la *causa* de un proceso sin etapa probatoria: la existencia de *pruebas evidentes* que hacen rápida y segura la dilucidación de los hechos; (ii) cuál es la *consecuencia* de esa estructura: la interpretación de la Constitución pasa a ser lo más problemático en el proceso. Lo que hace el TC es confundir la consecuencia con la causa que justifica la peculiar construcción del amparo.

Por consiguiente, consideramos desacertada la posición que asume el TC en la STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC y los que pretenden seguir esa línea de argumentación; y, por el contrario, mantenemos que el amparo debe su estructura sin etapa probatoria al tipo de material probatorio que lo acompaña. En efecto, *en su intento por brindar tutela urgente, el amparo impone que solo atenderá las causas donde existan pruebas evidentes, pues de no ser así la complejidad de la causa conspiraría contra su sumariedad*. Este, con algunas matizaciones conceptuales que veremos más adelante, es en general el paradigma probatorio del amparo, pero que al parecer viene siendo objeto de sendos cambios.

Para advertir tal aserto es necesario hacer breves referencias a algunos puntos clave de la teoría de la prueba y verificar cómo es que han sido aplicados en el caso de los procesos de amparo.

3§. No obstante, antes de entrar a ese análisis, cabe preguntarse qué ocurre si en el proceso no existen elementos probatorios de actuación inmediata, necesitándose para la resolución de la causa de *medios de prueba* que requieren de actuación. En tales casos la demanda de amparo se encuentra incurso en la causal de improcedencia prevista por el artículo 5, numeral 2, del CPConst, dado que existen vías específicas y más adecuadas que el amparo para atender la controversia, debiendo por tanto declararse improcedente la demanda y dar así la posibilidad al demandante de que traslade su pretensión a la vía ordinaria que sí cuenta con estación probatoria. En esa línea, el TC ha señalado que:

“Que, el hecho de que este Colegiado desestime la presente demanda esencialmente por las razones de insuficiencia probatoria

(...) no significa que se esté pronunciando a favor o en contra de la legitimidad en torno de la pretensión de fondo, sino únicamente subraya la necesidad de que la demanda interpuesta, en caso de que resulte replanteada, sea canalizada con mayores elementos de discernimiento que los que actualmente aparecen en el expediente (...). Que conforme al inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes (...) si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y estos son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo" (STC Exp. N° 04874-2008-PA/TC, ff. jj. 7 y 9).

"El amparo no resulta la vía idónea para dilucidar la materia controvertida, pues para ello se requiere de una estación probatoria adecuada, de la cual carecen los procesos constitucionales como el presente, en los cuales solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulte evidente y sea plenamente acreditable con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso, lo que, sin embargo, no sucede en el caso de autos" (STC Exp. N° 9745-2006-PA/TC, f. j. 4).

"Que a juicio del Tribunal Constitucional, la controversia de autos no puede ser dilucidada en sede constitucional sino en la vía ordinaria, no solo porque, a tenor de lo dispuesto por el artículo 9 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales, como el proceso de amparo incoado, carecen de estación probatoria, sino fundamentalmente por cuanto se advierte de los actuados y de lo expuesto por el recurrente que se requiere de la realización de determinadas diligencias, tales como una inspección ocular, que permita aclarar la controversia" (STC Exp. N° 02038-2010-PA/TC, f. j. 3, entre otras muchas decisiones).

Queda claro entonces que la relación entre el proceso de amparo y las vías ordinarias es de complementariedad en la medida que mientras el primero es útil, idóneo, adecuado o, si se quiere, "más satisfactorio" para atender causas donde se pueda acreditarse los hechos

de la controversia mediante *pruebas evidentes*; el segundo se muestra más pertinente cuando la dilucidación de la controversia necesita de medios de prueba que requieren de actuación, cuando la causa exige un proceso con estación probatoria.

En resumen, si no contamos con medios de prueba de actuación inmediata, sino que solo podemos ofrecer elementos probatorios que requieren de ciertos actos adicionales para acreditar la existencia del hecho demandado, lo más recomendable será acudir a una vía procesal donde sí se puedan actuar tales pruebas, que sí cuente con estación probatoria, como es el caso de las vías ordinarias. Poniéndose en ese escenario, Espinoza-Saldaña (2003: 263) explica que “[s]i contamos con dos instrumentos procesales que en rigor permitirían satisfacer a las mismas partes la misma pretensión y en base a un mismo interés (...) una pauta a definir cómo actuar debiera ser la de cuán complejo es acreditar nuestra posición en el litigio, y con ello, alcanzar la pretensión que nos movilizó a acudir a un sede jurisdiccional. Si el grado de dificultad es relativamente alto, mal negocio sería acudir a una vía procesal carente de etapa probatoria como el amparo, y más aconsejable se presenta el interponer una demanda [en la vía ordinaria]”.

En caso no se siga esa esencial pauta, la demanda de amparo sería declarada improcedente por existir una vía más satisfactoria para atender la controversia, es decir, por no adecuarse al paradigma probatorio que impone el mencionado proceso constitucional.

Visto esto, corresponde que nos adentremos en el desarrollo que han tenido algunos temas esenciales de la teoría probatoria, para luego verificar cómo es que se manifiestan en el proceso de amparo.

4§. Quien en un proceso judicial quiera obtener un beneficio reconocido en una norma jurídica, primero, debe realizar *afirmaciones* o *alegaciones* que describen que determinado acontecimiento o situación se ha dado. Las hipótesis fácticas que propongan las partes podrán versar sobre hechos, entendidos como sucesos exteriores o interiores a los hombres. Decimos que se tratará de *hechos internos*, p. e., cuando se busca acreditar que un sujeto golpeó a alguien con el firme propósito de asesinarlo, propósito que por cierto solo se vislumbra en forma indubitable en el fuero interno del imputado. Por el

contrario, acaecen *hechos externos*, p. e., cuando los enunciados propuestos por las partes se refieren al lugar, la hora o circunstancias en que se realizó la *golpiza*.

A las *afirmaciones* introductorias del actor, le siguen las del demandando, de tal suerte que el juez actuará sobre los datos llevados al proceso por ambas partes. El principio dispositivo impone que sean solo aquellos quienes con sus *alegaciones* definan las hipótesis fácticas en torno a las cuales girará el proceso.

Naturalmente, cada sujeto actuará inducido a la satisfacción de sus intereses particulares, de modo que no basta con que los hechos narrados sean presentados como verosímiles o lógicos. Para que el juez *accepte* las premisas propuestas, para vencer en el proceso, es necesario, además, acompañar a tales aserciones elementos que permitan demostrar, en la mayor medida posible, su existencia. Recuerda Serra Domínguez (2009: 24) que “Dios (...) no tiene necesidad de proceso. Basta la exposición de las afirmaciones de las partes para que pueda pronunciar la sentencia justa. En cambio, los hombres en cuanto falibles y mendaces, requieren inexcusablemente comprobar la exactitud de las diversas afirmaciones que otros hombres les proponen. Y es de esta comprobación de donde surge la esencia de la prueba”.

Se espera entonces que quien sería el beneficiado con las *afirmaciones* demuestre –dentro de lo humana y procesalmente posible– su veracidad. Es para efectos de esa *demonstración* que entra a tallar la *prueba*, si la parte que vertió *afirmaciones* quiere obtener un resultado favorable en el proceso debe *probar para vencer*.

5§. Clásicamente se ha entendido que la prueba tiene por finalidad alcanzar la verdad de los hechos, por ejemplo, Ricci (s/f: 22) señalaba que “la prueba, en efecto, no es un fin por sí mismo, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”; por su parte, Mattiolo (1933: 233) señalaba que “en su aspecto más general, las pruebas son los medios de conocer y dar a conocer la verdad (...), medios con los cuales las partes litigantes demuestran a la autoridad judicial la verdad de un hecho alegado y comprobado”. Esta clásica propuesta de que el norte de la prueba es la verdad de los hechos, de ningún modo implicó un desconocimiento

sobre las limitaciones de la prueba judicial⁽⁴⁾ para certificar la veracidad de los hechos. Los autores clásicos eran conscientes que tales limitaciones pueden conllevar a que en algunas ocasiones se den por probados enunciados sobre hechos falsos.

Explica Ferrer (2005: 61) que tales limitaciones generaban dos alternativas excluyentes y exhaustivas: o bien se abandonaba la definición de prueba en términos de verdad, o bien se sostenía que donde se declaró probado un enunciado falso, en realidad, no estaba probado. Para escapar de ese dilema la doctrina alemana (seguida por la mayoría de la doctrina europea) postuló una distinción entre verdad material u objetiva y verdad formal o judicial. La primera se genera fuera del proceso, de modo que la verdad material de un enunciado dependerá de su correspondencia con el mundo: de la ocurrencia de los hechos cuya existencia se afirma; esta es, precisamente la verdad que se cree inalcanzable, al menos en muchas ocasiones, en el proceso judicial. En cambio, la verdad formal es la obtenida en el proceso como resultado de la actividad probatoria. Si bien puede coincidir o no con la verdad material, será aquélla la que gozará de autoridad jurídica, de manera que la declaración de hechos probados que hace el juez deviene en verdadera (en sentido formal).

No es este el lugar para desarrollar toda la gama de críticas que se formularon contra la distinción entre verdad material y verdad formal⁽⁵⁾, baste con señalar que en la actualidad la mayoría de los autores

(4) Con respecto al marco limitador que imponen el derecho y el proceso a la prueba Ferrer (2005: 57) sostiene que aquel está constituido por tres elementos. El primero tiene que ver con los límites que impone el propio proceso judicial en cuanto tal, dado que la actividad probatoria está circunscrita a un lapso temporal determinado. El segundo atañe a la institución de la cosa juzgada, la que –en términos rudimentarios– delimita la discusión jurídica y con ello la prueba. Finalmente, el tercero tiene que ver con las limitaciones impuestas por las reglas sobre la prueba, las cuales pueden a su vez distinguirse en las reglas que versan sobre la actividad probatoria (inicio/final de la fase de prueba, formas para el ofrecimiento de la prueba, iniciativa probatoria, etc.), las que se refieren a los medios de prueba (tipo de material probatorio que puede ofrecerse, forma en que se actúa, etc.) y las reglas que versan sobre el resultado probatorio (sistemas de libre valoración o de prueba legal).

(5) De modo referencial citamos la síntesis que hace el profesor Ramos Mendez (2008: 590) sobre la posición que esgrimió uno de los principales opositores a esa tesis: “Como ya puso de relieve Carnelutti, la prueba no va encaminada a demostrar la verdad de unos hechos, su realidad. Dicha meta excede de las limitaciones del propio juicio. No es que la verdad haya de ser pura como el agua o, si no, no es verdad. También el agua impura es agua. Tampoco se ha de construir por ello un concepto de verdad material (la realidad), distinto del de verdad formal (la que resulta del juicio). El dilema lo ha resuelto acertadamente el propio

han optado por abandonar la pretendida identificación entre prueba y verdad. Existiendo ahora una posición mayoritaria según la cual la relación entre ambos conceptos es más bien teleológica, en tanto se estima que la verdad constituye la finalidad última de la actividad probatoria: "El juez debe hacer con la verdad lo mismo que hace el navegante: enfilar proa hacia la estrella polar que le servirá de norte aunque jamás piense en amarrar a su vera" (Muñoz Sabaté, 1997: 50).

Siendo así, se admite sin mayores problemas que la decisión judicial no necesariamente se funda en una certeza absoluta o, si se quiere, matemática sobre los hechos controvertidos, sino que toma como base una apreciación sobre diversos elementos que indican y llegan a convencer al juez con un grado *acceptable* de probabilidad (dependiendo de las exigencias de cada proceso) de que los hechos han ocurrido de una y no de otra manera. Se debe asumir entonces que en todo proceso existe la posibilidad de razonamientos errados.

Cuando hablemos entonces de verdad de los hechos, estamos refiriéndonos no a una verdad absoluta e incuestionable, sino a una verdad circunstancial, que se deriva de los elementos existentes en determinado proceso judicial.

6§. De acuerdo a la naturaleza del proceso puede variar el grado de exigencia para acercarse a la verdad de los hechos. En el amparo tal grado de acercamiento es definido por la doble naturaleza de tal proceso.

Al respecto, el TC precisa que "en el estado actual de desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, *los procesos constitucionales persiguen no solo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución. Pues la protección de los derechos fundamentales*

Carnelutti: La pregunta *quid est veritas?* hay que contestarla con otra: *quid est iudicium?* La prueba en cuanto actividad procesal, revierte sobre las afirmaciones de las partes para corroborarlas con nuevas afirmaciones instrumentales. El resultado de la prueba es el único que se puede conseguir en el juicio. Pero, todavía más allá del estricto resultado probatorio, está el resultado del juicio; la creación de la realidad jurídica. La única verdad jurídica es esa, la que resulta del juicio. La prueba es un eslabón más de la cadena de juicios que conducen al juicio definitivo. Todos fenecen en ese momento. La realidad jurídica no resulta de la prueba, sino del juicio jurisdiccional".

no solo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional. Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjettiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjettiva-objetiva) de los procesos constitucionales. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjettivo y objetivo) comporte la violación del otro” (STC Exp. N° 0023-2005-PI/TC, f. j. 11).

De acuerdo a ello, tanto en los casos en los que se invoca la vulneración o amenaza concreta contra un derecho fundamental (lo que ocurre con los llamados procesos de la libertad), como en aquellos casos donde se alega la contravención *in abstracto* de la norma constitucional por una ley (tal como sucede con los procesos orgánicos)⁽⁶⁾, el objeto de protección es el mismo: el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales, la supremacía de la Constitución. En suma, al amparo del artículo II del CPConst, podemos decir que “*todo*” proceso constitucional tiende, al mismo tiempo, a la protección de una dimensión subjettiva y objetiva de la Constitución Política.

(6) Cabe recordar que en atención a los fines de los distintos procesos constitucionales, el TC solía tomar como referencia la clásica distinción de Cappelletti entre procesos constitucionales de la libertad y procesos constitucionales orgánicos. Por un lado, los *procesos constitucionales de la libertad* se entienden destinados a la tutela de derechos fundamentales frente a las agresiones o amenazas que se generen (amparo, cumplimiento, habeas corpus, habeas data). La idea de estos procesos es la resolución del conflicto generado, si se quiere, a través de un control concreto de la constitucionalidad o no en el comportamiento de las partes del proceso. Por lo pronto, puede notarse que al menos por la materia a ser resuelta (cumplimiento o no de las normas constitucionales), la resolución del caso, en principio, no interesa solo a las partes, de modo que estas no tendrían entera disponibilidad de la controversia y, por ende, mucho menos del proceso, tal como ocurriría con procesos civiles donde la materia controvertida puede ser enteramente disponible por las partes. De otro lado, se entiende como *procesos constitucionales orgánicos* a los destinados a la realización del principio de supremacía constitucional y de legalidad (el proceso de inconstitucionalidad y el de acción popular). Aquí la tutela está dirigida a la protección directa y consecuente eficacia de las disposiciones constitucionales, a asegurar la supremacía constitucional, efectuando para ello un control abstracto entre la disposición normativa cuestionada y la Constitución.

Por tanto, el diseño de los procesos constitucionales no solo está pensado en función a la satisfacción de los intereses de las partes del proceso, sino también en función a la realización de una correcta aplicación de las normas constitucionales, para lo cual es necesario el mayor acercamiento posible a la verdad de los hechos. Adquiere sentido entonces el hecho de que en el amparo se exija *prueba evidente* de la lesión o amenaza invocada, dado que –como veremos– así se asegura que la decisión se acerque en un grado bastante alto a la verdad de los hechos.

7§. Ahora bien, con respecto al *objeto de la prueba* debemos señalar que el mismo no es demostrar los *hechos* de la controversia, sino comprobar las *afirmaciones relacionadas con tales hechos*. Miranda Estrampes (1997: 34) señala que los hechos no se prueban, pues existen en el mundo exterior con independencia del resultado de la prueba. Lo que en el proceso sí es susceptible de demostración son las *afirmaciones* relacionadas a tales hechos: “La convicción judicial sobre la exactitud de las afirmaciones formuladas por una de las partes no conlleva, *per se*, la determinación de la existencia de los hechos sobre los cuales se han realizado tales afirmaciones. De igual modo el no convencimiento del juez acerca de su exactitud no implica necesariamente que el hecho no existió en la realidad (...). Esto nos permite concluir que la prueba procesal no es un proceso de demostración de la existencia o inexistencia de un hecho (...) aspira únicamente a persuadir al Juez de la exactitud de las afirmaciones formuladas por las partes”.

Desde esta perspectiva encuentra sentido que se predique la verdad/falsedad de los *enunciados descriptivos* sobre hechos, pues los hechos en sí mismos no son verdaderos o falsos, sino que existen o no. No ocurre lo mismo cuando se trata de *enunciados valorativos* sobre hechos, es decir, que contenga la calificación de un hecho, en cuyo caso el enunciado no podrá ser tenido en términos de verdad/falsedad, sino en términos de fundado/infundado o compatible/incompatibles con los valores desde donde se juzga (sin perjuicio de tal precisión, para mayor simplicidad usaremos en forma indistinta los términos *hechos* y *afirmaciones*).

8§. De acuerdo a ello y a lo advertido líneas atrás (supra 4§), en el amparo el *objeto de la prueba* son las *afirmaciones* que hacen las partes en torno a la existencia de hechos que pueden alterar derechos fundamentales. Conforme a reiterada jurisprudencia del TC, *no es objeto de la prueba* establecer la veracidad o no de las *afirmaciones* orientadas a determinar la titularidad del derecho invocado. Ser el titular indiscutible del derecho constitucional que se alega es un presupuesto que debe concurrir para poder activar la vía de amparo.

El primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional dispone que los llamados procesos constitucionales de la libertad “tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”. Una primera lectura de tal dispositivo nos permite identificar que el amparo brinda tutela contra las *afirmaciones* referidas a *acciones* calificadas de lesivas o amenazantes que incidirían sobre los derechos fundamentales. Aun cuando es cierto que las *omisiones* por definición se contraponen a las *acciones*, no se requiere mucho esfuerzo para advertir que la tutela que brinda el amparo alcanza también a aquellas, de tal suerte que en realidad el dispositivo antes citado proscribe cualquier medida de naturaleza humana o normativa (piénsese en el “amparo contra ley”) que incida de manera ilegítima sobre derechos fundamentales.

Afirmaciones que versen sobre acciones u omisiones son los que constituirán el objeto de prueba en el amparo. Una u otra pueden generar tanto *lesiones* efectivas de derechos, como *amenazas*. Veremos más adelante que la nota característica de ambas es que requieren *prueba evidente* de su configuración. Es decir que tanto la *lesión* como la *amenaza* sean hechos acreditados de manera fehaciente, indubitable.

Es conveniente precisar que para el caso de las *amenazas*, el artículo 2 del Código Procesal Constitucional exige que aquellas sean ciertas y de inminente realización. “La certeza está referida a la veracidad de la amenaza, es decir, la seguridad objetiva de que esta va a acontecer no por suposición subjetiva del recurrente, sino porque el juez la encuentra objetivamente planteada en el caso concreto” (STC Exp. N° 2516-2003-AA/TC, f. j. 2), exigiéndose para ello que “existan

elementos que permitan crear convicción de la certeza (...) de la ejecución de la amenaza que alega el demandante" (STC Exp. N° 1029-2001-AA/TC). En otras palabras, debe existir un alto grado de probabilidad de que cambiarán las circunstancias existentes al momento de interponerse la demanda de amparo, cambio que es calificado como peligroso para los derechos del amparista.

Por lo tanto, los hechos que legitiman la interposición de la demanda de amparo tanto cuando se invoquen *amenazas* como *lesiones* efectivas, requieren ser acreditados en forma indubitable (mediante *medios de prueba* que no requieran actuación).

En realidad, la nota característica que diferencia a las amenazas de las lesiones, es el carácter inminente que deben tener aquellas. Ello quiere decir que el cambio de circunstancias acusado de amenazante sea próximo, es decir, que el hecho futuro que preocupa al amparista "esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios" (STC Exp. N° 2435-2002-HC/TC, f. j. 2).

Lo hasta aquí mencionado parece referirse solo a *hechos externos*, pero, ¿acaso los *hechos internos* no pueden ser objeto de prueba en el amparo?

9§. En un primer momento pensábamos que en el amparo no era necesario tomar en cuenta una noción de *hechos internos* referidos al elemento intencional del actor (supra 2§), pues creíamos que lo que importaba para este proceso no era acreditar el ánimo lesivo o doloso del demandado, sino que bastaba con acreditar que la incidencia sobre el derecho fundamental invocado era ilegítima, lo que exige una argumentación jurídica antes que fáctica. En realidad estábamos pensando solo en los casos de amparo contra resoluciones y de amparo contra ley, donde –por lo general– poco o nada importa determinar si el juez o el legislador actuaron con ánimo lesivo, ya que para obtener la tutela petitionada bastará con acreditar la existencia de la ley o de la resolución judicial y convencer al juez que la afectación de nuestros derechos provocada por aquellas no es razonable, proporcional o es contraria a algún criterio jurisprudencial o precedente vinculante del TC.

Más aún pensábamos apoyar tal posición en un pensador clásico como Bricchetti (1973: 30) quien de manera convincente, y conveniente para esos fines, afirma que la principal característica que diferencia al proceso penal del proceso civil (cuya estructura solemos asimilar a la del proceso de amparo) tiene que ver con la objetividad de los hechos; pues mientras en este último *preferentemente* se miran los *hechos* desde su exterioridad, prescindiendo en general de las personas y de los motivos, el procedimiento penal, reflejando el carácter subjetivo de la pena, intenta recoger el hecho en su totalidad, retornando al elemento intencional, que atañe al valor moral del *hecho*.

Siguiendo esa línea estimábamos que el único supuesto previsto por el Código Procesal Constitucional donde importaba el elemento intencional era el caso de pago de costas y costos regulado por su artículo 56: "Si el amparo fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en *manifiesta temeridad*". En tal caso, es evidente que se debe analizar la intención que tuvo el agente para la interposición de la demanda, pues solo en el supuesto que hubiera tenido fundadas razones para iniciar el respectivo proceso constitucional será eximido del pago de costas y costos, es decir, solo si sus intenciones –vistas objetivamente– fueron legítimas⁽⁷⁾.

(7) Con respecto a algunos supuestos donde el TC verifica la existencia de conductas manifiestamente temerarias, son ilustrativos los casos contenidos en la STC N° 05976-2007-PA, STC N° 06269-2006-PA y STC N° 05169-2007-PHC. De otro lado, el profesor César Landa en un voto singular hace un acercamiento genérico sobre la 'manifiesta temeridad':

"A nuestro juicio, 'temeridad', siguiendo la literalidad del término, supone la acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos; esto implica, que en un proceso judicial, el mismo sea accionado sin fundamento y mala fe.

Asimismo, complementando la definición precedente; consideramos pertinente para evaluar la temeridad o mala fe en la actuación de las partes, invocar los artículos 109 al 112 del mencionado Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en función del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En dichos artículos, se establece que son deberes de las partes, entre otros, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso (inc. 1); ergo, no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales (inc. 2).

Siendo tales los principios rectores de la actuación de las partes, es decir, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe; el artículo 112 del mismo texto, establece que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: a) cuando sea manifiestamente la carencia de fundamento jurídico de la demanda contestación o medio impugnatorio, b) cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad, c) cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente, d) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines

No obstante, la diversidad de casos demuestra que la averiguación de las intenciones, de los *hechos internos*, en el amparo no solo es importante para resolver los incidentes relacionados con el pago de costos y costos, sino también para resolver el mérito de las causas. Naturalmente, existen muchos otros casos donde para la resolución del mérito de la causa no será relevante determinar la intencionalidad o no del demandado, bastando para atribuirle responsabilidad en la comisión de actos dañinos a los derechos con que se acredite el desarrollo cierta actividad (argumento fáctico) y que la misma incide negativamente sobre los derechos invocados (argumento jurídico).

Pongámonos a pensar en los amparos laborales, particularmente, en los casos vinculados con el despido de los 'trabajadores de confianza'. Sobre estos últimos, el TC distingue dos tipos, según la forma en que acceden a tal cargo: (i) los contratados específicamente para cumplir labores propias del personal de confianza y; (ii) los que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones ordinarias, pero que, posteriormente, por determinados factores, el empleador los promovió a un cargo de confianza. El TC deja en claro que los primeros estarán sometidos a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo, de manera que en caso este les retire su confianza solo tendrán derecho a una indemnización y de ningún modo a ser repuestos. Con respecto a los segundos, si luego el empleador decide retirarle su confianza, el trabajador volvería a realizar las labores ordinarias anteriores a su promoción y no perdería su empleo, salvo que se determine la comisión de una falta grave que justifique su separación de la institución. El TC precisa que este último criterio tiene por finalidad evitar que se generen "promociones abusivas o simuladas", pues "podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo" "pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho" (STC Exp. N° 3501-2006-PA/TC, ff. jj. 18 y 20; STC Exp. N° 8257-2006-PA/TC, f. j. 8).

claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos, e) cuando se obstruya la actuación de los medios probatorios, f) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, g) cuando por razones injustificadas las partes no asistan a las audiencias generando dilación". SSTC Exps. N°s 3571-2004-AA y 481-2005-AA (acumulados), f. j. 1 del voto.

Se deduce claramente que el criterio jurisprudencial sentado por el TC tiene por finalidad impedir que el empleador designe a cualquier trabajador en un cargo de confianza para luego, ejerciendo un abuso del derecho, lo despidiera sin causa objetiva alguna, invocando una simple pérdida de confianza. Por lo tanto, para la resolución de estos casos es evidente que entrará a tallar los *hechos internos* del empleador, su ánimo de lesionar o no el derecho al trabajo. Así, un *indicio* de si se cometió o no un abuso de Derecho podría ser la cuestión temporal, pues si se promovió a un trabajador ordinario a un cargo de confianza y solo unos cuatro o seis meses después se le retiró la confianza siendo despedido, creemos que estamos ante un evidente caso de la mala fe del empleador; en cambio, si se mantiene a ese mismo trabajador en el cargo de confianza durante cuatro o seis años, mal se haría en pensar que el empleador actuó de mala fe, siendo por ende irrazonable y desproporcionado tratar de oponerle los criterios jurisprudenciales antes descritos.

Creemos que la realidad superará con creces los ejemplos donde se hace necesario averiguar los *hechos internos* para la resolución de la controversia (por ejemplo, los casos donde es necesario dilucidar la buena o mala fe de las partes o donde se invoque tutela contra amenazas), sin embargo, esperamos que con el ejemplo descrito quede claro que las *afirmaciones* sobre *hechos internos* también tienen la virtualidad de ser *objeto de prueba* en el amparo.

105. Ahora bien, si, como hemos visto, son las partes y no el juez quienes introducen los enunciados hipotéticos al proceso, entonces *la prueba es un medio para verificar esos enunciados*. Couture (1964: 217) precisa que “la prueba civil no es *averiguación* (...) el juez civil no conoce, por regla general, otra prueba que la que le suministran los litigantes. En el sistema vigente no le está confiada normalmente una misión de averiguación, ni de investigación jurídica. En esto estriba la diferencia que tiene con el juez de orden penal: este sí es un averiguador de la verdad de las circunstancias en que se produjeron determinados hechos”.

No puede objetarse a tal aserto los supuestos en los que opera la *prueba de oficio*. En tales casos no cambia la naturaleza de la prueba, pues el juez no realiza ninguna actividad de *averiguación*, sino de mera

verificación de las *afirmaciones* traídas al proceso por las mismas partes, solo que en esa oportunidad recurre a elementos distintos de los brindados por las partes para *verificar* las *alegaciones* introducidas por las partes al proceso. Como hemos señalado en otro lugar (Velásquez, 2010: 27), solo se legitimaría el uso de la *prueba de oficio* en aquellos supuestos donde los medios de prueba ofrecidos por las partes no logren generar suficiente convicción en el órgano jurisdiccional. La manera como se materializaría ello sería la siguiente: Son las partes quienes deben delimitar cuál es el camino que debe recorrer el Juez, debiendo este ejercer sus facultades probatorias solo si –con los elementos aportados por las partes– no logra visualizar si el camino que le han indicado es de asfalto, trocha o roca, sin poderse salir de aquel.

Esa actividad *verificadora* efectivamente se daría en los supuestos en donde las partes ofrecen *pruebas evidentes* que permiten certificar la verdad de sus *afirmaciones*. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando no concurren ese tipo de pruebas. Si bien el paradigma probatorio del amparo nos dice que allí solo se actúan causas sencillas de ser dilucidadas en virtud del material probatorio ofrecido, el mismo artículo 9 del CPConst habilita al juez constitucional para que eventualmente se aleje de tal modelo, pudiendo, ante la insuficiencia probatoria y la consecuente incertidumbre sobre los hechos, disponer que se actúen los *medios de prueba* necesarios para acercarse en un grado *aceptable* a la verdad, siempre que tal mandato no afecte de modo significativo la duración del proceso.

En este último caso la prueba es *averiguación* o *investigación*. Al respecto, el TC sostiene que no solo en virtud del artículo 9 del CPConst sino también de los fines de los procesos constitucionales (que busca la correcta aplicación de las normas constitucionales) el amparo habilita a tomar las medidas necesarias para, cuando fuera necesario (casos de incertidumbre), se acerque lo máximo posible –sin desnaturalizar irrazonablemente su duración– a la verdad de los hechos. En esos supuestos se dice que “el Juez de amparo detenta un deber de investigación o de instrucción” “consistente en efectuar todos los actos procesales conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos”.

Cabe preguntarse entonces: ¿cómo sabemos si el juez constitucional declarará improcedente la demanda por insuficiencia probatoria, desempeñando una función meramente *verificadora*; o, si dispondrá la actuación de pruebas de oficio, realizando una función *averiguadora*? El TC ensaya una respuesta: “Cuando el derecho presuntamente amenazado o lesionado detenta un *especial valor material* en el sistema de derechos constitucionales dada su condición de presupuesto para el ejercicio de los otros derechos, tal como el caso del derecho a la vida, a la salud, a la integridad, el derecho a la identidad o el propio derecho al medio ambiente adecuado y equilibrado, la declaración de improcedencia que, *prima facie*, deriva de la ausencia de una etapa probatoria en el proceso de amparo, debe ser morigerada”. Por lo tanto, dependiendo de la naturaleza de los bienes comprometidos, se exige del juez constitucional “el desarrollo pleno e intenso de las potestades de investigación [del juez] a efectos de esclarecer todos los extremos de la controversia” (STC Exp. N° 2682-2005-PA, Fd. 5 y 7).

Si bien lo señalado nos da algunas pistas sobre cuándo se seguiría el paradigma probatorio del amparo y cuándo el juez podría actuar *pruebas de oficio* ante la insuficiencia probatoria (saliéndose de alguna manera de aquel paradigma), lo cierto es que el juez posee cierto margen de discrecionalidad para tomar una u otra opción.

115. Como hemos visto, la prueba en el amparo no solo es *verificación*, sino que puede ser también *averiguación* de las *afirmaciones* vertidas al proceso. Sin embargo, tal aserto puede aún ser cuestionado por incompleto. En línea con Brichetti (1973: 9) consideramos que todo concepto de *prueba* debe incluir no solo el resultado al que lleva (la demostración del hecho) sino también la naturaleza del conocimiento humano que lleva al mismo. Desde esta perspectiva, *la prueba sería todo el procedimiento demostrativo mediante el cual el juez llega al conocimiento a partir de la conexión que tiene lugar entre varios elementos y que le permite concluir que hay razones suficientes para aceptar la hipótesis fáctica presentada, que justifican tenerla por demostrada*. Esta conexión entre los elementos de prueba, es el efecto y al mismo tiempo la causa del conocimiento, es donde está la sustancia de la prueba.

Permítasenos detenernos brevemente para precisar que cuando se dice que “el juez *accepte* la hipótesis fáctica” estamos descartando en forma intencional la frase que “el juez se *convenza* de la hipótesis de actor”. Ello porque consideramos que la “convicción” tiene que ver con el estado mental de creencias del juez, asunto meramente subjetivo, que efectivamente puede configurarse cada vez que el juez toma una decisión, pero que es insuficiente para realizar un estudio jurídico de la prueba. Una teoría racionalista de la prueba exige vincular la demostración de un enunciado fáctico a un grupo específico de elementos de juicio. El TC ha dejado en claro que “si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional inequívocamente impuesto” (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 28).

De modo que al decir *la hipótesis está probada* o *la hipótesis es verdadera*, estamos afirmando que en el proceso existen suficientes elementos probatorios que permiten *acceptar* la hipótesis. No significa que el juez está “convencido” sobre la hipótesis, pues la validez de la prueba –al menos teóricamente– no depende de su situación mental, sino de las razones que objetivamente le permiten concluir que está acreditada la *alegación*. Al respecto, Ferrer (2005: 83) señala que “no es difícil imaginar que un juez o un jurado puedan tener la convicción (creencia) de que ‘A’ ha realizado la acción por la que es acusado del delito ‘Y’, pero considerar que a la luz de los elementos probatorios aportados al proceso deben estimar la aplicación del principio de presunción de inocencia”.

Lo señalado nos permite hacer una distinción sobre el concepto de prueba que se maneja en estas líneas. Para Theodoro Junior (2007: 472) se puede hablar de *prueba* en dos sentidos. Uno *objetivo*, donde es un instrumento o medio hábil que permite demostrar la existencia de un hecho. Y, otro *subjetivo*, como estado psíquico de certeza originado en cuanto a ciertas *afirmaciones* de hechos. Es la convicción en el espíritu del Juez de que determinado hecho está probado. En forma equivalente, Gascón Abellán (2004: 84) distingue el uso de la *prueba* en *contextos de justificación* y en *contextos de descubrimiento*. En

este último es el *iter* que conduce a tener por verdaderas ciertas *afirmaciones*; la *prueba* se refiere al descubrimiento de los hechos que hacen verdaderas a esas *afirmaciones*. Mientras que en el *contexto de justificación* la *prueba* se refiere a las razones que permiten aceptar esas *afirmaciones* como verdaderas.

Para efectos de estas líneas importa más la manera cómo es que objetivamente justifican sus decisiones los jueces, la exposición que debe hacer el juez sobre la conexión existente entre los elementos de prueba que le llevará a concluir que un hecho es verdadero. De ahí que estimemos más conveniente el uso de la prueba desde un punto de vista *objetivo* o en *contextos de justificación*.

125. Como hemos señalado desde un inicio, en el amparo se requiere *prueba evidente*. Así, de acuerdo al TC "solo procede estimar la demanda cuando la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales resulta *evidente* y plenamente acreditado con las instrumentales acompañadas a la demanda o recabadas durante el proceso" (STC Exp. N° 3242-2004-AA, fd. 4).

Corresponde entonces aclarar *qué entendemos por prueba evidente*. Para ello debemos identificar primero sus limitaciones. Así, debemos recordar que incluso lo evidente es siempre contingente, aquello que ahora se presenta como evidente, puede con el correr del tiempo demostrarse como falso. Siglos atrás hubiéramos afirmado sin muchos problemas que el sol gira alrededor de la tierra, demostración de ello serían los amaneceres que se experimentan cada día. Sin embargo, bien sabemos que lo que parecía evidente terminó siendo falso.

Por tanto, la *prueba evidente* no supone una prueba de verdad absoluta (ya hemos visto que ello no es posible), sino una prueba que exige un alto grado de probabilidad de que un hecho es de una y no de otra forma, una verdad de razón. Sin embargo, el legislador no determina en qué debe consistir el grado de verdad requerida, el grado de evidencia que se necesita para cada tipo de proceso, de donde se deduce que las *pruebas evidentes* dependen más del razonamiento del juez que de la ley. En consecuencia, el nivel de evidencia (su grado de probabilidad aceptable) será determinada por la experiencia del juez, en cada caso concreto; y será él quien enjuiciará si un hecho es evidente

o no dentro de un orden práctico, pues como decía Aristóteles “es evidente lo que por todos es aprobado”.

En resumen, *si la prueba es el proceso de conocimiento obtenido a partir de la conexión existente entre varios elementos, que permiten al juez aceptar una afirmación como verdadera; entonces, la prueba evidente se da cuando esa conexión llega a un alto grado (la asociación de datos aparece clara), consecuencia de ello es la mayor rapidez con la cual tiene lugar la aprehensión del hecho a probar.* Asumir que una cosa es de uno y no de otro modo surge como una necesidad del razonamiento en grado más o menos intenso dependiendo de los elementos de los que se sirve el indagador. En el caso de la *prueba evidente* tal necesidad del razonamiento surge en grado intenso, excluyendo así la duda de que los hechos ocurrieran de otro modo. Se puede afirmar entonces que la *prueba evidente* nos proporciona una demostración clara, manifiesta del hecho controvertido, tal como se exige para los casos que pueden ser tramitados en vía de amparo.

Sobre el particular, son importantes las precisiones que hace Brichetti (1973: 57): “La prueba no evidente no nos convence más que después de un proceso de verificación de los hechos más o menos largo y más o menos fatigoso; la prueba evidente, en cambio, es la prueba que nos hace saber inmediatamente, que nos convence súbitamente; que refleja, como en un espejo lúcido y terso, la verdad del hecho a probar. *La prueba evidente (...) nos presenta la demostración de un hecho de modo tan claro, tan rápido, tan explícito, ya sea en los elementos que lo componen, ya sea en la unidad lógica que lo reúne, que la demostración que de ello nace aparece manifiesta a nuestro intelecto y al mismo tiempo fácil*”.

La prueba evidente entonces se caracteriza por la rapidez y seguridad con la que permite tener por demostrado un hecho. Ello no excluye que la *prueba no evidente* pueda generar un grado similar de *aceptación* de un hecho, pero sí descarta que ello pueda lograrse mediante un razonamiento rápido, requiriéndose por el contrario de un raciocinio de verificación más fatigoso. En efecto, si el razonamiento en una *prueba no evidente* es correctamente construido, por muy extenso que parezca, podría generar el mismo grado de *aceptación* que una prueba evidente. No lo cree así Brichetti (1973: 219) quien considera

que “cuando la mente es transportada a través de una larga cadena de argumentos, por muy segura que aparezca la conexión de cada anillo, la convicción es menos fuerte y menos viva de lo que ocurre cuando la conclusión es deducida inmediatamente de un objeto sin causas o efectos intermedios”. No dejan de tener sentido tales argumentos, pero son más relevantes para el fuero interno del juzgador que para la justificación de la *prueba*, asunto que, como hemos dicho (supra 4§.), es el que realmente interesa para efectos del proceso.

Por tanto, la nota definidora entre prueba evidente y prueba no evidente es la rapidez con la que se puede aceptar una afirmación, pudiendo justificar ambos un grado de certeza bastante alto.

135. Ahora bien, para identificar *con qué se ha de probar* en el proceso debemos diferenciar primero entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba*. Los primeros son los elementos que existen en la realidad, con independencia del proceso, datos que demostrarían cierta circunstancia o evento; mientras que los *medios de prueba* están constituidos por los instrumentos o actividades que buscan trasladar las *fuentes de prueba* al proceso. Son, por ende, *medios de prueba* tanto el testigo como el perito y *fuentes de prueba* la declaración del primero o el juicio del segundo.

Para Sentis Melendo (1979: 151) “la *fuentes* existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegué a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el *medio* nacerá y se formará en el proceso. Buscamos las *fuentes*; y, cuando las tenemos, proponemos los *medios* para incorporarlas al proceso”. Por su lado, nuestro Tribunal Constitucional (TC) sigue la misma distinción señalando que la *fuentes de prueba* es una realidad independiente al proceso, mientras que el *medio de prueba* es una realidad interna al proceso por medio del cual se ingresa la *fuentes* al proceso. A partir de allí, el TC sostuvo que la declaración de nulidad de un proceso judicial únicamente acarrea la invalidez de los *medios de prueba* inherentes a él, pero no de las *fuentes de prueba* (STC Exp. N° 0003-2005-AI, fd. 128; STC Exp. N° 0010-2002-2002-AI, fd. 160;...).

Son bastante ilustrativas las palabras de Muñoz Sabaté: “Todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que

deja como resultado de dicha estampación lo que vulgarmente denominaríamos una huella o rastro. Con ello alcanzamos ya a poder descubrir el modo mediante el cual es posible trasladar y reproducir una realidad a la presencia del juez. En lugar de trasladar el hecho histórico [cuestión materialmente imposible] trasladamos los otros objetos estampados por aquel. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas". De acuerdo a ello, los objetos/sujetos estampados por la realidad o de donde puedan derivarse las huellas de la ocurrencia de un hecho constituyen las *fuentes de prueba*, la manera en que aquellos objetos/sujetos estampados son trasladados al proceso son los *medios de prueba*.

145. Interesa destacar los tipos de hechos a que se pueden referir las *fuentes* y los *medios* de prueba. Para ello debemos recurrir a una clásica distinción entre *hechos primarios* y *secundarios* y, en función de ellos, entre prueba *directa* e *indirecta* (o *crítica*), respectivamente. Los primeros constituyen la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma invocada, mientras que los segundos no reciben calificación jurídica relevante en el proceso, pero adquieren significado porque de ellos se puede extraer algún argumento sobre la verdad o falsedad de un enunciado sobre el *hecho directo* o *principal*. Este último tipo de *hechos* son conocidos como **indicios** y, como es evidente, su importancia se aprecia en mayor medida en aquellos casos donde el juez no dispone de elementos que apunten directamente a la hipótesis principal de la controversia⁽⁸⁾.

Al respecto, Carnelutti (1982: 192) precisa que de acuerdo a lo antes señalado el *indicio* debe ser considerado en su completa dimensión. En un primer momento, tiene una actitud pasiva, pues al ser el hecho a ser probado, se convierte entonces en *objeto de prueba*. Pero,

(8) Nos dice Framarino (1973: 218): "La gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por consiguiente, son muy pocos los hechos que podemos conocer por percepción directa de nuestros ojos (...). Nos preguntamos si el hombre deberá renunciar por eso al conocimiento de tales hechos y permanecer en la oscuridad y contestamos que no, por fortuna. Entre una cosa y otra existen hilos secretos e invisibles para los ojos corporales, pero cognoscibles para los ojos de la mente, tenues hilos que constituyen el medio providencial que nos sirve para llegar a la conquista de lo desconocido y con ayuda de los cuales la inteligencia humana, partiendo de lo que conoce directamente, llega a lo que no puede conocer de modo directo. Por esos caminos, invisibles a los ojos del cuerpo, es por donde, el espíritu humano, al encontrarse ante las causas, nos lleva a pensar en sus efectos y encontrándose frente a los efectos, nos induce a pensar en sus causas".

en su actitud activa el *indicio* constituye el medio (*hecho secundario*) incorporado al proceso que sirve para probar un hecho (*hecho primario*), en cuyo caso actúa como un *medio de prueba*. Desde esa perspectiva es más comprensible por qué en un primer momento nuestro Código Procesal Civil incorpora a los *indicios* como un sucedáneo probatorio, esto es, como un auxilio establecido por la ley o por el juez que “corroboran, complementan o sustituyen el valor o alcance” de los *medios probatorios* (artículo 275), pero más adelante los define como si se tratara de *hechos* (artículo 276).

Lo señalado merece una última precisión en cuanto a qué son *pruebas directas e indirectas*. En los términos sencillos de Liebman (1980: 295) podemos decir que las *pruebas directas* tienen por objeto el hecho mismo que busca ser probado, el inmediatamente relevante para la solución del caso. Son las que permiten al juez corroborar en forma inmediata el hecho a ser probado (p. e. el cuerpo de la persona accidentada, de la cual se requiere acreditar la invalidez para el trabajo); o que le otorga una representación idónea del hecho (p. e., una fotografía del accidentado). En cambio, la *prueba indirecta o prueba indiciaria* se relaciona con hechos diversos al supuesto base de la norma jurídica invocada, pero vinculados, de modo que puede ser argüido/demostrado a partir de un trabajo del raciocinio el hecho relevante del caso⁽⁹⁾.

155. Nótese que la diferencia entre uno y otro tipo de prueba no tiene en cuenta al elemento que contiene la prueba (*medio probatorio*), sino a los *hechos* que se derivan de estos. De ahí que no sería correcto usar como excusa la falta de estación probatoria del amparo para sostener que en dicho proceso no es posible adoptar decisiones a partir de *pruebas indirectas*, ya que estas se refieren al razonamiento sobre

(9) “Las pruebas directas informan al juez la idea objetiva del hecho probando: el testimonio narra el hecho conforme vio o vivió; el perito describe los accidentes del terreno; o el estado de ruina del predio; el deudor confiesa la deuda; el documento representa el acto que por él se constituyó. En todos esos casos el juez, que es el destinatario de la prueba, tiene la idea de los hechos sin necesidad de cualquier deducción, pues le son presentados objetivamente. Muchas veces, sin embargo, los sujetos de la prueba, esto es, la persona que afirma, o el documento o la cosa que acreditan, no se refieren al hecho probando, sino a otro hecho que se relaciona con aquel, y de cuyo conocimiento se puede, a través del raciocinio, llegar al conocimiento del primero. En ese caso el juez conocerá el hecho probando *indirectamente*. Teniendo como punto de partida un hecho conocido (hecho auxiliar, hecho, *factum probatum*), camina el juez, por vía del raciocinio y guiado por la experiencia, al hecho por probar (hecho principal, *factum probandum*) (Amaral Santos, 1988: 495).

los hechos de la controversia y no a los documentos o elementos donde aquellos se encuentran contenidos. Solo si la *prueba directa* o *indirecta* se deriva de *medios de prueba* que requieran de actuación, podrá objetarse su empleo en el proceso de amparo.

Habiéndose desechado ese primer argumento, cabría ensayar otro que también podría descartar el uso de la *prueba indirecta* en el amparo: ¿la exigencia jurisprudencial de ofrecer *pruebas evidentes* de la agresión o amenaza no descarta acaso el uso de *pruebas indirectas* que solo de manera mediata permiten conocer los hechos? A esta interrogante responde Brichetti (1973: 60): "No se debe confundir la prueba evidente con la *prueba directa*, o sea con la prueba que tiende inmediatamente a proporcionar la demostración de la existencia del hecho, objeto del juicio, o de una circunstancia del mismo, por la obvia consideración de que la prueba evidente puede también emerger, en vía inductiva, de un conjunto de elementos".

A ello podría añadirse que la diferenciación entre *prueba directa* e *indirecta* tiene sobre todo fines pedagógicos, pues como bien advierte Gorphe (2004: 31) el razonamiento probatorio en uno u otro caso "no constituyen procedimientos profundamente distintos, sino que se compenetrán mutuamente. Se progresa al mismo tiempo por distintas vías, para descubrir la verdad; con frecuencia pasamos de una a otra, porque el camino es más o menos tortuoso y con ramificaciones. En realidad los elementos de las pruebas se presentan muy mezclados unos con otros: hay escritos que pueden valer como indicios, confesiones referidas por otros o implícitas en los documentos; ciertas circunstancias que pueden servir para interpretar las declaraciones; o algunos indicios, para revelar su sinceridad. Cuantas veces los datos circunstanciales o indiciarios no pueden ser comprobados directamente, son sometidos a ratificación por testigos, o por investigador o peritos (...). El hallazgo de un cuchillo o manchado de sangre en poder del acusado es una circunstancia de la cual puede hacerse una inducción importante, pero se trata de un hecho que ha de ser probado por testigo".

165. No obstante, para efecto de estas líneas resulta útil la diferenciación establecida entre *prueba directa* e *indirecta* a fin de evidenciar con más facilidad la naturaleza del *indicio* y de la *presunción*. Desde esta perspectiva podemos decir que un *indicio* debidamente

probado por sí solo no sirve para el proceso en cuanto no se vincula directamente con la controversia, necesitando del razonamiento del juez para, a partir de él, derivar el *hecho presunto* que sí interesa al caso. Ello nos permite advertir la necesaria relación que debe existir entre el *indicio* y *presunciones* para que interesen al proceso.

Refiriéndose al ámbito penal, pero igualmente aplicable al tema que nos convoca, tanto el TC como la Corte Interamericana de derechos Humanos (CIDH) concluyen en la necesidad de acudir a este tipo de pruebas. Así, el primero de los mencionados señala: “Si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudirse a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente, sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esa segunda modalidad que se haga referencia a los *indicios* y a las *presunciones*. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se pruebe un ‘hecho inicial-indicio’, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que trata de acreditar la existencia del ‘hecho final-delito’ a partir de una relación de causalidad ‘inferencia lógica’” (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 24).

Por su parte, la CIDH sostiene: “La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los *indicios* y las *presunciones*. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas” (Caso Velásquez Rodríguez vs. Nicaragua, Sentencia del 29 de julio de 1988, fds. 130-131).

De igual modo, refiriéndose al proceso civil, Barbosa Moreira (1998: 56) señala que hay casos en donde el material probatorio llevado al proceso no tiene ligación directa con el *thema decidendum*, pero que igual se refieren en alguna medida a él. “En esas circunstancias, nada más razonable que el juez se valga del conocimiento adquirido sobre

el hecho 'X' para derivar sus conclusiones sobre el hecho 'Y'. El resultado de ese raciocinio es lo que configura, propiamente, la *presunción judicial*: el juez presume que ocurrió el hecho 'Y' porque sabe que ocurrió el hecho 'X', y sabe también que la ocurrencia de uno implica, necesariamente o normalmente, la ocurrencia de otro".

Lo señalado permite justificar que tanto el TC como la CIDH cuando se refieren a indicios y *presunciones* se refieren a su uso técnico-procesal que desarrollaremos a continuación.

178. La *presunción*, por tanto, supone una actividad intelectual del juez que le permite *aceptar* un hecho que le era desconocido (*hecho presunto*) a partir de otro que sí tenía por conocido (*indicio y/o hecho base*), en virtud del nexo existente entre ambos⁽¹⁰⁾. El paso de uno a otro hecho varía dependiendo del tipo de *presunciones*. Si es una *presunción legal*, el nexo de conexión entre los hechos es jurídico (p.e. el artículo 361 del Código Civil establece que probado el nacimiento de un menor durante el matrimonio, se tiene por padre al esposo). El legislador sustituye el raciocinio del juez, pues, una vez probado el *hecho secundario*, el juez está obligado a aceptar el *hecho presumido*⁽¹¹⁾. En cambio, si estamos ante una *presunción judicial u homini*, el nexo se deriva de las experiencias de la vida (*de máximas de experiencia*), según lo que comúnmente acontece (p. e., nadie vio al acusado matar a la víctima, pero la bala encontrada en el cadáver corresponde al arma del primero y en sus manos fueron encontrados vestigios que confirman de que habría disparado su revólver.) Si bien en ambos casos, la estructura de las *presunciones* es la misma, interesa para estos fines la última de las descritas.

(10) Esta clásica aproximación descriptiva al concepto de *presunciones* se sustenta en la definición contenida en el artículo 1349 del Código de Napoleón: "Las presunciones son las consecuencias que la ley o el magistrado deriva de un hecho conocido a un hecho desconocido".

(11) Bonnier (1929: 387) señala que se justifica la instauración de las presunciones legales en nombre de intereses públicos, porque muchas veces, es sumamente difícil aportar una *prueba directa*, otras porque se desea limitar la libre apreciación del juez (pues este, probado un hecho, está obligado a admitir otro, el *fatto probando*), o también, porque el orden público tiene manifiesto interés, en determinadas hipótesis, en la delimitación de la actividad probatoria, conviniéndole que determinados hechos sean, en cuanto fuera posible, tenidos como verdaderos.

Como se aprecia, en nuestro intento por definir a las *presunciones* hacemos mención a los *indicios* y a los *hechos base*. Ello se explica porque es posible formular *presunciones* a partir de hechos que tienen características distintas a los *indicios*. Tal situación ocurre, por ejemplo, cuando una de las partes se limita a realizar afirmaciones sobre un *hecho secundario* sin ofrecer *prueba indirecta* alguna que lo acredite, pero la otra parte acepta tales hechos en forma expresa o tácita (allí donde el ordenamiento jurídico lo permite). El juez se servirá entonces de esta aceptación de hechos, de estos *hechos base*, para construir su *presunción homini*. “En cualquier tiempo procesal y de cualquier hecho fijado en la litis pueden desprenderse espontáneamente presunciones, porque (...) ‘penden` potencialmente durante todo el proceso; constituyen un ‘possum’ indeterminable, capaz de actualizarse inesperadamente en cualquier momento, todo ello muy al revés, por ejemplo, de lo que ocurre con la prueba testifical, que como sabemos se propone en un momento determinado, se asume en una fase concreta y se administra articuladamente. Respecto a las presunciones, por tanto, cabría hablar dentro del proceso de un fenómeno de *latencia presuncional* y afirmar en consecuencia que todos los actos procesales, *todos*, son susceptibles de contener gérmenes presuncionales, o (...) todo acto o hecho es capaz de reportar *desprendimientos indiciarios*” (Muñoz Sabaté, 1969: 596).

185. Existe cierta discusión doctrinal sobre si la *presunción* es la actividad intelectual de razonamiento o el hecho al que se arriba, el efecto, de dicho razonamiento. Consideramos certeras las precisiones de Carreras (1962: 511) sobre este tema, quien señala que la *presunción* solo será relevante para el proceso si, como producto del razonamiento, se arriba a *hechos presuntos* que son *aceptables*, de modo que lo relevante antes que la actividad intelectual es el resultado positivo a que lleva aquella. “La presunción aparece solo cuando el juicio sobre probabilidad [la actividad intelectual] tiene un resultado positivo y no en caso contrario, ello no autoriza sino a afirmar que no todos los juicios de probabilidad son presunciones, sino aquellos que permitan efectivamente juzgar como probable una proposición fáctica”. Por lo tanto, en cuanto fenómeno unitario el *indicio* y la *presunción* tendrán la siguiente estructura: “indicio + razonamiento + conclusión positiva o *aceptable* de un *hecho presunto*”.

Ciertamente, esa la estructura cuando hablamos de *prueba indiciaria*, es decir, cuando nos referimos a la *función acreditativa* que cumplen el *indicio* y la *presunción* que aquel nos permite construir. Sin embargo, como hemos advertido, cabe la posibilidad que la estructura indicio + razonamiento no nos lleve a una conclusión *aceptable* o con altas probabilidades de ser verdaderas, sino a simples *conjeturas* o *juicios ligeros*, que si bien no acreditan del todo un hecho, al menos nos dan indicaciones de que un hecho pudo ocurrir de cierto modo y no de otro. Como bien señala Muñoz Sabaté (1997: 247) las *conjeturas* o *indicaciones* no podrán cumplir una *función acreditativa*, pero sí una *función corroborativa*, pues servirán para confirmar otras *pruebas directas* (p. e., en casos de jueces tímidos que no se sienten satisfechos con algunas pruebas, recurren a *conjeturas* que les reconfirman su posición, tienen una suerte de *efecto comodín*) o para juzgar en casos donde solo se requiere verosimilitud de los hechos (p. e., medidas cautelares).

Si bien *presunciones* y *conjeturas* son relevantes para el proceso, solo las construcciones que nos permiten *aceptar* una *afirmación* como verdadera pueden ser calificadas como *presunciones*. Ello en virtud de la definición de *presunciones judiciales* que hace el artículo 281 del Código Procesal Civil: "El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar *convicción* respecto del hecho o hechos investigados". El recurso al término "convicción" del juez, nos permite concluir que el supuesto normativo coincide con nuestro concepto de *presunciones* y no recoge los supuestos de *conjeturas*, sin embargo, tal situación de ningún modo puede significar que se descarte el uso de este último por parte de los jueces.

A pesar de nuestras objeciones al uso del término convicción, creemos que queda claro que la norma citada exige un alto grado de probabilidad de que un *hecho* sea de una y no de otra manera, es decir, que la construcción realizada por el juez permita concluir que es altamente *aceptable* el *hecho presunto*. ¿Cuál es la justificación para que el legislador exija ese nivel de aceptación y no otro en el caso de las *presunciones*? Veamos:

195. Puede ocurrir que los elementos de prueba en el proceso no permitan confirmar las afirmaciones de una parte, en cuyo caso el valor de esos elementos será = 0. A la inversa, que tal elemento sea plenamente aceptable para tener por verdadera la proposición fáctica, de modo que su valor será = 1. Para simplificar diremos que las *presunciones*, como mínimo, deben tener una aceptación de 0,8, pero, ¿qué define ese grado de *aceptación*? Dos cosas. Primero, depende del grado de *aceptación* de la premisa que le sirve de sustento, es decir, del *indicio* o del *hecho base*. Por ejemplo, si el material probatorio permite que el *hecho secundario* solo tenga un grado de *aceptación* de 0,5 no será posible construir una *presunción* válida. Segundo, depende también “de la naturaleza de la ‘regla de inferencia’ que se adopte para derivar conclusiones aptas para representar elementos de confirmación sobre el *hecho principal* a partir de la afirmación [prueba] del *hecho secundario*”. Si “X” es *hecho principal* e “Y” *hecho secundario*, resumiríamos diciendo que: “El problema de la confirmación de la hipótesis sobre ‘X’ depende, pues, de dos factores: la posición de la premisa relativa a ‘Y’ y la formulación de la inferencia de ‘X’ a partir de ‘Y’”.

La inferencia que permite pasar de un hecho a otro (del *secundario* al *primario*), de lo conocido a lo desconocido, es denominada como *máxima de experiencia*. La seriedad de esa inferencia permitirá, p. e., evitar supuestos de *infirmación* que contaminan el grado de aceptación de la *presunción*. Aquella, señala Muñoz Sabaté (2008: 101), “consiste en cualquier otra conclusión oponible a una presunción e inferida del mismo indicio (...) para llegar a una *información* tan solo hace falta imaginar todas las otras conclusiones posibles además de la inicialmente presumida”.

Desde hace mucho esas inferencias se derivaban del simple recurso a la experiencia que hacían los jueces. Recuerda Bentham (1971: 293) que “determinar que un suceso da fe de otro suceso constituye un juicio fundado en la analogía, la que, a su vez, descansa en la experiencia. Pero es preciso confesar que ese juicio puede ser considerado como una manifestación del instinto, tanto por la prontitud con que obra, como por la dificultad de explicarlo y por la imposibilidad de encontrar reglas para conducirlo. En efecto, toda probabilidad se desvanecería y todo lo que se podría decir acerca de la ligazón de los fenómenos sería en vano, si no se partiese de la suposición de que dos

hechos que aparecen vinculados de cierta manera a los ojos de un individuo, han de aparecer ligados de igual manera a los ojos de los demás”.

En un intento por racionalizar el recurso a las experiencias, en 1893 Friedrich Stein desarrolla el concepto de *máximas de experiencia*. Stein (1999: 24) señala que se tratarían de previsiones a las que se llegan por vía de inducción, esto es, “partiendo de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada. Hay que partir, pues, de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los casos comprobados”. Ello permitiría arribar a conclusiones racionales en la medida que nos permitiría construir una suerte de silogismo probatorio. Señala Calamandrei (1961: 382) que en el caso de los *hechos secundarios* la prueba de los *hechos principales* se hace por vía de inducción que “se apoya enteramente en las *máximas de experiencia*, de las cuales el juez en su prudencia se sirve para formar una serie de silogismos, en cuya premisa mayor está la afirmación general y abstracta de que a la existencia de ciertos hechos (indicios) se asocia, o está detrás, la existencia de otros hechos (indiciados); premisa menor es la afirmación de existencia del indicio; la conclusión, la afirmación del hecho indiciado [*hecho presunto*] antes desconocido”.

Teniendo en cuenta ello, Stein realiza su ya clásica definición de *máximas de experiencia*, señalando que son *definiciones o juicios hipotéticos de contenido general*, desligados de los hechos concretos del proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de donde deducen, pretendiendo por ello tener validez para otros casos⁽¹²⁾. Al respecto, es conveniente citar las presiones que hace Taruffo (2007: 169) al instituto en cuestión: “Las

(12) Una explicación igual de esclarecedora es la de Döhring (1996: 323): “El saber experiencial es importante para el manejo de todo tipo de medios probatorios. Pero para la prueba indicaria su significación es central (...). La regla de experiencia parte de vivencias iguales o similares, habidas, no en ocasión del caso investigado, sino anteriormente (...). El operante utiliza lo aprendido en sucesos anteriores para sacar deducciones sobre la configuración fáctica del caso en estudio, aún no esclarecido. Pero de ahí se desprende también que la regla de experiencia no es una simple conexión de acontecimientos vivenciados. Estos constituyen solo el material del cual se deriva, por abstracción, una regla. El averiguador saca el resultado (*facti*) haciendo una síntesis de eventos anteriores y así llega a formar una aserción que pretende ser válida en casos posteriores similares y de la cual pueden extraerse puntos de apoyo sobre cómo sucedió el hecho que se investiga. La fuerza de la convicción

reglas de la experiencia no se confunden con las reglas de la lógica y de la argumentación racional: estas últimas reglas en efecto no se derivan de la experiencia sino del contexto de los criterios que determinan la corrección del razonamiento. Estas reglas no se refieren a un pretendido 'conocimiento' sobre hechos y comportamientos, sino que *fijan* los criterios que deben seguirse para construir un razonamiento lógicamente correcto. Bajo esta perspectiva debe subrayarse que las reglas de la experiencia no se confunden con aquellas que la doctrina llama *reglas de la sana crítica*, que se refieren a criterios de racionalidad en la valoración discrecional de las pruebas".

Ello de ningún modo significa que la construcción de *presunciones* sobre la base de *máximas de experiencia* pueden dejar de lado las reglas de la lógica y argumentación racional, sino que si bien deben ir juntas, se trata de institutos diferentes.

205. Stein (1999: 37) reconoce que las *máximas de experiencia*, como todas las proposiciones obtenidas por inducción, carecen de certeza lógica, "no son más que valores aproximativos sobre la verdad, y como tales, solo tienen vigencia en la medida que nuevos casos observados no muestren que la formulación de la regla empleada hasta entonces era falsa". Sin embargo, añade, tal contingencia se encontraría justificada en el hecho de que el proceso debe ser acorde con los conocimientos de la cultura que lo rige, ya que incluso las 'verdades' matemáticas se han mostrado sometidas al cambio. Taruffo (2006: 125) también cuestiona la seguridad que pueda dar el uso de *máximas de experiencia* señalando: (i) la premisa para obtener tales *máximas de experiencia* es que estemos ante sociedades homogéneas, pero hay sociedades multiculturales (el Perú es una clara muestra de ello), incluso toda sociedad actual es compleja y móvil en sus valores o creencias, siendo al menos cuestionable tratar de inducir reglas generales sobre la base la experiencia; (ii) Hume advierte que la experiencia empírica no permite la formulación inductiva de leyes generales, de modo que, en el mejor de los casos, estaríamos ante nociones que fundamenten inferencias probabilísticas, lo que significaría renunciar a la estructura silogística propuesta por Stein. Por tal motivo, propone que las

de la regla de experiencia reposa en la expectativa de que las observaciones coincidentes hechas en situaciones similares serán nuevamente avaladas por los hechos".

máximas de experiencia se apoyen en *reglas generales* o *cuasi-generales* proveídos por los conocimientos científicos disponibles⁽¹³⁾.

Ciertamente, desde esta postura es posible seguir sosteniendo que las *máximas de experiencia* permiten, en casos específicos, construir *presunciones* con la estructura de silogismos, de cuyas conclusiones nadie o muy pocos podrán dudar. Sin embargo, en la gran mayoría de casos la construcción probatoria no responde a ese tipo de razonamientos. Unas críticas contundentes a la construcción de Stein son realizadas por Gorphe (2004: 27) y Parra Quijano (2007: 245).

El primero de los mencionados desarrolla con detalle la manera en que funciona el razonamiento probatorio gobernado principalmente por inferencias, mientras que para el segundo el trabajo probatorio no puede hacerse mediante silogismos: "La lógica, lo mismo que cualquier otra ciencia, puede hacer abstracciones para profundizar sobre algún aspecto. Esto es lo que ocurre con la *Lógica Formal*, que estudia las modalidades del pensamiento correcto, pero hace abstracción de su desarrollo y sus transformaciones. El pensamiento se toma como congelado, estratificado, en cambio la *Lógica Dialéctica* se caracteriza por considerar el pensamiento en un desenvolvimiento continuo de lo desconocido a lo conocido, de lo elemental a lo complejo de lo inferior a lo superior, de lucha constante entre contradicciones y de unificación de opuestos. Esta es la lógica que el juez emplea en la valoración de la prueba, si no tiene la ciencia y la técnica a su alcance, pero aún teniéndolas, tiene que empezar por darle cuerpo a lo que utilizará para esa valoración lográndola del sentido común, a diseñar hipótesis y analizar y valorar las pruebas para observar si resulta o no corroborada, y así sucesivamente, en un trabajo arduo y dificultoso que no cabe dentro del esquema silogístico. El juez tiene que hacer inferencias. El razonamiento es uno de los procesos cognitivos básicos por medio del cual utilizamos y aplicamos nuestro conocimiento. Sin la posibilidad de hacer inferencias, el sistema de procesamiento humano

(13) Taruffo (2007: 170) precisa que una *regla general* válida es aquella que encuentra fundamento en conocimientos científicos o naturales comprobados (el agua hierve a 100 °C a nivel del mar; y a 85 °C a 4,000 metros de altura); mientras que una *regla cuasi-general* se refiere a sucesos confirmados en el campo científico con un alto grado de probabilidad (el examen de sangre para definir la paternidad o no de un menor).

se vería obligado a depender de un conocimiento específico y puntual para cada una de las situaciones en las que se encuentra. Casi como una especie de lista telefónica”.

La extensa cita permite justificar de manera suficiente por qué solo en los casos de *reglas generales* o *cuasi-generales* apoyadas en conocimientos científicos es posible hablar de construcciones a la manera de silogismos, en los demás casos, que son la mayoría, la construcción de presunciones responde a un razonamiento por inferencias. Si bien ello significa destruir la lógica con la que fueron pensadas las *máximas de experiencia*, permite darnos cuenta que en los supuestos de *presunciones* construidas sobre otro tipo de reglas estamos expuestos a razonamientos errados o solo probables, pues no tendremos ya la contundencia de un silogismo.

Por tanto, consideramos que en atención a la estructura del proceso, al grado de *aceptación* de premisas que exige, sería posible (e incluso permitido por el artículo 281 del Código Procesal Civil) también considerar como *máximas de experiencias* algunos conocimientos sociales, derivados de la vida en común, siempre que: (i) se trate de situaciones de manifiesta aceptación social; (ii) que no estén contradichas por otros usos sociales o reglas científicas; y, (iii) que no escondan prejuicios sociales difusos de género (p.e., las mujeres son malas conductoras), de raza (p.e., los negros son intelectualmente inferiores a los blancos), religión (p.e., los ateos no son personas dignas de confianza), político (p.e., los de izquierda tienden a la violencia) o de cualquier otra clase. Solo así logramos justificar la convicción exigida por el artículo 281 del Código Procesal Civil al Juez al momento de construir *hechos presuntos*.

215. En resumen, tomando en cuenta las precisiones antes hechas, podemos concluir con el TC que en el caso de *presunciones judiciales* “lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base* o *hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia* o *hecho indiciado* [*hecho presunto*], que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace* o *razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o

sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos” (STC Exp. N° 0728-2008-PHC, fd. 26).

225. Cabe preguntarnos ahora *quién debe probar*, interrogante que nos lleva al instituto de la *carga de la prueba* o por lo menos a una de sus expresiones. Como sabemos en el actual sistema jurisdiccional el juez tiene el deber de resolver la controversia, de modo que ante la duda sobre si los hechos de la controversia ocurrieron de una u otra manera, no puede escapar de sus deberes con un pronunciamiento de *non liquet* (¡no estoy convencido, venga otro día con más medios de prueba!). Tal situación supondría una manifiesta negación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de todo el sistema jurisdiccional. Para superar esas dudas del juez al momento definir los *hechos* se instaura la *carga de la prueba*.

Explica Calamandrei (1961: 116) que “el juez aun cuando los resultados de las pruebas no hayan sido tan exhaustivos y decisivos para eliminar de su conciencia toda duda, no puede salir del compromiso con un *non liquet*, y debe siempre emitir un juicio de certeza, positivo o negativo, sobre los hechos controvertidos. Después de haber agotado todas las investigaciones e intentado todas las hipótesis en torno a uno de aquellos enigmas del pasado, que por falta de fuentes seguras están acaso destinados a permanecer sin solución, el historiador cauto y concienzudo podrá llegar a la conclusión de que el problema es insoluble, y confesar honestamente que él no ha conseguido formarse al respecto una opinión segura; y este estado de duda no solo disminuirá sino que hará apreciar más su seriedad de estudioso. Pero el juez no podría, sin faltar a su deber, permanecer en suspenso entre el sí y el no, y emitir una decisión al solo objeto de declarar que no sabe decirse. El juez, en aquellos casos en que el historiador permanecería en la incertidumbre, debe a toda costa llegar a una certeza oficial; y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos (...) en el

proceso penal, el principio *in dubio pro reo*, en virtud del cual el juez está obligado a proclamar oficialmente inocencia a aquel respecto de quien, como historiador, se limitaría a decir, que entre su inocencia y su culpabilidad, no podía decidirse a tomar partido”.

De lo señalado se deduce claramente que el fundamento del instituto de la *carga de la prueba* es evitar pronunciamientos *non liquet*, lograr un pronunciamiento sobre el fondo que resuelva la controversia.

Nótese que, *stricto sensu*, la *carga de la prueba* constituye una regla que se aplica al momento en que juez va a adoptar su decisión, es principalmente una regla de juicio y no una regla que estatuye quién debe probar. No tiene sentido aplicarla, o siquiera pensar en ella, cuando el juez no tiene dudas sobre los hechos controvertidos.

Lo que sucede es que el efecto reflejo de la *carga de la prueba* es que las partes, por lo menos pueden intuir a favor de quién se va a inclinar el juez si tiene dudas sobre determinado hecho, o quién asume el riesgo de no haberse suministrado el material suficiente que permita la demostración de un hecho. De ello se deduce que en virtud de la *carga de la prueba* se estatuyen reglas sobre cuál de las partes compete la carga de producir la prueba de determinado hecho, sobre la distribución de las pruebas a ser ofrecidas. En ese sentido, Eisner (1991: 463) señala que “aunque se trate de una ‘regla de juicio’ es evidente que interesa y conviene a la parte, desde el comienzo del proceso y aun antes de promoverlo, conocer cuáles son esas normas sobre distribución del peso de la prueba; ya que en consecuencia con ellas ordenará su esfuerzo, examinará sus probabilidades y hasta decidirá si asume o no el peligro de litigar”.

De ahí que Rosenberg (2002: 27) sostenga que el problema de la *carga de la prueba* comprenda dos aspectos: uno *subjetivo*, relacionado con los litigantes, donde se debe identificar cuál de ellos tendrá que soportar el riesgo de la *afirmación* no demostrada; y, el otro *objetivo*, dirigido al juez, sobre qué hacer cuando, a pesar de sus esfuerzos, tenga dudas sobre algunos de los hechos controvertidos. A nivel de doctrina, jurisprudencia y normativa suele destacarse más el efecto reflejo

de la carga de la prueba (aspecto *subjetivo*) antes que el instituto en su verdadera dimensión (aspecto *objetivo*)⁽¹⁴⁾.

Así, el artículo 196 del Código Procesal Civil⁽¹⁵⁾ estatuye qué parte tiene la *carga de probar* tal o cual hecho, resaltando el aspecto *subjetivo* del instituto. Un proceso equitativo exige que se distribuya la cargas entre las partes, de modo que no sea solo una quien tenga que sopor-tar la acreditación de todos los hechos de la controversia.

235. A pesar que desde un inicio el TC quiso diferenciarse de la regulación establecida para los procesos ordinarios, veremos que la regla de la *carga de la prueba* termina siendo la misma para ambos tipos de vías procesales. En efecto, desde un inicio el TC ponía sobre los hombros del demandante la carga de acreditar los hechos denunciados como ilegítimos, de manera que “en línea de principio, la carga de la prueba ha de corresponder pues a quien se siente agraviado” (STC Exp. N° 1257-1997-AA, fd. 1.a). De este modo, una vez demostradas las *afirmaciones* fácticas del demandante, correspondería a su contraparte “la probanza de no haber realizado las conductas consideradas como lesivas” (STC Exp. N° 1257-1997-AA, fd. 2).

No obstante, el TC viene usando de manera confusa al instituto de la *carga de la prueba*, situación que puede llevar a algunas complicaciones innecesarias. Con posterioridad al criterio antes citado, el TC estableció una regla preocupante, a saber: “Aunque en los procesos ordinarios es una regla común que la carga de la prueba recaiga en quien afirma hechos o en quien los contradice mediante otros distintos, dicha

(14) La señalada distinción es objeto de sendos cuestionamientos. Barbosa Moreira (1998: 75) señala que “el órgano jurisdiccional solo tiene que preocuparse, en rigor, en el aspecto objetivo de la carga de la prueba, no en su aspecto subjetivo. Ahora, semejante preocupación, como se comprende con facilidad, no ha de asaltar el espíritu del juez durante la instrucción de la causa, sino solo cuando, después de cerrada la recolección de las pruebas, haya llegado el instante de valorarlas para decidir”. Por su parte, Didier, Sarno y Olivera (2010: 82) señalan que “no interesa un análisis subjetivo de la prueba, de cuál sujeto sea el que la originó. El juez debe estar atento, al final de la instrucción, sobre las pruebas que fueron efectivamente producidas –independientemente de quien las produjo- y aquellas otras que no lo fueron, para atribuir las consecuencias debidas a aquella que no se desembarazó de su carga”.

(15) “**Artículo 196 del Código Procesal Civil.**- 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”.

máxima resulta particularmente distinta en materia de procesos constitucionales orientados a la tutela de derechos fundamentales, pues en tales circunstancias, presumida la afectación de un derecho constitucional, la carga de la prueba necesariamente se encuentra condicionada al principio de prevalencia de la parte quejosa. Conforme a este principio, la carga de probar necesariamente recae en la parte emplazada para que proceda a negar o desvirtuar las afirmaciones efectuadas por la parte demandante” (STC Exp. N° 1144-2003AA, fd. 2).

Tal vez lo que menos llame la atención sea el hecho que el TC se refiera en realidad a la llamada *carga de la prueba subjetiva*, la que como hemos visto solo tiene sentido cuando se aplica la *carga de la prueba objetiva*, situación que ni siquiera se menciona en el caso antes citado. Una manera correcta de expresarse hubiera sido: *si los elementos de prueba existentes no permiten al juez tener por demostrado la existencia o no de los actos lesivos denunciados, esa incertidumbre perjudicará al demandado*.

Dejando de lado ello, en definitiva, lo más resaltante de la decisión trascrita es que *el TC sostiene que en el amparo la carga de la prueba sobre la existencia o no de los hechos acusados de lesivos son de riesgo del demandado*. Bastaría así con que no se desvirtúen las meras *alegaciones* de los amparistas o que se mantenga la duda en el juez sobre cómo realmente ocurrieron los hechos o si estos realmente ocurrieron, para que aquel emita un pronunciamiento sobre los hechos favorables a la posición del demandante. ¡Qué incentivos significaría una regulación de esa naturaleza! Los que aún dudan entre buscar una solución amistosa o acudir a la vía judicial para discutir sus pretensiones tendrían mayores incentivos para el litigio; algo similar ocurriría con quienes dudan entre activar el amparo o acudir a las vías ordinarias que no tendría una regulación de ese tipo.

No tardó mucho el TC en precisar los alcances de su pretendida inversión de la *carga de la prueba*: “Si bien este Tribunal, en repetidas oportunidades, ha manifestado que la carga de la prueba en los procesos constitucionales se invierte, ello no exonera a la parte actora de presentar el instrumental probatorio suficiente que permita establecer la veracidad de sus afirmaciones” (STC Exp. N° 1694-2003-HC, fd. 3, STC Exp. N° 2696-2004-AA, fd. 4 y STC Exp. N° 2749-2004-AA, fd. 5).

La pregunta cae por sí sola: ¿Si hay una inversión de la regla de la *carga de la prueba*, por qué pesaría sobre el demandante la carga de acreditar la existencia de los hechos lesivos o amenazantes? La respuesta la brinda el mismo TC: “Aunque la carga de la prueba en los procesos constitucionales corresponde a la parte emplazada, para que ello ocurra, la parte demandante debe acreditar, mínimamente, que los hechos que le causan agravio son actuales, permanentes y que se encuentran relacionados con la parte emplazada (...) De lo contrario, el órgano jurisdiccional tendría que emitir pronunciamiento únicamente sobre la base de lo expuesto por la parte reclamante, aunque ello no se encuentre objetivamente corroborado” (STC Exp. N° 0289-2010-AA, fd. 5).

Lo señalado permite advertir que no es exacto el TC cuando sostiene que en el amparo existe una inversión de la *carga de la prueba*, ello porque en realidad exige que sea el demandante quien acredite la existencia de los hechos lesivos que *afirma*. En efecto, el TC sigue la misma línea que la establecida por el artículo 196 del Código Procesal Civil, según el cual para todo efecto corresponde al demandante y al demandado la carga de acreditar la veracidad de las *afirmaciones* que cada uno de ellos vierta al proceso. Primero, de acuerdo al mismo TC, corresponde al demandante la carga de certificar la existencia de los hechos considerados como lesivos y/o que amenazan, y que estos “se encuentran relacionados con la parte emplazada”. Segundo, corresponderá al demandado la carga de acreditar sus *afirmaciones* que, en líneas generales, pueden ir en el sentido de certificar que los hechos lesivos no ocurrieron o que, de ser así, no le son imputables o, en todo caso, que no inciden sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

De acuerdo a ello, cabe preguntarse, ¿quién asume el riesgo si no se acredita la existencia de los hechos acusados de lesivos o amenazantes? El demandante, pues si no se acreditan los hechos que sustenta la pretensión, el demandante obtendrá un resultado perjudicial a sus intereses, esto es, no obtendrá la tutela que requiere. Por consiguiente,

debemos concluir que en el amparo se mantiene inalterable la regla de *carga de la prueba* que rige para las vías ordinarias⁽¹⁶⁾.

¿Qué ocurrirá si el demandante logra demostrar los hechos que afirma? Reiterada jurisprudencia del TC nos dice que allí recién operaría su “pretendida” inversión de la *carga de la prueba*, de modo que correspondería al demandado la carga de demostrar/argumentar algún supuesto fáctico o jurídico que lo libere de responsabilidad o que dé cuenta de la legitimidad de su comportamiento. Veremos que, en estricto, el supuesto a que se refiere el TC no es uno de inversión del *onus probando*, sino uno sobre la normal forma en que opera, pues si el demandado hace *alegaciones* que desvirtúan las del demandante, entonces tendrán la natural carga de demostrarlas, tal como lo prevé el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Además de ello, como ya se habrá advertido, respecto del momento en que debe actuar el demandante no se puede predicar que ha operado una inversión de la *carga de la prueba*, pues en la etapa postulatoria aún no se discute si existe incertidumbre o no sobre los hechos controvertidos (único supuesto habilitante para pensar en la aplicación de la regla de *carga de la prueba*), cosa que ocurre recién en la etapa decisoria, cuando podría entrar a tallar la *carga de la prueba subjetiva*. En efecto, precisa Eisner (1991: 462) “que el régimen de la carga de la prueba no interesa sino en el momento crítico en que debe expedirse el fallo y solo para el caso de que no existan en los autos, suficientes elementos de convicción –o pautas legales– respecto de la verdad o falsedad de los hechos discutidos”.

Asimismo, suele ocurrir que no exista controversia entre las partes sobre la existencia de los hechos calificados como lesivos o amenazantes por el demandante, siendo lo más problemático dilucidar la legitimidad o no de tales hechos. En ese caso tampoco podría hablarse sobre una inversión de la *carga de la prueba*, pues, a lo sumo, la

(16) Ahora bien, del estudio del caso de autos se advierte que el recurrente no acredita suficientemente su afirmación de que al haber sido internado en el Pabellón N° 3 del Centro Penitenciario de Régimen Cerrado de Lurigancho, su derecho a la seguridad (...) e integridad física y psicológica (...) se hayan vulnerado o estén amenazados de serlo, al no adjuntar ningún medio idóneo para sustentarlo (...). En consecuencia, no se aprecia que los derechos fundamentales alegados se hayan vulnerado” (STC Exp. N° 8508-2005-HC, fd. 4).

incertidumbre versaría sobre los alcances de los derechos en discusión, sobre su interpretación, y no sobre los hechos del proceso.

En definitiva, para el amparo las reglas sobre la *carga de la prueba* siguen siendo las mismas que las previstas para los procesos civiles, siendo incuestionable el traslado de tales reglas a la vía constitucional. En otras palabras, en el amparo no se ha instaurado la inversión de la *carga de la prueba* como una regla que favorezca al actor y perjudique al demandado, al contrario, es el demandante quien asume el riesgo de la falta de prueba de los hechos denunciados como lesivos o amenazantes.

24§. Ahora bien, como hemos visto al citar a Serra Domínguez (supra 2§), solo Dios no tiene necesidad de un proceso, bastándole la exposición de las *afirmaciones* de las partes para que pueda pronunciar una sentencia justa; en cambio, siendo los hombres falibles y *mentaces*⁽¹⁷⁾, se les exige acreditar con ciertos elementos la exactitud de las afirmaciones, a fin de que prevalezca su posición. En términos de Kisch (1950: 205) esta "necesidad de probar, para vencer, se llama *carga de la prueba*". En la misma línea, Pescatore (citado por Micheli, 1989: 3) señalaba que la lógica del derecho impone a quien hace *afirmaciones* la carga de probar, pues no basta con alegar ante un juez para que este acepte tales hechos. De ahí que encuentre sentido el artículo 196 del Código Procesal Civil. Sin embargo, precisa Micheli (1989: 3) que nuestros perjuicios iusnaturalistas no nos deben llevar a dar un valor universal o absoluto a dicha regla.

(17) Sobre la relación entre verdad y abogado, explica Cipriano (2003: 178) que el proceso no admite que las partes y sus defensores tengan derecho a decir falsedades, pues "una cosa es poder decir y hacer todo lo posible (dentro de los límites de la legalidad para proteger los intereses del cliente, otra es poder evitar decir la verdad (quedando rebeldes o no compareciendo o callando); y otra es tener el derecho a mentir (...). La habilidad del defensor, pues, no está en contar cuentos sino en plantear tesis objetivamente o al menos aparentemente sostenibles, basándose en la lógica formal, en la doctrina, en la jurisprudencia y en cualquier otro argumento que pueda ser útil para poner en dificultad a la contraparte y convencer al juez del buen derecho de su asistido (...). Excluido, pues, que los abogados tengan el derecho de mentir, la ocasión es propicia para advertir que no parece que los abogados puedan ser deplorados (...) porque se esfuerzan en encontrar 'sutilezas' ['cavilli']. La 'sutileza' no es una mentira, ni mucho menos algo ilícito, sino que es el fruto de la habilidad del defensor por encontrar en los pliegues del código o en los repertorios la norma o el precedente jurisprudencial que le permite vencer la causa".

Sea como fuere, se debe tener en cuenta que el fundamento de la distribución de la *carga de la prueba* es el principio de equidad. Como bien nos indica Wach (2006: 223) tal regla “nace de la consideración razonable de que allí donde dos partes litigan y se les concede la palabra en forma igual para el ataque y la defensa *es equitativo no imponer a una sola de las partes la carga de la prueba*”.

A este respecto, se ha intentado crear reglas generales sobre la distribución de la *carga de prueba* que den predictibilidad a las decisiones judiciales y a la actividad probatoria que corresponde desarrollar a las partes. Por un lado, se dice que corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos del derecho que invoca, mientras que corresponde al demandado la prueba de los hechos extintivos o modificativos de tal derecho. La dificultad de definir en cada caso cuándo estamos ante uno u otro tipo de hechos hizo abandonar progresivamente esa distinción. De modo que la doctrina más reciente nos dice que la distribución de la *carga de la prueba* depende de la posición que tengan las partes respecto del efecto jurídico pedido, de modo que si una parte pretende beneficiarse de la aplicación de una norma jurídica ha de soportar la *carga de la prueba* del supuesto fáctico de esa norma.

25§. En doctrina se suele identificar que uno de los principales problemas de la *carga de la prueba* es que su uso irreflexivo podría dar lugar a situaciones de injusticia. Al respecto, el TC ha puesto en cuestionamiento el uso de la regla de la *carga de la prueba* cuando se trata de casos en donde el material probatorio que sirve a una de las partes se encuentra en poder de su contraparte (*cargas probatorias dinámicas* - infra 27§) o cuando el *hecho* acusado de *lesivo* o *amenazante* es de tal naturaleza que no existen *fuentes* o *medios de prueba* que puedan certificarlo (*principio precautorio* - infra 33§).

Algún sector de la doctrina y jurisprudencia se inclina por dar solución a tales casos a través de una inversión de la *carga de la prueba*. Cabe indicar, que al momento de analizar esos supuestos tendremos como norte el evitar –en una medida razonable– la aplicación de esas propuestas. Ello no porque rindamos tributo a la regla de la *carga de la prueba*, ni porque la consideremos intocable en sí misma, sino porque consideramos que su llamada *inversión* también podría dar lugar a situaciones de injusticia, al menos cuando tal *inversión* opera con

respecto al tema principal de la controversia. P.e., un juez se encuentra en la incertidumbre sobre si ocurrió o no el *hecho lesivo* alegado por el demandante, en virtud de la doctrina antes señalada debería de resolver a favor del mismo demandante. Un mínimo sentido de justicia nos advertiría que se está condenando al demandado de manera arbitraria, pues no se configura la circunstancia fáctica de la norma que habilita su condena.

Dicho ello, podemos pasar a señalar que se suele decir que la llamada inversión de la *carga de la prueba* se puede dar por dos razones, ya sea porque media un *mandato legal* que dispone que, en determinadas circunstancias, operará una distribución de *carga de la prueba* distinta a la regla general (inversión *ope legis*); o, porque media un *mandato judicial* que, en virtud de las circunstancias del caso concreto, justifica invertir la citada regla general (inversión *ope iudicis*).

Al respecto, Didier, Sarno y Olivera (2010: 82) consideran que en el primer caso solo estamos ante una excepción normativa a la regla genérica de *carga de la prueba*, y que seguimos ante una norma que regula en abstracto la *carga de la prueba*. No se trataría de un supuesto de inversión de la *carga de la prueba*, pues la regla contenida en la norma de excepción se mantendría inalterable, de modo que sería, stricto sensu, una *presunción legal relativa*, pues la parte que alega el hecho está eximida de probarlo, cabiendo a la otra parte la *carga de la prueba* de que el hecho no ocurrió. Siendo así, consideramos que en estos casos no se configuraría una situación de injusticia contra el demandado como la que denunciábamos anteriormente, porque precisamente el supuesto normativo prevé que ante la incertidumbre debe condenarse al demandado, quien sabe de esta regla desde el inicio del proceso.

En cambio, añaden los autores citados, el supuesto que opera *ope iudicis* sí sería un verdadero caso de inversión de la *carga de prueba*, pues el legislador no establece una norma de excepción frente a otra norma general, sino que abre la puerta para que –en virtud de la apreciación de las circunstancias que concurren en el caso– sea el juez quien justifique una específica redistribución de la *carga de la prueba*. Es aquí donde pueden configurarse los riesgos de injusticia contra el demandado que antes hemos apuntado.

265. Como bien reconoce Carnelutti la regla de la *carga de la prueba* necesita en algunos casos ciertas matizaciones para no dar lugar a algunas injusticias, pues "respecto de la búsqueda de las pruebas y la narración de los hechos, el peligro está en la *unilateralidad* del interés de la parte, por lo que esta no solo se ve estimulada a buscar únicamente las pruebas que le son favorables, sino hasta a ocultar las pruebas contrarias".

Veamos: (i) A Ticio le beneficiaría la prueba del hecho "Y", pero no está en condiciones de aportar medios probatorios sobre aquel; (ii) Cayo, su contraparte, sí está en condiciones de producir el material probatorio del hecho "Y", ya porque está a su disponibilidad o le es más fácil acceder al mismo; (iii) A pesar de ello, Cayo decide no aportar tales medios de prueba; (iv) En consecuencia, la decisión, sustentada en regla general de *carga de la prueba*, termina siendo materialmente injusta.

¿Qué implica estar en mejores condiciones para producir el medio de prueba? Responde Barbeiro (2004: 101): "Que el sujeto a quien se atribuye la carga probatoria revista una posición privilegiada o destaca en relación al material probatorio en lugar de su contraparte. Es decir que, en virtud del papel que desempeñó en el hecho generador de la controversia, por estar en posesión de la cosa o instrumento probatorio, o por ser el único que dispone de la prueba, se encuentra en mejor posición para revelar la verdad". ¿Cómo se identifica la disponibilidad o facilidad de una de las partes con respecto a los medios de prueba relevantes para la causa? Responde nuevamente Barbeiro (2005: 244): "Tal condición (de inferioridad o superioridad probatoria) puede surgir de la prueba o de la 'actividad' que las partes han desarrollado en tal sentido", p. e., ¿quién podría tener un mejor acceso a la historia clínica de un paciente? ¿Este o el hospital? Por lo general, sino siempre, es este último y, a pesar de ello, el hospital demandado no ofrece tal documento al proceso, su actitud renuente nos daría *indicios* que la historia clínica de un paciente podría acreditar hechos que perjudican al demandado.

Para superar situaciones de injusticia que se podrían generar como consecuencia de insuficiencia probatoria existen dos posibilidades: (i) acudir al instituto de la inversión de la *carga de la prueba*, donde

destaca la doctrina de las *cargas probatorias dinámicas*; o, (ii) mantener la regla de la *carga de la prueba* con algunas matizaciones.

275. La doctrina de las *cargas probatorias dinámicas* fue ideada por el profesor argentino Jorge Peyrano. Al respecto, en las V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal de 1992 celebradas en Junín - Argentina se declaró que “la llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funciona adecuada y valiosamente las previsiones legales que (...) reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, v. gr., en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (citado por Peyrano, 1996: 1027).

Según los términos que venimos manejando diríamos que, *de acuerdo a la susodicha doctrina de las cargas probatorias dinámicas, cuando el juez se encuentra en incertidumbre sobre la aceptación o no de determinados hechos debe colocar la carga de la prueba respectiva en cabeza de la parte que se encontraba en mejores condiciones para producirla y no lo hizo. Esta propuesta supone un desplazamiento de la carga de probar que tenía una parte hacia la otra, allí donde el juez advierta que –por aplicación de la regla general– podrían generarse situaciones de injusticia.*

Cabe añadir que como bien acepta Peyrano (1997: 419), citando doctrina argentina, “el desplazamiento de la *onus probandi* será aceptable, solo si, respecto de tales hechos [controvertidos], el demandado se encontrara, a su vez en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor cuando al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los (...) principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio”.

Precisamente allí es donde la doctrina de las *cargas probatorias dinámicas* comparte el mismo fundamento de la regla de distribución de la *carga de la prueba*. Pues en situaciones como la descrita se genera

una notable desigualdad entre las partes del litigio, imponiéndose a una de ellas una carga excesivamente onerosa para probar la *afirmación fáctica* que le interesa. De modo que si, como vimos antes, la regla de distribución de *carga de la prueba* se sustenta en la equidad entre las partes, sería contrario a esa misma regla que en supuestos como el descrito se niegue la posibilidad de invertir las cargas para generar una situación de igualdad. He ahí la importancia del supuesto fáctico que se utilice para justificar tal inversión.

El TC ha aplicado esta teoría en el caso de una persona que se había pasado del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) al Sistema Privado de Pensiones. Al respecto, tal persona quería regresar al SNP alegando que la AFP no le había brindado información suficiente sobre las consecuencias de tal cambio, situación que le habría inducido a acordar su ingreso al SPP. Como quiera que el demandante no acreditara esa ausencia de información, el TC acudió a las teorías de *las cargas probatorias dinámicas* para invertir la *carga de la prueba*, imponiendo a manera de regla general que para estos casos es el demandado (la AFP) quien tiene la carga de acreditar la adecuada información de sus afiliados, debido a que está en mejores posibilidades de producir la prueba respectiva (STC Exp. N° 1776-2004-AA, fd. 50.C).

285. No obstante, se podría objetar a esta construcción dos cuestiones. La primera tiene que ver con que sería insuficiente el hecho de que el juez tenga en cuenta que una de las partes tuvo a su disposición ciertos *medios de prueba* que no ofreció al proceso para concluir que tales instrumentales contenían información desfavorable al demandante. En efecto, la disponibilidad o facilidad para producir *medios de prueba* no nos dicen nada sobre su contenido. Es necesario contar además con razones adicionales que nos den luces de que el contenido de los *medios de prueba* son lesivos de los intereses de quien los oculta, pues de no ser así se estaría condenando al alguien sin que se configure el supuesto normativo que precisamente habilita la condena.

La segunda objeción contra las cargas probatorias dinámicas es más conocida y tiene que ver con el debido proceso. Al respecto, Didier, Sarno y Oliveira (2010: 87) señalan que “reservar la inversión de la carga de la prueba al momento de la sentencia, representa una ruptura con el sistema del *debido proceso legal*, ofendiendo a la garantía

del contradictorio. No se puede sancionar a la parte que no probó la veracidad o falsedad de determinada alegación sin que se le haya conferido la oportunidad de hacerlo (recuérdese que la *carga de la prueba subjetiva* acaba por condicionar la actuación procesal de la parte)". Por su parte, Alvaro de Oliveira (2002: 19) precisa que "es inadmisibile que sean los litigantes sorprendidos por visiones que se apoyen en un punto fundamental, sobre una visión jurídica que no se tenía percibida [en un cambio de reglas]. El tribunal debe, por lo tanto, dar conocimiento previo de aquella dirección o derecho subjetivo que corre peligro (...). En la misma orientación, la libertad concedida al juzgador (...) no dispensa la previa comunicación a las partes sobre los nuevos rumbos que serán imprimidos al litigio en homenaje al principio del contradictorio".

Cabe preguntarse, entonces, ¿es posible superar las injusticias contra el demandante que pretende salvar la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, sin que ello suponga nuevas situaciones de injusticia contra el demandado? ¿Es posible vestir a un santo sin desvestir al otro? Creemos que sí.

295. Hace mucho Carnelutti (1952: 98) sostenía que, *ante el riesgo que las partes escondan u omitan ofrecer medios de prueba relevantes para la resolución de la causa, la ley procesal debe imponer sobre la parte la carga de mostrar todos los medios de prueba de que dispone, de modo que si retiene u oculta algunos de ellos, podrá el juez construir una presunción resolviendo como si la prueba le fuera contraria*. En estricto, en este supuesto no operaría un traslado de la *carga de la prueba*, dado que ni siquiera se daría un supuesto de incertidumbre sobre los hechos que habilita aplicar la regla de *carga de la prueba*, sino que el juez estaría habilitado para construir una *presunción* a partir de la actitud renuente de una de las partes de mostrar todos los *medios de prueba* de que dispone. De modo que tomaría por verdaderos, *aceptaría*, ciertos hechos, eliminándose la situación de incertidumbre.

Tampoco existiría el riesgo de la vulneración del derecho al debido proceso, pues desde antes del inicio del proceso el demandado tendría conocimiento sobre las reglas en virtud de las cuales el juez podría resolver ante la incertidumbre sobre los *hechos* del proceso.

Ahora bien, como en toda *presunción*, en este último caso, la *validez del razonamiento* presuntivo dependerá de la certeza del *indicio* del que se parte, en este caso: *que la parte efectivamente tenga disponibilidad o facilidad para acceder al medio de prueba y no lo haya ofrecido*. En efecto, al igual que para la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, si el juez tiene dudas sobre la disponibilidad o no de una de las partes sobre determinado medio de prueba, no podrá construir su *presunción* y, por lo tanto, no podrá superar tampoco sus dudas sobre determinados hechos, debiendo aplicar en consecuencia la regla general de *carga de la prueba*.

Alguien podría levantar la misma objeción que las cargas probatorias dinámicas, señalando que para construir la *presunción* carneltuttiana se requiere como *indicio* tener por acreditado que una de las partes tiene a su disposición ciertos *medios de prueba* que no ofreció al proceso, pero que tales indicios aún son insuficientes, dado que no nos dicen nada sobre el contenido de los medios de prueba no aportado a la causa. De esta suerte, se requería de *indicios adicionales* que permitan verificar de que el contenido de los *medios de prueba* son lesivos de los intereses de quien oculta, pudiéndose recién formular como *presunción* que tales instrumentos de prueba benefician a la parte que no tenía acceso a estos.

No deja de tener sentido tal advertencia, sin embargo, estaría obviando el hecho que la *presunción* carneltuttiana parte por asumir que pesa sobre las partes la *carga* de ofrecer *todos los medios de prueba* que tengan disponibles para la dilucidación de la controversia. De modo que la parte que no ofreció *medios de prueba* que, según los *indicios* existentes, tenía a su disposición, sufriría las consecuencias negativas de su proceder. Desde un punto de vista teórico, la imposición de tal carga se justifica en una visión cooperativa del proceso⁽¹⁸⁾, que impone la colaboración de todos los sujetos que participan en el proceso en la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos. Visión que precisamente es compartida por la gran mayoría de autores que buscan justificar la aplicación de las *cargas probatorias dinámicas*.

(18) Cfr. ALVARO DE OLIVERIA (2003: 19) y MITIDIERO (2009: 1).

En línea con ello, somos de la opinión de que es preferible acudir a una construcción de *presunciones* (Carnelutti) en lugar de una inversión de las *cargas probatorias* (Peyrano) en virtud de la exigencia constitucional que el juez agote todos los esfuerzos para llegar a la verdad de los hechos controvertidos. De acuerdo a esta exigencia, la teoría de la carga probatoria dinámica no tendría mucha cabida, dado que el juez primero debería tratar de definir la veracidad de los hechos, aplicando para ello todos los medios que tiene a su disposición, entre ellos, construir presunciones como la propuesta por Carnelutti y, solo si no puede hacerlo por no configurarse el *indicio* requerido (que la parte efectivamente tenga disponibilidad o facilidad para acceder al *medio de prueba* y no lo haya ofrecido), pasar a aplicar las reglas generales sobre *carga de la prueba*, situación en donde el juez ya no podría acudir a las *cargas probatorias dinámicas* por no concurrir el mismo *indicio* que justifica su aplicación.

Desde un punto de vista normativo, podemos justificar la propuesta de Carnelutti en el Código Procesal Civil (interpretación sistemática de los artículos IV, 188, 282 y 282) conforme a la cual podemos sostener que el sistema jurídico prevé que *el Juez puede construir presunciones desfavorables a una de las partes si muestran falta de cooperación en la acreditación de todos los hechos controvertidos u obstruyan las actividades tendientes a ello*. Situación que, obviamente, se daría si los medios de prueba existentes, la conducta de las partes sumada a *máximas de experiencia*, nos dicen que una de las partes tenía 'disposición' o 'facilidad' para acceder a ciertos *medios de prueba* relevantes, pero no los ofrece al proceso.

La idea del mandato legal genérico de ofrecer *todos* los medios de prueba que las partes tengan a su disposición es *incentivar* la actividad probatoria de la parte que tiene más fácil acceso o disponibilidad sobre aquellos, quien de no actuar así podría verse perjudicado. De tal suerte que si, a pesar de la carga legal que pesa sobre él, opta por no ofrecer todo el material probatorio disponible, permitirá construir una *presunción* válida en su contra.

De igual forma, en el *common law* se recurre a este tipo de *presunciones* ante la insuficiencia de medios de pruebas respecto de las cuales el demandante se encuentra en mejor posición para producirla.

Estamos hablando de la llamada doctrina de la *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) aplicada a los casos de responsabilidad civil; la misma que revierte la situación perjudicial del demandante cuando no cuenta con pruebas sobre la negligencia del demandado, siempre que las pruebas estén bajo el control de la parte no interesada en que se encuentren. De este modo, la doctrina crea una inferencia artificial de negligencia a fin de crear en el demandado los incentivos para saber qué es lo que realmente pasó (Bullard, 2005: 221).

Además de lo señalado, consideramos que la regla que hemos derivado a través de una interpretación sistemática de las normas del Código Procesal Civil constituye una exigencia constitucional, pues de no instaurarse podría dar lugar a la vulneración del derecho de defensa, de igualdad de armas entre las partes. Al respecto el TC ha señalado que colocar al demandante en una situación en donde tenga que acreditar la realización de un hecho a través de instrumentales que no están a su disposición, sino del demandado, generaría un problema de *prueba diabólica*, pues el impedimento o imposibilidad de una persona de ofrecer un medio de prueba por causa de la otra parte o del juez, puede significar la afectación de su derecho a la igualdad de armas (SSTC Exps. N°s 4281-2007-AA, fd. 4 y 4558-2008-AA, fd. 9).

Por lo tanto, de acuerdo con el sistema constitucional, las partes van al proceso con conocimiento de que si cuentan con material probatorio relevante que no aportan a la causa, generando así un impedimento probatorio en el demandante, vulnerarán el derecho de defensa de este último, situación que podría legitimar al juez a construir, a partir de dicho proceder, *presunciones* desfavorables a los intereses del demandado.

Recuérdese que, de ser así, carece de sentido pensar en la aplicación de la regla de *carga de la prueba*, puesto que el juez estaría *aceptando* los hechos a partir de *presunciones*, no existiendo *incertidumbre* fáctica que justifique la aplicación de aquella regla.

30§. No obstante lo señalado, debemos confesar que las referencias que hace el TC a los casos en donde se configura *pruebas diabólicas* no dicen nada sobre la posibilidad de construir *presunciones* a partir del comportamiento del demandado, sino que, teniendo en cuenta

pronunciamientos antes citados (STC Exp. N° 1776-2004-AA, fd. 50.C) nos deberían llevar a concluir que el TC sugiere como solución que se invierta la *carga de la prueba*. Veamos un caso que explique esto.

La Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) solicita al Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (Indecopi) que sancione a la empresa Hatuchay E.I.R.L. por la comunicación pública de obras musicales de dominio privado sin la autorización de sus titulares. La empresa denunciada señaló como argumento de defensa que Apdayc no había acreditado que detente el título para representar a los autores cuya música se difundía. Ante ello, Apdayc sostuvo que el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor (Decreto Legislativo N° 822) lo presume como titular para defender los derechos de los autores y compositores musicales, motivo por el cual correspondía a la empresa la carga de demostrar lo contrario. Al no ser posible destruir tal presunción, el Indecopi sancionó a Hatuchay E.I.R.L., motivo por el cual esta empresa formuló una demanda de amparo cuestionando tal decisión.

Llegada la causa al TC se estableció lo siguiente: “En el procedimiento sancionatorio seguido contra la recurrente en Indecopi resulta que la parte denunciada [Hatuchay] debe probar que la parte denunciante [Apdayc] carece del título del derecho que dice representar. Ahora bien, como es sabido, constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho. Si la sociedad colectiva denunciante afirma detentar la representación de determinadas obras, no resulta nada oneroso para ella exhibir el documento que la acredita. Por el contrario, si es a la parte denunciada a quien se exige acreditar que la sociedad colectiva carece del título de representación, significa ello una carga excesiva e intolerable. Esto es así debido a que mientras para la parte denunciante el acreditar la representación de la obra no significa carga alguna, dado que tiene a disposición el archivo de documentos donde consta el otorgamiento de la representación, para el denunciado significa una carga excesiva, de difícil acreditación (...). Tal exigencia constituye un típico caso de ‘prueba diabólica’, dado que significa exigir al denunciado una prueba difícil e, incluso, de imposible acreditación, pero ello no por su inexistencia, sino por el considerable grado de dificultad que implica su obtención” (STC Exp. N° 6135-2006-AA, fd. 6).

De acuerdo a ello, el TC declaró fundada la demanda de amparo, disponiendo que se inaplique a Hatuchay E.I.R.L. el artículo 147 de la Ley sobre Derechos de Autor y que se anule el procedimiento administrativo sancionador seguido en su contra. Siendo así, ¿es posible que el Indecopi realice nuevamente el procedimiento administrativo sancionador? Siempre que no haya operado un supuesto de caducidad de la supuesta infracción, creemos que es posible, siempre que se respeten los parámetros establecidos por el TC, esto es, que se invierta la *carga de la prueba* de modo que no pese sobre Hatuchay E.I.R.L. la carga de acreditar la falta de titularidad de Apdayc para representar los derechos de autor.

En resumen, de acuerdo al TC, cuando se presenten casos donde es difícil acreditar ciertos hechos debido a que los medios de prueba están a disposición o al más fácil acceso de la contraparte, el juez constitucional puede invertir él la carga de la prueba para resolver la controversia (recurriendo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas) u ordenar que así lo haga la entidad que aplicó sin miramientos la regla de carga de la prueba lesionando el derecho a la igualdad de armas.

Si bien hemos hecho expresas nuestras objeciones a las propuestas de inversión de *carga de la prueba* (*supra* 26§), no podemos desconocer que la posición oficial, del TC nos dice que ello es factible en los procesos de amparo, al menos cuando no se pueden acreditar ciertos hechos porque la parte que tiene a su disposición el material probatorio pertinente no lo ofrece a la causa.

En todo caso, el lector podrá advertir que, si se aplicaran correctamente las instituciones probatorias, en escasísimas ocasiones sería necesario acudir a la teoría de la *carga probatoria dinámica* o a la construcción de *presunciones*, supuestos que, valgan verdades, sí permiten resolver la causa, pero no constituyen las opciones que acercan en la mayor medida posible a la verdad de los hechos. Efectivamente, si se verifica que una de las partes tiene a su disposición el material probatorio o tiene más fácil acceso a este, pero no lo aporta a la causa, se esperaría que el juez constitucional, valiéndose de sus facultades probatorias, ordene a la parte que corresponda adjuntar el material probatorio omitido, bajo apercibimiento. Si los jueces actuaran así, sería

innecesario acudir a construcciones jurídicas más elaboradas como las antes mencionadas.

315. Otro supuesto donde suele decirse que se configura la inversión de la carga de prueba se da en los casos donde se busca aplicar el principio de prevención y el precautorio.

Como señalábamos inicialmente, existen algunos casos que nos hacen dudar de que el paradigma probatorio del amparo siga vigente. En efecto, en recientes pronunciamientos el TC habría cambiado el criterio que líneas atrás hemos delineado. Parecía que esa entidad sugería que cuando se peticiona tutela del derecho al ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política) no era exigible ofrecer *prueba evidente* sobre los hechos acusados de ser lesivos o amenazantes, sino que bastaría con que existan *indicios* razonables y suficientes de los daños o amenazas para declarar fundada la demanda. Ello al amparo de los principios de *prevención* y *precaución*, recogidos en normas, directivas y principios relacionados con la materia ambiental.

Para explicar brevemente esos principios es oportuno citar la opinión de Roberto Andorno quien expone que en los casos de *prevención*, la peligrosidad de la cosa o actividad es ya bien conocida, y lo único que se ignora es si el daño va a producirse en el caso concreto. En cambio, en el caso de la *precaución* la incertidumbre recae sobre la peligrosidad misma de la cosa [o actividad], porque los conocimientos científicos son todavía insuficientes para dar una respuesta acabada al respecto (Cfr. STC Exp. N° 03343-2007-PA, fd. 20).

Por lo tanto, si existe certeza de que ciertas actividades pueden dañar al medio ambiente o a la salud, lo que corresponde es exigir la adopción de medidas que permitan neutralizar tales daños. Tal es la característica del principio de *prevención*, existiendo certeza o, al menos aceptación general, que el futuro desarrollo de ciertas actividades pueden ser lesivas, siendo por ende exigible que antes del desarrollo de estas se tomen medidas para paliar o evitar que se produzcan deterioros en el medio ambiente (Cfr. STC Exp. N° 3442-2004-AA, fd. 8).

Veamos su aplicación a un caso concreto (STC Exp. N° 1206-2007-AA). Se formula una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena) a fin de que se suspendan los concursos públicos de concesiones forestales sobre la "Zona A", alegándose para dicho efecto que considerar a tal zona como *bosque de producción permanente* suponía una vulneración del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado.

Al respecto, el TC advirtió que en el año 1965 la "Zona A" había sido declarada como "Zona Reservada para el Estado" con la finalidad de preservar las especies acuíferas y los recursos hidrobiológicos, afectados con la indiscriminada pesca de estos. A partir de allí, el TC estableció que en sus concursos públicos el Inrena no había establecido ninguna exigencia que permita evitar los daños que la explotación maderera podría causar sobre los señalados recursos hidrobiológicos y especies acuíferas de la "Zona A".

Por lo tanto, antes que se generen tales daños, antes que se hagan efectivas las concesiones otorgadas y las que estaban pendientes de ser otorgadas, el TC estableció que en aplicación del principio de *prevención*, el Inrena debía realizar un Estudio de Impacto Ambiental de toda la "Zona A" a fin de definir o paliar los daños que una futura actividad maderera podía ocasionar en la flora y fauna hidrobiológica.

Este es un típico caso de amparo contra amenazas de derechos. En primer lugar porque existe certeza que la "Zona A" es un lugar sensible en lo referido a su flora y fauna hidrobiológica, habiendo sido declarada por ello como "Zona Reservada para el Estado", de tal suerte que deviene en casi incuestionable que si se realiza actividad maderera en dicho lugar por lo menos se alterarían las circunstancias normales en que se ha desarrollado el tipo de vida silvestre. En segundo lugar, porque el futuro hecho estaba próximo de ser realizado (se estaban realizando convocatorias públicas para otorgarse concesiones forestales), cumpliéndose así con el requisito de inminencia.

Para asegurar que tal alteración no degenera en una afectación del medioambiente, el principio de *prevención* exige que se suspenda el inicio de actividades de explotación forestal, a fin de que se adopten medidas para paliar o evitar la amenaza en ciernes. Siendo así, se

puede apreciar que en realidad el principio de prevención no supone una alteración del paradigma probatorio del amparo que antes hemos desarrollado. Incluso podemos decir que sin su instauración también hubiera prosperado un proceso de amparo alegando solo la existencia de una amenaza cierta e inminente contra el medioambiente.

325. No podemos predicar lo mismo con respecto al principio de *precaución*, *precautorio* o de *cautela*. El TC precisa que tal principio “opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” (STC Exp. N° 3510-2005-AA, fd. 4b). En otras palabras, aun cuando los conocimientos científicos no permitan determinar con certeza si tal actividad o producto son dañinos o no al medioambiente o a la salud, ello no debe ser óbice para tutelar preventivamente tales derechos constitucionales.

A diferencia del principio de *prevención*, en el caso del principio *precautorio* no habría certeza de si existe o no una amenaza o lesión efectiva de derechos. De acuerdo a ello, el primero podría actuar tanto *ex ante* como *ex post* en relación con los hechos acusados de lesivos o amenazantes del medioambiente y/o la salud, mientras que el segundo solo supone la adopción de medidas *ex ante*, esto es, antes de que existan evidencias científicas de que estamos ante hechos lesivos o amenazantes.

Una aproximación superficial a la aplicación del principio precautorio en el amparo, nos daría a entender que el demandante tendría definitivas ventajas sobre su contraparte porque *prima facie* no debería probar que el *hecho* acusado de lesivo o amenazante efectivamente se configura. Este principio en particular nos generaba serias dudas. Si los hechos de la controversia no estaban acreditados de manera manifiesta, ¿por qué se debía amparar la pretensión deducida en amparo? Al parecer, estábamos ante un cambio de reglas sentadas desde los inicios del amparo, se estaba cambiando al menos no de modo manifiesto como exige el paradigma probatorio del amparo.

Además de ello, un análisis superficial del principio precautorio nos indicaba que el TC, una vez más, estaba alterando algunos institutos

procesales. A esas alturas las ideas que teníamos sobre el proceso ya estaban protestando [o temblando] contra la aplicación del principio de precaución. ¡Acaso la insuficiencia probatoria o la falta de certeza sobre la existencia de los hechos dañosos imputados al demandado no favorece a este último! Aun cuando la doctrina y jurisprudencia actual permiten flexibilizar en algunos supuestos la carga de la prueba, eso no significa que han perdido vigencia las normas que lo regulan, esta sigue siendo la regla.

Al parecer iban a tener problemas, o ya los tenían, las empresas titulares de concesiones, licencias, permisos, etc., orientadas a desarrollar actividades que de alguna manera inciden o son conocidas por incidir en el medioambiente (tema definitivamente sensible), pues mediante un proceso donde los medios de defensa son limitados por no existir estación probatoria se podía lograr el retiro de antenas de telecomunicaciones (STC Exp. N° 0091-2004-AA), paralizar la exploración y/o explotación de minerales, petróleo (STC Exp. N° 3343-2007-PA), gas o algún otro recurso natural, sin que en tales casos fuera necesario que el juez tenga certeza si tales actividades generaban daños de manera manifiesta o amenazaban de manera cierta e inminente el medioambiente, tal como se exigía antes. Todo ello gracias al principio *precautorio*.

Se hace necesario comprender entonces qué hace tan especial al mentado principio *precautorio* como para que, según parece, se justifique el alejamiento del paradigma probatorio del amparo.

335. No es este el lugar para hacer una mención sobre los orígenes, la normativa (nacional e internacional) y, en general, la actual trascendencia que ha tenido el principio precautorio a nivel mundial, lo que por sí solo justificaría un estudio aparte. Para nuestros fines interesa establecer cuál es la justificación o la lógica que subyace tras dicho principio y para ello estimamos pertinentes recurrir a algunos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de las Comunidades Europeas nos referimos tanto a su Tribunal de Primera Instancia (TPI) como al superior jerárquico, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

En el caso *National Farmers' Union L*, el TJCE dejó establecido que “cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones [los Estados] pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”. Por su parte, el TPI en el caso *Pfizer Animal Health* dejó en claro que el principio precautorio se aplica en contextos donde existe incertidumbre científica, de modo que no cabe exigir el aporte de pruebas científicas concluyentes de la realidad del riesgo y de su gravedad, lo que no justifica su aplicación ante riesgos puramente hipotéticos, basados en meras suposiciones aun no verificadas científicamente.

Si estamos ante casos donde existe incertidumbre científica es evidente que la prueba del hecho es imposible o muy difícil de producir para ambas partes, debiendo por ende descartarse de plano la posibilidad de usar, al menos en estos casos, la teoría de la *carga probatoria dinámica*, la *presunción* carneluttiana o la alegación del derecho a la igualdad de armas, dado que no concurre el supuesto habilitante: *disponibilidad* o *facilidad* de una de las partes sobre el material probatorio.

Al contrario de lo que se suele creer, en estos casos no se configura una alteración de la regla de la *carga de la prueba*, pues si el demandante no ofrece los elementos probatorios requeridos para aplicar el *principio precautorio* (indicios razonables y suficientes del riesgo y de su entidad) tendrá que soportar una decisión desfavorable.

Precisamente, el TC señala que “si bien el presupuesto esencial para la aplicación del principio precautorio es precisamente la falta de certeza científica –aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo–, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (STC Exp. N° 3510-2003-AA, fd. 4.C y STC Exp. N° 4223-2006-PA, fd. 33). Sin embargo, si “los medios probatorios son en su mayoría contradictorios” a tal punto que “luego de una evaluación conjunta de los mismos no puede llegarse al convencimiento de la existencia de indicios razonables y suficientes que posibiliten la aplicación del principio precautorio” y que “justifiquen la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables, tendientes a la salvaguarda

de un ambiente saludable”, no cabe otorgar la tutela de amparo requerida, pues “*so pretexto* de evitar un eventual daño al medio ambiente, la aplicación de dicho principio en modo alguno puede justificar actos arbitrarios y carentes de toda razonabilidad” (STC Exp. N° 5387-2008-PA, fd. 15 y 17).

En otras palabras, *si el demandante no acredita la existencia de indicios razonables y suficientes sobre los “posibles” riesgos que teme, se desestimará su pretensión, es decir, asume el riesgo de la incertidumbre*. De acuerdo a ello, solo sería legítima la aplicación del *principio precautorio* si se sigue criterios de razonabilidad y/o proporcionalidad.

Asimismo, debe precisarse que el TC utiliza el término *indicio* en un sentido vulgar como “huella” o “signo” que mueve a creer algo al juez constitucional. En efecto, si se parte por afirmar que cuando se aplica el *principio precautorio* no se tiene certeza sobre los hechos acusados de lesivos o amenazantes, debemos descartar de plano que el TC haga referencia a los *indicios* en su sentido técnico, como integrante de una *presunción*, dado que en esos casos sí se llega a la certeza sobre los hechos controvertidos (supra 17§ y 18§). Sin embargo, como hemos advertido (supra 18§), si la estructura *indicio + razonamiento* no nos lleva a una conclusión *acceptable*, a una *presunción*, estaremos ante simples *juicios ligeros* o *conjeturas*, los mismos que aun cuando no acreditan del todo el hecho al menos nos dan indicaciones de que pudo ocurrir de cierto modo y no de otro.

Debe tenerse cuidado aquí de no caer en el error de aplicarse una pretendida *regla de experiencia* como si se tratara de la construcción de una *conjetura*. Como hemos visto, la primera es un conocimiento adquirido por vivencias anteriores que, por lo mismo, puede estar plagado de ciertos perjuicios; la segunda en cambio, es una construcción racional a partir de un hecho surgido de la controversia, a partir de la cual se puede derivar otro hecho.

Por lo tanto, si estamos ante una materia de difícil o imposible probanza (debido a la incertidumbre científica existente), para la aplicación del *principio precautorio* bastará con contar con simples *conjeturas* referidas a: (i) la probabilidad (alta o baja) de que realmente *exista* un riesgo contra el medioambiente o a la salud; y, (ii) el nivel de *gravedad* (alta

o baja) de ese posible riesgo (STC Exp. N° 4954-2007-AA, fd. 5). De acuerdo con ello, “pese a que no es imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta en cambio exigible que haya indicios razonables y suficientes [conjeturas] de su existencia para justificar la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (STC Exp. N° 6550-2006-PA, fd. 3).

Es en este punto que se necesitan hacer algunas precisiones. En un interesante trabajo sobre la materia, Sunstein (2009: 27) advierte que el *principio precautorio* en sus formas más estrictas es incoherente, dado que existen riesgos en todos los aspectos de la vida. De este modo, las medidas requeridas por el *principio de precaución* para controlar los riesgos, también pueden terminar oponiéndose a dicho principio porque cada una de ellas crea riesgos propios. Por lo tanto, la aplicación irreflexiva del *principio de precaución* puede ser paralizante, prohibiendo tanto la acción y la inacción como todos los estadios intermedios orientados a paliar el riesgo. Por ende, una aplicación razonable de tal principio debe partir por aceptar que no todo “posible” riesgo se puede evitar.

De ahí la necesidad de aceptar que (a) *demostrar que es probable que realmente existe un riesgo contra algún bien jurídico, por sí mismo no justifica la aplicación del principio precautorio*, pues, p. e., si la probabilidad de generarse daños es de 1 en 1'000,000, es poco conveniente paralizar actividades económicas invocando el *principio precautorio* para evitar ese riesgo menor. Al respecto, Sunstein (2009: 41) nos dice que invertir recursos para evitar peligros sumamente especulativos implica una distribución poco inteligente de recursos. “Si tomamos medidas costosas para abordar todos los riesgos, por más improbables que sean, pronto nos empobreceremos. En ese sentido, el principio de precaución conduciría a un resultado nada prometedor. Asimismo, eliminaría las tecnologías y las estrategias que facilitan la vida humana y la torna más cómoda, saludable y longeva”. Si manejar automóviles supone un riesgo contra la vida y, a su vez, afecta el medioambiente, ¿por qué no se aplica el principio precautorio y se restringe o prohíbe tal actividad? Los costos que significarían dejar de realizar esa actividad riesgosa superan con creces los daños que con su limitación se quisieran evitar. Por tanto, añade el autor citado, que una correcta aplicación del principio precautorio supone un análisis costo-beneficio de la medida limitadora que se pretenda instaurar.

Asimismo, se debe aceptar también que *(b) solo los riesgos que pueden generar daños inadmisibles justifican la aplicación del principio precautorio*; este criterio solo se aplicará si se ha superado de manera exitosa el supuesto (a). En efecto, no todos los riesgos deben ser pasibles de tutela a través de meras *conjeturas*, se requiere que estas den algunas luces sobre riesgos de significativa magnitud.

Veamos un caso. Unos vecinos formulan una demanda de amparo a fin de que cesen las actividades industriales de una empresa ubicada en una zona residencial. En autos se acreditó que la Planta de la citada empresa generaba emisiones blanquecinas que “originan situación de malestar en el entorno vecinal”, así como el uso de “sustancias nocivas, al igual que otras, en el proceso industrial” sin sobrepasar los límites permitidos. Si bien el TC reconoció tales hechos (que indudablemente inciden sobre un ambiente equilibrado y sano), consideró que no se trataba de hechos de significativa magnitud, desestimando el pedido de tutela (STC Exp. N° 3510-2003-A).

No obstante, la manera en que se venía entendiendo el *principio precautorio* ha sido modificada por el TC recientemente: “Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre estas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medioambiente” (STC Exp. N° 2005-2009-PA, fd. 49).

Vayamos por partes. Con respecto al punto (a) debemos precisar que para la aplicación del *principio precautorio* no se configura una amenaza en los términos propios del amparo (cierta e inminente), sino

que existe una posibilidad medianamente *aceptable* de que exista un *peligro significativo* contra un bien jurídico, una *conjetura* de que ello se ha configurado en el caso concreto. Los puntos (b) y (c) mantienen inalterable la noción que venía manejando el TC sobre el *principio precautorio*. Sin embargo, es nueva la idea de que la aplicación de dicho principio contiene una inversión de la *carga de la prueba*, de manera que la falta de certeza del juez sobre los hechos controvertidos perjudicaría al demandado. Tal situación nos parece sumamente arbitraria, dado que precisamente estamos ante casos donde existe incertidumbre científica, de modo que siempre que se formule una demanda de amparo en el sentido antes descrito, se condenará al demandado.

En todo caso, se podrá advertir que es indudable que en el caso del principio precautorio se rompe completamente con el paradigma probatorio del amparo (que exige *prueba evidente*), ello a fin de que se tomen decisiones a partir de meras *conjeturas*. Por ende, al no existir certeza sobre los hechos de la controversia, no puede afirmarse que en estos casos se emitan decisiones con autoridad de cosa juzgada, siendo perfectamente posible que se vuelva a abrir la causa siempre que se cuente con elementos probatorios distintos y adicionales a los que se tuvieron en cuenta en un inicio.

34§. Como se advirtió al inicio, el propósito de estas líneas no ha sido otro que tratar de tener los elementos suficientes para comprender de mejor manera cómo es que funcionan o, deben funcionar, algunas instituciones de la prueba en el amparo. De ningún modo la idea ha sido tratar de cuestionar sin más las decisiones del TC, ni mucho menos que estamos en la senda correcta. En Derecho muy pocas veces ocurre que alguien está completamente en lo correcto. La finalidad ha sido solo tratar de abrir nuevas alternativas a las mismas materias ya resueltas por el TC. Recuérdese que Orgaz (1961: 13) señalaba que el juez que vive el caso se inclina en las situaciones más graves a dar primacía a los requerimientos de la justicia, aun con cierto menoscabo, aparente o real, de la incolumidad de las construcciones teóricas. Muy probablemente esa sea la razón por la que el TC en algunas ocasiones no se apoye mucho a las instituciones procesales, flexibilizándolas a través de su tantas veces mentada, 'autonomía procesal'.

35§. Bibliografía

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A garantia do contraditório". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen V. Palestra Editores, Lima, 2002.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "Poderes del juez y visión cooperativa del proceso". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen VII. Palestra Editores, Lima, 2003.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeras linhas de direito procesual civil*. 14ª edición. Volumen II. Editora Saraiva, São Paulo, 1988.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. "O processo civil e sua recente reforma. Os princípios do direito processual civil e as novas exigências impostas pela reforma, no diz respeito à tutela satisfativa de urgência dos arts. 273 a 461". En: Teresa Arruda Alvim Wambier (organizadora), *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

BARBEIRO, Sergio José. "Cargas probatorias dinámicas: qué debe probar el que no puede probar". En: Jorge Peyrano (director), *Cargas probatórias*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.

BARBEIRO, Sergio José. "La conducta procesal de las partes como pauta atributiva de la carga probatoria". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "As presunções e a prova". En: *Temas de direito procesual civil*. 1ª Serie Editora Saraiva, São Paulo, 1998.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

BONNIER, Eduardo. *Tratado teórico práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal*. Volumen I. Editorial Reus, Madrid, 1929.

BRICHETTI, Giovanni. *La evidencia en el Derecho Procesal Penal*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

BULLARD, Alfredo. "Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil". En: *Themis*. N° 50, Lima, 2005.

CALAMANDREI, Piero. "La génesis lógica de la sentencia civil". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero. "El juez y el historiador". En: *Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

CALAMANDREI, Piero. *Derecho Procesal Civil III. Estudios sobre el proceso civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973.

CARNELLI, Lorenzo. "Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo". En: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Ediar Editores, Buenos Aires, 1946.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*. Volumen II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2ª edición. Traducción de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

CARRERAS, Jorge. "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones". En: *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXI, N°s. 3 y 4, mayo y agosto, Barcelona, 1962.

CHIOVENDA, Giuseppe y LIEBMAN, Enrico Tulio. "Estudo comparativo das provas". En: *Revista Forense*. Volumen LXXXV, Año XXXVII, Rio de Janeiro, 1940.

CIPRIANI, Franco. "El abogado y la verdad". En: *Poder Judicial*. Nº 72, Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Madrid, 2003.

CORNERO, Guillermina. "Valor probatorio de la conducta procesal". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1964.

DEVIS ECHEANDIA, Hernando. *Compendio de la prueba judicial*. Tomo I. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. 2ª edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003.

DIDIER, Fredie Jr.; SARNO, Paula y OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Volumen II. 5ª edición, Editora JusPodivm, Bahía, 2010.

DÖHRING, Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*. Traducción de Tomás Banzhaf. Librería "El Foro", Buenos Aires, 1996.

EISNER, Isidoro. *Planteos procesales. Ensayos y notas sobre el proceso civil*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1991.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El nuevo contencioso-administrativo: ¿principio del fin de nuestro amparo alternativo?". En: *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Ara Editores, Lima, 2003.

FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola. *Lógica de las pruebas en materia criminal*. Traducción de Simón Carrejo. Editorial Temis, Bogotá, 1973.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el Derecho*. 2ª edición. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

FURNO, Carlo. *Teoría de la prueba legal*. Traducción de Sergio González Collado. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

FUX, Luiz. "A tutela dos direitos evidentes". En: *Jurisprudencia do Superior Tribunal de Justiça*. Año 2, Nº 16, Brasilia, 2000.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho. Bases argumentativas de la prueba*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

GRACIMARTÍN MONTERO, Regina. *El objeto de la prueba en el Proceso Civil*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas. Ensayo de un método técnico*. 2ª edición. Editorial Temis, Bogotá, 2004.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4ª edición. Revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese. Editorial Civitas, Madrid, 1998.

KISCH, W. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Leonardo Prieto Castro. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

KIELMANOVICH, Jorge. "El valor probatorio de la conducta procesal de las partes". En: AAVV, *Debido proceso*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

LACERDA, Galeno. "O Código como sistema legal de adequação do processo". En: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul - Comemorativa do Cinquentenário 1926-1976, s/e*, Porto Alegre, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.

MATTIROLO, Luis. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. Tomo II. Traducción de Constancio Bernaldo De Quirós. Editorial Reus, Madrid, 1933.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Temis, Bogotá, 1989.

MICHELI, Gian Antonio. *Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1970.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboración en el proceso civil. Presupuestos sociales, lógicos y éticos*. Traducción de Juan Monroy Palacios, Editorial Communitas, Lima, 2009.

MONROY GÁLVEZ, Juan. "Proceso y Constitución en el nuevo amparo peruano". En: Roberto Omar Berizonce, Juan Carlos Hitters y Eduardo David Oteiza (coordinadores), *El papel de los Tribunales Superiores*. Segunda Parte. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia. *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. 5ª edición. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

MORELLO, Augusto Mario. *Un caso difícil (el arduo armado de la construcción presuncional)*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

MORELLO, Augusto Mario. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. "Indicios probatorios en los escritos de alegaciones". En: *Revista Jurídica de Cataluña*. Año LXVIII, N° 3, Barcelona, 1969.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de prueba en el proceso*. Editorial Temis, Bogotá, 1997.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Fundamentos de prueba judicial civil*, L.E.C. 1/2001. JM Bosch Editor, Barcelona, 2001.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís. *Introducción a la probática*. JM Bosch Editor, Barcelona, 2008.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Tomo IV. 3ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1997.

PARRA QUIJANO, Jairo. "Razonamiento judicial en materia probatoria". En: AAVV., *XXIX congreso colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre-Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2007.

PEYRANO, Jorge W. "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: *Derecho Procesal Civil, de acuerdo al C.P.C. peruano*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995.

PEYRANO, Jorge W. "Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1996-B, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1996.

PEYRANO, Jorge W. "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica". En: *Revista de Derecho Procesal*. Nº 3, Volumen II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997.

PEYRANO, Jorge W. "Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios". En: *Athina*. Nº 2, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2007.

PEYRANO, Marcos. "La valoración de la conducta procesal de las partes como derivación del principio de adquisición procesal. Su verdadera naturaleza jurídica". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

PEYRANO, Guillermo. "La valoración de la conducta procesal de las partes en el trámite de la acción de amparo (la correlación entre la urgencia invocada y la diligencia procesal)". En: Jorge Peyrano (director), *Valoración judicial de la conducta procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. "Enjuiciamiento Civil". Tomo I, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

RIVAS, Adolfo. "Perspectivas del amparo después de la reforma constitucional". En: *Revista de Derecho Procesal*. N° 4, Volumen I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2ª edición. Traducción de Ernesto Krotoschin. Editorial IB de F, Montevideo, 2002.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de Ángela Romera Vera. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1950.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Estudios de Derecho Probatorio*. Communitas, Lima, 2009.

SENTIS MELENDO, Santiago. *Estudios de Derecho Procesal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La Prueba. Los grandes temas de derecho probatorio*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2ª edición. Traducción de Andrés De la Oliva Santos. Editorial Temis, Bogotá, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*. Traducción de Verónica Inés Weinstabl y Servanda María de Hagen. Katz Editores, Madrid, 2009.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 2ª edición. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta, Madrid, 2005.

TARUFFO, Michele. "Sentido común, experiencia y ciencia en el razonamiento del juez". En: *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero. Editorial Temis, Bogotá, 2006.

TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre las reglas de experiencia". En: AAVV., *XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Universidad Libre-Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volumen I. 47ª edición. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "Proceso constitucional de amparo ¿vía alternativa, residual o complementaria de tutela?". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Volumen 13. Editorial Communitas, Lima, 2009.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "El sentido de la subsidiariedad del amparo. Notas sobre sus orígenes en el sistema argentino". En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 101. Editorial Normas Legales, Trujillo, 2009.

VELÁSQUEZ M., Raffo. "¿Actuación oficiosa de medios probatorios ante la duda del juez constitucional?". En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 27. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2010.

WACH, Sergio. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*. Traducción de Ernesto Krotoschin. Ara Editores, Lima, 2006.