

## MECANISMO DE TUTELA DE DERECHOS

# La carga probatoria dinámica



ROXANA  
MACRAE THAYS

**Abogada.** Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima. Juez Suprema (P) de la Primera Sala Constitucional Social Transitoria del Poder Judicial.

La Teoría de carga probatoria dinámica (TcPd) parte de una concepción publicista del proceso, en que el juez goza de amplias facultades como director del proceso, rompiendo la regla sobre la distribución de la carga de la prueba por la cual “quien afirma un hecho, debe probarlo”, permitiéndose de manera excepcional, en casos de prueba difícil, la aplicación del principio de facilidad probatoria, por el que la prueba recae en el sujeto que está en mejores condiciones para proporcionar el material probatorio, independientemente de quien afirmó el hecho.

El desplazamiento de la carga probatoria se sustenta en varios principios como el de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio del material de convicción; el de facilidad y disponibilidad probatoria a los que deberá recurrirse cuando la aplicación de las teorías clásicas traiga consecuencias manifiestamente disvaliosas. Es excepcional y debe tener presente las circunstancias del caso, como el que la parte que esté en mejor situación para producir la prueba, normalmente también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su beneficio.

Esta teoría, aplicada en diversas ramas del

## Apuntes y observaciones

Una de las principales críticas a la TcPd es que afecta el derecho de defensa en el juicio, pues si el juez cambia las reglas sobre la distribución de la carga probatoria al momento de resolver, sin previo conocimiento de las partes, perjudica el derecho de defensa de estas y, con ello, afecta uno de los contenidos esenciales del debido proceso. Pero esta objeción quedaría atenuada, si antes de emitir sentencia, el juzgador señala a las partes, los principios aplicables, por lo que constituiría un corolario de las reglas de la sana crítica

en materia de valoración de la prueba; preceptos que deben ameritar los jueces. Además, contribuye con el mismo sentido la norma que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes prevista en el artículo 282 del Código Procesal Civil (CPC). Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, se debe admitir la conveniencia de esta doctrina para responder a una concepción de un derecho dúctil y más dinámica del devenir del proceso, toda vez que constituye una herramienta que permite flexibilizar la carga

de la prueba, de manera excepcional, en los casos en los que aparezca evidente que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte deviene en muy difícil o excesivamente onerosa, dando a las partes las garantías de defensa que asegure debidamente su derecho de defensa y la seguridad jurídica, posibilitando su aplicación, en concordancia con las normas constitucionales que preservan el debido proceso, particularmente, el derecho de defensa.

Derecho, está recogida legislativamente en el artículo 33 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27584.

### Jurisprudencia

En materia tributaria, el Tribunal Constitucional (TC) en los procesos de inconstitucionalidad N° 0041-2004-AI/TC, N° 0053-2004-PI/TC iniciados por la Defensoría del Pueblo contra ordenanzas de las municipalidades de Santiago de Surco y de Miraflores, respectivamente, por las que se aprobaron los arbitrios municipales del ejercicio fiscal 2004, señaló que la evaluación de la confiscatoriedad cuantitativa tiene una mayor dificultad por cuanto debe determinarse

el costo global del servicio y la distribución entre todos los contribuyentes, en función de la intensidad del uso del servicio. Por ello, es más coherente que, en caso de conflicto, la carga de la prueba respecto a la efectiva prestación del servicio le corresponda a la administración municipal [1].

En materia previsional se ha desarrollado con mayor amplitud señalándose en el precedente vinculante Manuel Anicama (STC1417-2005-AA) que es la administración o, en su caso, la entidad en la que prestó servicios el extrabajador, la que está en mayor capacidad de proveer al juez de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción, es obligación

del juez recabar de oficio los medios probatorios que juzgue pertinentes [2]. En similar sentido se ha pronunciado el TC en la STC N° 1176-2004-AA/TC, al señalar que en el caso de la falta de información para una afiliación al SPP, es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciéndola recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Desvirtuando la validez de la ‘prueba diabólica’ respecto a que el afiliado no fue informado de forma conveniente (de índole negativo), sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo [3].

En el ámbito de protección al consumidor, Indecopi aplicó la TcPd en la Resolución N° 102-97-TDC, exactamente en el punto III.2. – caso Liliana Carbonel Cavero contra Finantour S.R.L. Asimismo, cuando aún era competente para conocer casos de servicios médicos, hizo referencia a esta teoría, en la Resolución N° 1343-2010/SC2-INDECOPI, fundamento 37, en la que se pronuncia respecto a la oportunidad de su aplicación.

La Corte Suprema de Justicia también ha aplicado la TcPd en el desarrollo de sus sentencias. Tal es el caso de la sentencia correspondiente a la Casación N° 1385-2004-Lima, que versa sobre nulidad de acto jurídico por simulación absoluta, en la que señala que “en los casos de simulación debe de aplicarse la carga probatoria dinámica conforme a la causa 4217-98(...)”. Al respecto, se debe destacar el carácter imperativo del citado pronunciamiento, toda vez que se establece como obligación el uso de este tipo de carga probatoria, para determinados supuestos. Así como en la sentencia recaída en la Casación N° 5247-2008-Cajamarca, que trata sobre la presunción de deuda conyugal, se establece que al señalar la parte demandada que no existe prueba que el préstamo adquirido por su cónyuge hubiera ingresado o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal, correspondía a dicha parte probarlo, en virtud de la TcPd, pudiendo, por lo menos, acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar lo que afirma, y no trasladar la carga probatoria al juzgador. Finalmente, en la sentencia correspondiente a la Casación N° 4445-2011-Arequipa, que trata sobre una impugnación de acuerdo asociativo, se señala que “la persona jurídica demandada se encuentra en mejores condiciones para acreditar que la formalidad de la convocatoria a asamblea general estuvo conforme al estatuto”; es decir, que en virtud de la TcPd es la asociación la que debe probar que la convocatoria se realizó correctamente.

En supuestos de violación de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado esta teoría en el párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros; en el párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte; y en el párrafo 63 de la sentencia del caso Castillo Petrucci. ▀

[1] Fundamento 61.

[2] Fundamento 58.

[3] Numeral “c” del Fundamento 50.