

## APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Pedro Donaires Sánchez (\*)

---

Fecha de publicación: 01/01/2014

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Cargas del proceso. Carga de la prueba. III.- Las cargas probatorias dinámicas. IV.- La presencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la legislación comparada. V.- Conclusiones.

### I. INTRODUCCIÓN

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, puesta en relieve en nuestro continente por el maestro PEYRANO, en coautoría con CHIAPPINI, a partir del año 1984<sup>1</sup>, actualmente viene ganando reconocimiento en la legislación procesal comparada, luego de haber experimentado un robustecimiento en el plano jurisprudencial igualmente comparado. Así, es grato tener a la vista la sentencia emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de nuestro país (*ver anexo*), resolución que acogiendo la indicada doctrina, seguramente, forma parte de esa experiencia de fortalecimiento que, en un futuro no muy lejano, también permitirá innovar nuestra legislación acorde con la tendencia internacional. Dicho sea, de paso, que, son

---

(\*) Abogado. Profesor universitario. Fue magistrado del Poder Judicial del Estado Peruano entre los años 2003 a 2012. Con estudios de maestría en Derecho Procesal; y, doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. E-mail: [donaires@gmail.com](mailto:donaires@gmail.com)

<sup>1</sup> Año en el cual Jorge W. PEYRANO, y Julio A. CHIAPPINI, publicaron, en Argentina, su aporte doctrinal “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas” en *El Derecho*, tomo 107, pág. 1005.

varias las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales del país, en el mismo sentido.<sup>2</sup>

A continuación, las particularidades de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas a la actualidad.

## II. CARGAS DEL PROCESO. CARGA DE LA PRUEBA

Iniciado el proceso civil en virtud de impulso original nacido en el interés en el conflicto (que dio lugar al interés en el proceso), surgen para las partes, correlativamente, los deberes y obligaciones, como imperativos jurídicos al lado de las cargas del proceso.

Nos recuerda el profesor QUIROGA<sup>3</sup>, que, por las cargas del proceso, las partes se encuentran en una situación de necesidad de llevar adelante determinado acto procesal para evitar la realización de un perjuicio procesal en caso de incumplimiento. Citando a MICHELI<sup>4</sup>, nos dice que la carga representa la consecuencia dañosa, a cargo del sujeto, en dependencia de un comportamiento que el sujeto es libre de seguir o no; pues la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar. Si no se satisface la carga, la parte interesada incurre en desventaja en favor de su oponente.

Por su lado, DEVIS ECHANDIA<sup>5</sup>, define la carga señalando:

“En consecuencia, podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”.

La carga de la prueba forma parte de las cargas del proceso.

Resalta BOTTO OAKLEY<sup>6</sup>, que, el desarrollo doctrinal del concepto de carga de la prueba, se debe principalmente a los trabajos de

---

<sup>2</sup> Véase en LINARES AVILEZ, Daniel. “Reflexiones sobre la prueba dinámica”. Artículo publicado en la Portada de Linares abogados. Disponible en: [http://www.linaresabogados.com.pe/LinaresAbogados\\_Reflexionesobrepruebadinamica.pdf](http://www.linaresabogados.com.pe/LinaresAbogados_Reflexionesobrepruebadinamica.pdf) [Fecha de consulta: 15-NOV-2013]

<sup>3</sup> QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Estudios de Derecho Procesal*. IDEMSA. ISBN: 978-603-45039-9-1. Lima, 2008, pp. 103.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Citado por BOTTO OAKLEY, Hugo. *La congruencia procesal*. M.E.L. Editor. ISBN 987-1261-19-5. Córdoba, Argentina, 2006, pp. 207-208.

GOLDSCHMIDT, ROSEMBERG y CARNELUTTI, quienes sentaron las bases fundamentales de la llamada doctrina de la carga en general y de la carga de la prueba en particular.

Definiendo, a la carga de la prueba, DEVIS ECHANDIA<sup>7</sup> sintetiza: “... es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”.

### III. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

Históricamente la institución de la carga de la prueba ha sido sostenida por el principio, según el cual, al actor le corresponde probar los hechos constitutivos que afirma y al demandado los hechos impeditivos, extintivos y/o modificativos que opone.

Sin embargo, tal como hemos señalado en la introducción, existe una tendencia de innovación caracterizada por una flexibilización de esas reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba, bajo la influencia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En palabras de AVENDAÑO<sup>8</sup>, por las cargas probatorias dinámicas, se trata de trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Es decir, se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o de hecho para producirla. Todo ello en pos de la búsqueda de la verdad.

Para dicho autor<sup>9</sup>, el origen de esta teoría data del año 1823 (afirmación discrepante respecto de los autores que sostienen que esta teoría tiene su origen en la República Argentina); y, habría sido expuesta por el destacado jurista y pensador inglés Jeremías BENTHAM (conocido

---

<sup>6</sup> *Idem*, pp. 210-211.

<sup>7</sup> Citado por BOTTO OAKLEY en la obra ya referida y en las mismas páginas.

<sup>8</sup> AVENDAÑO LEYTON, Ignacio. “Cargas Probatorias Dinámicas en el Proyecto del Código Procesal Civil”. Ensayo publicado en el portal LexWeb – La ley en internet, de Chile, con fecha 13/08/2012. Disponible en: <http://www.lexweb.cl/cargas-probatorias-dinamicas-en-el-proyecto-del-cpc> [Fecha de consulta: 21-NOV-2013]

<sup>9</sup> En la misma obra citada.

como el padre del utilitarismo). Este autor habría denunciado el abuso que tiene lugar por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y habría propuesto que la carga pesara sobre quien esté en mejores condiciones de probar. Para fundamentar su aseveración reproduce esta cita textual de BENTHAM:

Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma, tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de ello, AVENDAÑO, reconoce que en nuestro continente, la idea de la carga dinámica de la prueba surgió como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica por mala praxis en Argentina<sup>11</sup>; y, gracias a las construcciones teóricas formuladas por PEYRANO<sup>12</sup>, lo cual me parece correcto, en parte. Digo correcto en parte, respecto del extremo de reconocer el aporte argentino; en cambio, no es correcto en el extremo de la evolución cronológica que coloca primero a la citada ejecutoria del año 1997 y luego a la publicación de PEYRANO del año 2004; pues, la primera obra de este autor, que hizo público la tesis innovadora que nos ocupa, es del año 1984, tal como señaláramos en la introducción.

Para el reconocido maestro argentino “más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla”.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Valetta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 289.

<sup>11</sup> Caso “Pinheiro, Ana María y otro con Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, Argentina, 10 diciembre de 1997.

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge W. *Cargas probatorias dinámicas*. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.

<sup>13</sup> *Idem*, pp. 60.

Asimismo, sostiene que: “Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad”<sup>14</sup>.

Otros autores citados por AVENDAÑO<sup>15</sup>, hacen una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba. Así, tenemos a BERMÚDEZ<sup>16</sup>, que sostiene que “es una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo”.

Por su lado TAMAYO<sup>17</sup>, afirma que: “No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto”.

Mención especial, merece el pensamiento del maestro Augusto Mario MORELLO<sup>18</sup>:

(...) la dimensión social en que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el derecho, con referencia al proceso judicial (o arbitral) coloca en un nivel protagónico no sólo a la voluntad y al interés

---

<sup>14</sup> *Idem*, pp. 60.

<sup>15</sup> En su trabajo ya referido.

<sup>16</sup> BERMÚDEZ, Martín. “El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad”, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11, Colombia, 1997, Pág. 16.

<sup>17</sup> TAMAYO, Javier. *Responsabilidad civil médica en los servicios de salud*. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 1993, Pág. 91.

<sup>18</sup> Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *La prueba en el proceso civil peruano*. Editora Normas Legales S. A. Trujillo – Perú, 1997, pp. 25.

de las partes (que desde el ángulo de mira de la prueba ‘deben’ aportar la que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de la omisión o indebida atención de este imperativo), pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas, o sin arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor (o bien el demandado) en el caso concreto en juzgamiento, pese a hallarse en las mejores condiciones de traducir su cooperación al resultado trascendente del servicio sólo se escudó en la quiebra de la misma.

En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el sólo manejo de la ‘regla’ conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos.

Ante este cuadro el Juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas.

GOZAINI<sup>19</sup>, comentando estos párrafos, destaca que la idea del maestro platense ilustra al moderno derecho procesal en el sentido de la eficacia que de él se espera. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional.

Agrega que existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal.

Y, cuestionando lo tradicional, afirma que es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*.

En el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, celebrado en Termas de Río Hondo en mayo de 1993, se emitió el siguiente pronunciamiento que acoge la doctrina de las cargas probatorias dinámicas:

1. Se reconoce susceptibilidad de consecuencias prácticas a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.
2. Constituye doctrina ya recibida la de estas cargas, las cuales se apartan excepcionalmente de las normas legales de distribución de la carga de la prueba, a lo que se pueda recurrir sólo cuando la aplicación de aquella arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.

---

<sup>19</sup> *Idem*.

3. Se crean nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, como la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva, debiendo ser especialmente cuidadoso respecto de la prueba aportada, ya que normalmente quien la aporta también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.
4. Se recomienda la regulación legal de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas considerándose inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas o demasiado casuísticas que impidan el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso.
5. Se reconoce que en principio, la invocación judicial oficiosa de estas cargas, al momento de sentenciar, entraña algún riesgo para la garantía del debido proceso, permitiéndose así concordancia con la normatividad legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes.
6. En la audiencia preliminar que se pregona, el juez debe advertir a las partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar, insistiéndose en la necesidad de formalizar en cualquier supuesto, una prudente y meditada pronunciación de esta doctrina<sup>20</sup>.

Volviendo a PEYRANO, en cuanto al porqué de la denominación de ‘dinámicas’, encontramos que su inspiración se remonta a James GOLDSCHMIDT<sup>21</sup>. Sostiene que este jurista, autor de la conocida teoría de la situación jurídica procesal, ha acuñado varios conceptos básicos que ahora forman parte del lenguaje jurídico; y, señala que, entre esos varios conceptos, el que mayor fortuna ha tenido es el de “carga procesal”, constitutivo, por otra parte, del eje central del sistema propugnado por él. Y para corroborar esta afirmación, lo cita textualmente:

Los vínculos jurídicos que nacen de aquí (alude al “proceso”) entre las partes no son propiamente relaciones jurídicas (consideración estática del derecho); esto es, no son facultades ni deberes en el sentido de poderes sobre imperativos o mandatos, sino situaciones jurídicas (consideración dinámica del derecho), es decir, situaciones de expectativa, esperanzas de la conducta judicial que ha de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro; en una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquéllas son derechos en sentido procesal –el mismo derecho a la tutela

---

<sup>20</sup> Citado por BOTTO OAKLEY en su obra ya referida.

<sup>21</sup> PEYRANO, Jorge W. “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”. Artículo publicado en el portal web del Poder Judicial de Santiago del Estero – Argentina. Disponible en: <http://www.jussantiago.gov.ar/jussantiago/EscuelaUnica/2009/peyrano/cargas%20probatorias%20dinamicas%202.doc>  
[Fecha de consulta: 15-NOV-2013].

jurídica (acción procesal no es, desde este punto de vista, más que una expectativa jurídicamente fundada) y las últimas, las cargas “imperativos del propio interés”, ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones.

Sentado lo anterior, urge apuntar ahora que dentro del vasto repertorio de cargas procesales le incumbe un papel de especial relevancia a la carga probatoria; carga probatoria que determina, recordamos, las llamadas “reglas de la prueba”, es decir, las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia. Claro está que resulta menester señalar que estas reglas de la carga de la prueba (que se enderezan a determinar quién debió probar y sin embargo, no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo.

PEYRANO<sup>22</sup> comenta que durante un largo lapso y aun luego de haber sido plenamente incorporado al lenguaje procesal el concepto de “carga probatoria”, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así, a su entender, el espíritu de su primer mentor, quien siempre concibió a su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales.

En ese contexto, adoptando una visión excesivamente estática de la cuestión, los doctrinarios “fijaron” (literalmente) las reglas de la carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos, además, para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución.

En efecto, más adelante, surgirían situaciones en la cuales, dentro del proceso, dichas reglas tradicionales de la carga de la prueba serían insuficientes para resolver conflictos que sólo con el mero sentido común serían solubles.

#### **IV. LA PRESENCIA DE LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

Al respecto, existe un interesante trabajo de investigación desarrollado por VARGAS<sup>23</sup>, quien, haciendo una amplia revisión de la legislación

---

<sup>22</sup> *Idem.*

<sup>23</sup> VARGAS, Abraham Luis. “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”. Trabajo de investigación publicado en el Portal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba – Argentina (de la cual el autor es miembro del Instituto en la Región Centro). Disponible en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/cargas-probatorias-dinamicas> [Fecha de consulta: 15-NOV-2013]



comparada sobre el tema, encuentra que en nuestro país (Perú), esta doctrina está presente, de alguna manera, en el siguiente artículo del Código Procesal Civil:

**Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes.-** El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

Nótese que este artículo está previsto en el Título destinado a los Medios Probatorios y en el Capítulo correspondiente a los Sucedáneos de los medios probatorios. Como tal, esto es, como sucedáneo, es de aplicación cuando hay ausencia de prueba.

En un artículo anterior<sup>24</sup>, sosteníamos que los sucedáneos son manifestaciones procesales previstas por la ley o asumidas por el juzgador para suplir a los medios probatorios, cuando hay ausencia de éstos o resulten insuficientes; que, el derecho ha instituido los sucedáneos de los medios probatorios para evitar que el juzgador deje de resolver los conflictos por la insuficiencia o imposibilidad de los medios probatorios (principio pro operario). Esto significa que no debe limitarse la actividad probatoria a la labor de verificación de lo aportado por las partes, sino que el juez también puede encontrarse inmerso en esa actividad.

En el Proyecto de Ley del Nuevo Código Procesal Civil del Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile, presentado por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, a la Cámara de Diputados con fecha 12 de marzo de 2012, encontramos el siguiente artículo que recoge la doctrina elaborada a aquella fecha:

**Art. 294.- Carga de la prueba.** Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el

---

<sup>24</sup> DONAIRES SÁNCHEZ, Pedro. “Sucedáneos de los medios probatorios” en el NÚMERO 11 - AÑO 2007 de la revista jurídica electrónica Derecho y Cambio Social, Lima – Perú. Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%20probatorios.htm>  
[Fecha de consulta: 15-DIC-2013]

litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder.

En Colombia, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, luego de una controvertida experiencia jurisprudencial<sup>25</sup>, finalmente, ha tenido una consagración legal expresa, tal y como aparece en el novísimo Código General del Proceso<sup>26</sup>:

**Artículo 167.- Carga de la prueba.**

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

En la respectiva exposición de motivos se ha consignado el siguiente razonamiento interesante:

---

<sup>25</sup> Véase PÉREZ RESTREPO, Juliana. “La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad” Artículo que deriva del trabajo de investigación realizado por RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo; VELÁSQUEZ HERRERA, Rosmery; GARCÍA ARCILA, Oscar Alberto; RUIZ GUTIÉRREZ, Adriana María; y, PÉREZ GÓMEZ, Víctor Alonso: “La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica”. Publicado, en diciembre de 2011, en el Portal: Aprende en Línea de la Universidad de Antioquía, Medellín – Colombia. Disponible en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/viewFile/11386/10399> [Fecha de consulta: 15/NOV/2013]

<sup>26</sup> Aprobada por Ley 1564 de 2012, publicada en el Diario Oficial 48489 de julio 12 de 2012, algunos de cuyos artículos ya están vigentes y los demás entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual.

El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho.

Esta innovación legislativa es, sin duda, una manifestación indiscutible de la consolidación de la doctrina que nos ocupa; al mismo tiempo, invita a la emulación en la legislación procesal nacional nuestra.

La experiencia jurisprudencial en nuestro país, ya se ha dado, como en el caso de la ejecutoria que sirvió de punto de partida al presente artículo. En ella misma se hace mención a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1776-2004-AA/TC<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Resolución que en el inciso c del numeral 50, expone textualmente:

**“La utilización de la prueba dinámica**

Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

(...)

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.° 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.° 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC). Asimismo, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI).”

También merece mención, la Resolución N° 1934-2009/SC2-INDECOPI, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual<sup>28</sup>, la misma que resolviendo un caso administrativo aplica la flexibilización de la carga probatoria.

Para terminar, considero acertada la postura de la profesora LEDESMA<sup>29</sup>, respecto de las cargas probatorias dinámicas en nuestro medio. Comentando el artículo del Código Procesal Civil, referido a la carga de la prueba, le dedica al tema, los párrafos que siguen:

Por tanto, como constituye un apartamiento excepcional de las normas legales que establecen la distribución de la carga de la prueba, sólo funciona cuando la aplicación rígida o mecánica de la ley conduce a resultados inocuos o nada valiosos. (...)

En conclusión, como ya se ha sostenido, tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba pesaba sobre la parte que afirmaba la existencia de algún hecho controvertido. El otro litigante dejaba satisfecha su posición con la sola negativa expresa. Con el correr del tiempo los hombres de derecho se dieron cuenta que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance la facilidad de la prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra poder aportar elementos de convicción. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas abandonó la óptica tradicional y distribuye las obligaciones probatorias poniéndolas, tal como se ha señalado, en cabeza de la parte que se encuentre en mejores

---

<sup>28</sup> Decisión emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 2, en el expediente 1541-2008/CPC:

“(…)

10. Dentro de estos alcances, el consumidor tiene la carga de probar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio y, una vez acreditado, dicha carga probatoria se invierte sobre el proveedor, quien debe demostrar que no es responsable por el referido defecto.

11. Sin embargo, se verifican situaciones excepcionales en las que no es posible para el consumidor acreditar la existencia del defecto alegado en el bien o servicio contratado, atendiendo a circunstancias particulares que pueden presentarse durante la ejecución del acto de consumo y que deben ser apreciadas por la autoridad administrativa caso por caso. En tales supuestos, es un imperativo flexibilizar la regla de la carga de la prueba, a fin de asegurar el cumplimiento del deber especial de protección de los derechos de los consumidores y usuarios conforme a lo estipulado en la Constitución Política del Perú, de modo que dicha carga recaiga en aquél sujeto de la relación de consumo que se encuentra en mejor posición o condición para satisfacerla.

12. El tratamiento de la carga de la prueba bajo ese criterio ha sido desarrollado a través de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o *favor probationis*, mediante la cual se flexibiliza la carga de la prueba, trasladándola a quien posee mayores posibilidades de producirla. La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene como base los principios procesales de solidaridad y colaboración en materia probatoria. El principio de solidaridad establece que la carga de la prueba debe recaer sobre quien está en mejores condiciones de suministrarla; y, el principio de colaboración dispone que corresponde a ambas partes del conflicto producir las pruebas que estén en su poder o deban estarlo.”

<sup>29</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera edición. ISBN 978-603-4002-73-9. Lima, 2008, pp. 713 y 714.

condiciones para producirla. Se funda, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo a la verdad real.

Estos hechos, demuestran que, en nuestro medio nacional, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ya tiene un recorrido exitoso en el camino de la jurisprudencia, de la doctrina e incluso de la legislación procesal civil (como sucedáneo); entonces, poco falta para que sea plasmada expresamente, y en su cabal dimensión, al interior del Código Procesal Civil.

## V. CONCLUSIONES

1. Es indudable que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, puesta en relieve en nuestro continente por el maestro PEYRANO, en coautoría con CHIAPPINI, a partir del año 1984, actualmente viene ganando reconocimiento en la legislación procesal comparada, luego de una experiencia exitosa en la jurisprudencia igualmente comparada. Una muestra de ello, es lo que viene sucediendo en Colombia y Chile, donde la legislación procesal ha acogido esta innovación.
2. En la ejecutoria motivo del presente trabajo, ha sido objeto de aplicación la doctrina de las cargas probatorias dinámicas a un caso de impugnación de acuerdos de asamblea de una asociación, cuando se determinó que la demandada debió acreditar que cumplió con hacer la convocatoria debidamente, pese a que, en atención al concepto tradicional de la carga de la prueba, correspondía a la parte actora acreditar la convocatoria defectuosa.
3. La carga es un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.
4. En las cargas probatorias dinámicas, se trata de trasladar la verificación de los hechos en razón de la situación favorable en la cual se halla la parte para acreditar la realidad de los mismos, por cuanto dispone de los medios y argumentos que resultan aptos para demostrarlos. Es decir, se trata de hacer recaer la carga de la prueba sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones

profesionales, técnicas o de hecho para producirla. Todo ello en pos de la búsqueda de la verdad.

5. El concepto de “carga probatoria”, implica dinamismo; sin embargo, tradicionalmente, se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, en contradicción a la teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales.
6. En el caso peruano, la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas en la jurisprudencia es notoria y plausible; sin perjuicio de ello, también es posible aplicar esta doctrina, invocando el artículo 282 del Código Procesal Civil, relativo a la presunción y conducta procesal de las partes.

## **ANEXO:**

### **CAS. N° 4445-2011 AREQUIPA**

*En un proceso de impugnación de acuerdos de asamblea de una asociación, ante la sola afirmación de la parte actora en el sentido que la convocatoria no fue hecha conforme al estatuto, corresponde a la parte demandada acreditar lo contrario; pues, ésta, se encuentra en mejores condiciones para acreditar este extremo, debido a que tuvo la responsabilidad de hacer la citación correspondiente; esto, en aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.*

**CAS. N° 4445-2011 AREQUIPA.** Lima, veinticinco de octubre del dos mil doce.- **LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** con los acompañados; vista la causa número cuatro mil cuatrocientos cuarenta y cinco - dos mil once, en audiencia pública de la presente fecha y producida la votación conforme a ley, se expide la siguiente sentencia.  
**I. MATERIA DE RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata contra la sentencia de vista obrante a fojas seiscientos trece, su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas el veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio

de dos mil siete e ineficaces los documentos que lo contienen, en los seguidos por María Jesús Apaza Tiznado y otros, sobre impugnación de acuerdo. **II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, se declaró procedente el recurso de casación propuesto, según fluye del cuadernillo formado por esta Sala Suprema, por la infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se deja a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurren a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos porque empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma. Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues esta norma habla tanto de la prueba ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho. **III. CONSIDERANDO:** **Primero.-** Que, la causal invocada por el recurrente se sustenta en dos argumentos invocados en sede casatoria, relativos a la inaplicación de

las normas procesales; el primero, referido a la inaplicación del artículo 196 del Código Procesal Civil y el segundo, a la inaplicación del artículo 200 del citado Código. Antes de absolver las denuncias efectuadas por el recurrente conviene hacer un breve recuento de lo acontecido en el proceso: i) Es de advertir que a fojas sesenta y cinco, María Jesusa Apaza Tiznado y otros Interponen demanda contra don Juan Sánchez Huamán y doña Hilaria Qquecho Cusi sobre impugnación de acuerdos y de las actas de asambleas generales extraordinarias de la Asociación de Comerciantes “El Baratillo los Cuatro Suyos” de fechas veintisiete de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado por adolecer de nulidad insalvable, a efecto de que se declaren nulos los acuerdos adoptados, en dichas asambleas, así como nulas las actas que lo contienen y consecuentemente se deje sin efecto, ni valor alguno la designación de miembros del jurado electoral y el nombramiento del nuevo Consejo Directivo demandado; ii) la Asociación de Comerciantes “El Baratillo los Cuatro Suyos” representada por don Félix Churata Churata en su contestación de demanda, alegando que la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva) una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata, procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; iii) En la Audiencia respectiva, cuya acta obra a fojas cuatrocientos ochenta y ocho, se fijó como punto controvertido establecer si los demandados están en la obligación de transferirle al accionante sus derechos de socios de la Cooperativa de Servicios Especiales Mercado Central Limitada, en virtud del contrato de Compra Venta del stand que celebró con el codemandado en su condición de vendedor de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y nueve; iv) el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161-2010-9JEC, su fecha



veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore esta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además de las actas se aprecia que el orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora; v) La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal Civil), señaló lo siguiente: "para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación"; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. **Segundo.-** Que, el derecho a la prueba es un derecho constitucional implícito que se encuentra albergado en el derecho al debido proceso contenido en el artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución. Derecho complejo que engloba a su vez, cinco derechos específicos: a) a ofrecer los medios probatorios que la parte procesal considera necesarios para probar los hechos alegados. Ofrecimiento que debe efectuarse en conformidad con el marco legal que para tales efectos establecen las normas pertinentes; b) a que se admita la prueba ofrecida que respete los límites inherentes a la actividad probatoria y a los debidos requisitos que para ello prevé el ordenamiento procesal civil. Este derecho exige que el Juez admita las pruebas pertinentes,

conducentes e idóneas, útiles, lícitas y ofrecidas en forma oportuna. En caso de duda en cuanto a su admisión debe ser admitida. Todo rechazo a la prueba ofrecida debe hacerse mediante resolución debidamente motivada adecuada y razonablemente; c) a que se actúe el medio probatorio ofrecido y admitido, pues no puede considerarse como admitido un medio probatorio no actuado, vulnerándose el derecho a la prueba. La actuación de la prueba no se encuentra sujeta a discrecionalidad del Juez; d) a que se someta al contradictorio, esto es, una vez admitida la prueba debe ponerse en conocimiento de la contraparte y pueda formular sus apreciaciones o cuestionamientos o desvirtuada con otros medios de prueba, ajustando su actividad procesal a lo establecido en las normas procesales correspondientes. No puede permanecer oculta, en caso contrario sería vulnerar ese derecho a la prueba; e) a que el medio probatorio admitido, sometido al contradictorio y actuado sea valorado adecuadamente y con la motivación debida por el órgano jurisdiccional. La vulneración del derecho a la valoración de la prueba aportada, generalmente, se manifiesta por la falta de apreciación del material probatorio o por la valoración arbitrada, puesto que deben valorarse no en forma exclusiva o aislada, sino en forma integral o conjunta y razonada, empero en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión. **Tercero.-** Que, en líneas generales puede definirse el sistema procesal dispositivo como aquél en virtud del cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán fundamento de las sentencias. Este principio dispositivo está consagrado por el artículo 196 del Código Procesal Civil, siendo que la carga de probar sus dichos y afirmaciones recae en las propias partes. Esto significa que el demandante y el demandado son los primeros llamados a ofrecer y proporcionar los medios probatorios que respaldan y demuestran la veracidad de lo que dicen en la demanda y contestación de demanda, respectivamente. La regla general de la carga de la prueba contenida en nuestro Código Procesal Civil responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, y en una gran parte de países. **Cuarto.-** Que, no obstante lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AA/TC, respecto a la utilización de la

prueba dinámica señalando que: "es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva". Es así que en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba. **Quinto.-** Que, debe ponderar la situación que cuando quien tiene la carga de probar se enfrenta a la prueba diabólica, mientras que quien está en la contraparte tiene fácil acceso a los medios probatorios, pero que al verse beneficiado por no estar gravado con la carga de la prueba y en consecuencia no tener incentivos para aportar las mismas, toma ventaja de esta situación para ganar posiciones dentro del proceso o probablemente obtener un resultado final favorable ante la imposibilidad de quien alega los hechos de comprobar sus afirmaciones. **Sexto.-** Que, el proceso, tal como lo establece el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil tiene por finalidad resolver conflictos de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, para ese fin el Juzgador tendrá que hacer una labor de reconstrucción de los hechos a través de las pruebas que se aporten para poder determinar la pretensión de cuál de las partes amparar, por su lado las partes en conflicto previsiblemente actuarán en forma egoísta y conforme sus intereses, elaborando estrategias legales que supeditarán como van a proceder para persuadir al Juez que les dé la razón. Al respecto es importante tener presente que, si bien los procesos en teoría fueron creados para darle finalmente la razón a quien la tiene, en la práctica esto no ocurre necesariamente de esa manera pues son muchos los factores que intervienen dentro de los mismos y en consecuencia condicionan su resultado, es determinante la habilidad con que las partes estructuran sus posiciones pues al igual que en los juegos, en los procesos, para ganar no basta con conocer las reglas sino que además se debe tener pericia para jugar, gana quien persuade al Juez que le dé la razón, y este último al no haber sido partícipe del conflicto ni conocer los antecedentes del caso, va a fundamentar sus decisiones en aquellos argumentos que le causen convicción y los hechos que sean probados por las partes; sobre el particular, el Maestro Piero Calamandrei nos dice: "La sentencia no es, por consiguiente, el producto automático de la aplicación de las leyes a los hechos, sino la resultante de tres fuerzas en juego, dos de las cuales, al tratar cada una de arrastrar en su propia

dirección a la tercera, despliegan entre si una competición reñida, que no es solo de buenas razones, sino también de habilidad técnica para hacerlas valer. Afortunada coincidencia es la que se verifica cuando entre los dos litigantes el más justo sea también el más hábil: pero cuando en ciertos casos (y quiero creer en raros casos) esa coincidencia no se dé, puede ocurrir que el proceso de instrumento de justicia, creado para dar razón al más justo, pase a ser un instrumento de habilidad técnica, creado para dar la victoria al más astuto". **Sétimo.**- Que, siguiendo esta idea es natural que las partes actúen estratégicamente dentro del proceso para disimular sus falencias y acrecentar sus fortalezas a fin de convencer al Juzgador sobre sus pretensiones. Una de las piezas claves con las que juegan este ajedrez es la prueba, el litigante sagaz dentro de su estrategia tendrá presente además de sus fortalezas y debilidades las de su contraparte, y dentro del esquema que plantee tratará de debilitar las fortalezas del contrario y explotar sus falencias, siendo muy importante dentro de este esquema la evaluación de los medios probatorios que serán ofrecidos y establecer a quien corresponde la carga de la prueba, a fin de propiciar escenarios favorables a sus intereses. En tal sentido, es importante que nuestro ordenamiento a fin de procurar un fallo justo proporcione al Juzgador las herramientas necesarias para evitar que los obstáculos o barreras que puedan poner las partes le impidan acercarse a la realidad de los hechos, siendo que además de las alternativas que da el Código Procesal Civil al Juez en materia probatoria, sería importante incorporar como una norma los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que flexibilizan el criterio de distribución de la carga probatoria. **Octavo.**- Que, al respecto, Alvaro Luna Yerga nos explica lo siguiente: "La disponibilidad probatoria consistirá en que una de las partes posee en exclusiva un medio probatorio idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él. Por su parte, el Principio de Facilidad, de alcance más amplio que el anterior, exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra ésta resulta más fácil o cómoda. Con la aplicación de estos principios, el Juzgador si bien inicialmente deberá tomar en consideración la regla que establece que quien afirma los hechos debe probarlos, al momento de sentenciar podría invertir la carga probatoria si la parte que tiene facilidad o disponibilidad de los medios o fuentes de prueba no colabora con el proceso u obstaculiza el acceso a los mismos". **Noveno.**- Que, en el presente caso el *A quem*, en aras de llegar a la

verdad jurídica aplicó la prueba dinámica, atendiendo a que **es la demandada quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo**, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. No obstante ello, la parte demandada tampoco cumplió con adjuntar el “comunicado” que la demandante le imputa haber colocado en la "pizarra de la Asociación", ello también a fin de desvirtuar la afirmación sostenida por la parte demandante respecto a que dicha comunicación citaba para las tres de la tarde, en primera citación y para las tres y treinta de la tarde en segunda citación, pero sin indicarse los puntos a tratar. Tampoco cumplió con exhibir el Libro de Actas número dos de la Asociación, ello a fin también de desvirtuar la afirmación de que en el folio ciento treinta y cinco del libro, existiría otra acta realizada en la misma fecha. Que, el hecho que los acuerdos impugnados hayan sido inscritos en Registro Públicos (*sic*). **Décimo.-** Que, atendiendo a que en el proceso existen "cargas", es decir, situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de "imperativos del propio interés". Las cargas procesales se hallan en una estrecha relación con las “posibilidades” procesales, puesto que toda "posibilidad" impone a las partes la carga de ser diligente para evitar su pérdida. El que puede, debe; la ocasión obliga (es decir, grava), y la más grande culpa frente a uno mismo es la de haber perdido la ocasión. Y ponderado que es la parte demandada quien ostenta la mejor posibilidad de demostrar que las convocatorias materias de controversia fueron realizadas cumpliendo con las formalidades de ley, y no obstante ello no acreditó en autos sus argumentos de defensa, en consecuencia, el recurrente ha violado la carga de probar lo que alega. **Undécimo.-** Que, en dicho contexto, resulta adecuado aplicar al caso de autos la carga de la prueba dinámica atendiendo a que era el recurrente quien se encontraba en mejores condiciones de probar lo que alega en su defensa, habiendo omitido la parte demandada acreditar lo que alega en su defensa, resulta adecuado lo resuelto por el Colegiado en aras del principio de facilidad y de acceder a la verdad legal para dilucidar la presente controversia, por lo que carece de asidero legal argumentar la aplicación de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil en el presente proceso, deviniendo en inviable la causal denunciada por el recurrente. **IV. DECISION:** Por las consideraciones expuestas y en aplicación de lo

previsto por el artículo 197 del Código Procesal Civil; **NUESTRO VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Félix Churata Churata; **DISPUSIERON**: la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley; en los seguidos por Maria Jesusa Apaza Tiznado y otros con Inés Choque Yanque y otros sobre impugnación de acuerdo; y, los devolvieron; intervino como Juez Supremo ponente el señor Castañeda Serrano. SS. RODRIGUEZ MENDOZA, CASTAÑEDA SERRANO, MIRANDA MOLINA, CALDERON CASTILLO.

**EL VOTO EN DISCORDIA DE LA JUEZ SUPREMO DOCTORA HUAMANI LLAMAS ES COMO SIGUE: 1.- MATERIA DE RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, (fs. 645), contra la sentencia de vista (fs. 613), su fecha cinco de agosto del dos mil once, emitida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que revocando la sentencia apelada la reformó declarando fundada la demanda, en consecuencia nulos los acuerdos de las Asambleas Extraordinarias realizadas el veinticuatro de mayo de dos mil siete y veintitrés de julio de dos mil siete e ineficaces los documentos que contienen. **2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** La Sala Suprema mediante resolución de fecha veinticinco de enero de dos mil doce, ha estimado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandado Félix Churata Churata, por infracción normativa de los artículos 196 y 200 del Código Procesal Civil, al sostener el recurrente que la regla general de la carga de la prueba responde al carácter dispositivo que tiene el proceso civil en el Perú, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del citado Código, según el cual se confía a las partes la iniciación y desarrollo del proceso, la delimitación del contenido de la tutela y la aportación de los hechos y de las pruebas que constituirán el fundamento de las sentencias, por lo tanto son las partes quienes tienen la carga de probar lo que dicen. La doctrina de la prueba dinámica no está estatuida como norma legal en nuestro ordenamiento jurídico como si lo está en otros países, por lo que al aplicarse ésta se vulnera el principio dispositivo de nuestro sistema procesal civil y el principio de legalidad, incurriendo en un acto prevaricador. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional aplicó la prueba dinámica, lo hizo en un caso muy excepcional donde se ve que efectivamente la parte demandante no puede ofrecer un medio de prueba; sin embargo, en el caso de autos no se dio el supuesto de

imposibilidad de probar dicho hecho afirmado por los actores, ya que si se trataba de probar que la esquila o citación no se entregó con tres días de anticipación como lo afirma la demandante, muy bien pudo ofrecer la propia esquila o citación para la asamblea, a la que entendemos la parte demandada accedió y verificó que no se entregó con tres días de anticipación (a la que tuvo acceso para poder afirmar tal hecho), así como pudo ofrecer la propia declaración testimonial de los asociados concurrentes y no concurrentes para probar tal hecho. Más aún si estas personas concurrieron a la asamblea, lo que sale del tenor de la propia demanda pero no participaron algunos por que empezó a deshora (cuatro de la tarde), según versión de la misma. Asimismo se inaplicó el artículo 200 del Código Adjetivo, pues ésta norma habla tanto de la prueba ofrecida por el demandante, por el demandado y la dispuesta de oficio por el propio juez, pero no así de extraer hechos probados sobre la base del silencio de la partes no corroborados con material probatorio que determinen su acreditación del hecho. **3: Antecedentes:** Que, para analizar esta causa civil y verificar si se ha incurrido o no, en la infracción normativa reseñada en el párrafo que antecede, es necesario realizar las siguientes precisiones fácticas sobre este proceso: 3.1.- Que, mediante demanda de impugnación judicial de acuerdos de folios sesenta y cinco, subsanada a folios ochenta y cuatro, se pretende la nulidad de los acuerdos adoptados en las actas de Asambleas Generales Extraordinarias de los asociados de la Asociación de Comerciantes El Baratillo los Cuatro Suyos, de fecha veinticuatro de mayo y veintitrés de julio de dos mil siete, que designan a los Miembros del Jurado Electoral y al Consejo Directivo demandado, por adolecer las indicadas Asambleas de nulidad insalvable. 3.2.- Que, al contestar la demanda la Asociación El Baratillo los Cuatro Suyos representada por don Félix Churata Churata alega que, la convocatoria a la asamblea del veinticuatro de mayo de dos mil siete, se hizo llegar personalmente a los asociados con varios días de anticipación, consignando el orden del día (revocatoria de la junta directiva anterior y nombramiento del jurado electoral para elecciones de nueva junta directiva); una vez presentes en junta general se procedió a establecer el quórum, acreditándose veintiséis asociados que representan la mayoría absoluta, por lo que las notificaciones surtieron sus efectos. En cuanto a la asamblea para elecciones de la nueva Junta Directiva periodo dos mil siete - dos mil diez, se presentaron dos listas, y no habiendo cumplido la lista dos con los requisitos previstos en el reglamento de elecciones dentro del plazo, quedó una sola lista presidida por Félix Churata,

procediéndose a su proclamación; cumpliéndose con todas las formalidades por lo que Registros Públicos, inscribió dicho acto; 3.3.- Que, el Juez de Primera Instancia, mediante sentencia número 161-2010-9JEC, su fecha veintitrés de setiembre de dos mil diez, declaró infundada la demanda, estableciendo que la demandante no acompañó prueba que corrobore ésta afirmación, finalmente estando al número de personas que asistieron y las que firmaron se aprecia que se da cumplimiento a lo dispuesto en la parte final del artículo 22 de los Estatutos de la Asociación. Además, de las actas se aprecia que el orden del día era la revocatoria de la Junta Directiva y el nombramiento del Jurado Electoral, lo cual coincide con lo consignado en la declaración jurada de fojas cuarenta y dos. A fojas treinta y siete vuelta y ciento treinta y ocho se deja constancia que la asamblea acordó revocar el Consejo Directivo presidido por el señor Félix Churata Churata, por solicitud directa del propio Presidente, acordando además el nombramiento de una nueva Junta Directiva. Siendo esto así, no se probó la afirmación realizada por la actora; 3.4.- La Sala Civil absolviendo el grado, revocó dicha decisión y reformándola declaró fundada la demanda, precisando sustancialmente que el Presidente de la Asociación en el escrito de fojas ciento ochenta y seis (declaración asimilada según el artículo 221 del Código Procesal Civil), señaló lo siguiente: "para tal fin debido a que somos un pequeño grupo de asociados (...), la citación se les hizo llegar en forma personal con varios días de anticipación"; sin embargo, ello en modo alguno fue acreditado en autos, por cuanto el representante de la asociación no cumplió con presentar las esquelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, extremo probatorio que no puede ser de cargo de la parte demandante, en vista que es la demandada quién se encuentra en mejores condiciones para acreditar tal extremo, debido a que dicha parte es la que realiza la convocatoria y por ello mismo es la que señala que cumplió con hacer la citación correspondiente dentro del plazo señalado en el estatuto y con el orden del día respectivo que se iba a tocar. **4.- Considerando: Primero:** Que, el principal argumento que sostiene el demandado se encuentra referido al derecho constitucional del derecho a la prueba, atendiendo a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y seis del Código Procesal Civil. **Segundo:** Que, el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución Política del



Estado. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos y comprende cinco derechos específicos: i) El derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; ii) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; iii) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; iv) El derecho a impugnar -oponerse o tachar- las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de éstas; y, v) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica. Como se advierte, el derecho de prueba no sólo comprende derechos sobre la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte y aún la actuada de oficio, y asimismo el derecho a obtener del Órgano Jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente de su decisión, sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba. **Tercero:** Que, en este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, el vínculo entre prueba y tutela procesal efectiva es ineludible: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio. **Cuarto:** Que, se verifica de autos que la Sala Superior revocó la sentencia de primera instancia, sosteniendo que la parte demandada se encontraba en mejores condiciones para presentar las pruebas que acrediten que las Convocatorias a las Asambleas Generales Extraordinarias de los Asociados de la Asociación de Comerciantes el Baratillo Los Cuatro Suyos, se efectuaron en la forma y plazos que exigen los estatutos, sin tener en cuenta que conforme ha desarrollado en la sentencia materia del presente recurso extraordinario **que el demandado se encontraba en calidad de rebelde.** **Quinto:** Que, estando a lo expuesto, si bien es cierto que la prueba es la actividad procesal que tiene como objetivo alcanzar certeza en el juzgador, respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se deriva del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos; también lo es que el juzgador tiene el deber esencial de hallar la verdad jurídica objetiva con una sentencia ajustada a la verdad real, por lo que en aplicación del artículo ciento noventa y cuatro del

Código Procesal Civil, el juzgador en uso de sus facultades puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios adicionales que considere conveniente; siendo así, a fin de resolver un conflicto y lograr la paz social en justicia, se considera necesario antes de resolver la presente litis, que se disponga la presentación de las esuelas de citación que permitan verificar que se cumplió con lo señalado en el Estatuto, así como tomar la declaración de las partes, a fin de acreditar la cantidad de socios hábiles al momento de la convocatoria a las indicadas Asambleas. **Quinto:** Que, este análisis pone en manifiesto que las sentencias expedidas en el presente proceso no se encuentran arregladas a derecho, pues si bien es cierto la carga de la prueba constituye un medio de gravamen sobre quien alega un hecho de manera que su incumplimiento determine la absolución de la contraria, también lo es que las pruebas deben ser estudiadas en sus elementos comunes, en sus conexiones directas o indirectas. Ninguna prueba, deberá ser tomada en forma aislada, tampoco en forma exclusiva sino en su conjunto, por cuanto solo teniendo la visión integral de los medios probatorios se puede sacar conclusiones en busca de la verdad que es el fin del proceso, resultando amparable el recurso de casación en este punto, consiguientemente carece de objeto pronunciarse sobre las demás infracciones normativas; en consecuencia frente a la invalidez insubsanable de la sentencia de vista, corresponde disponer que el Juez de la causa emita nuevo pronunciamiento teniendo en consideración lo indicado en la presente resolución. **5.- DECISION:** Por las consideraciones precedentes y conforme a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 396 del Código Procesal Civil: **MI VOTO** es porque: Se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas seiscientos cuarenta y cinco por el demandado Félix Churata Churata, y en consecuencia **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución número 051 su fecha cinco de agosto de dos mil once de fojas seiscientos trece; e **INSUBSISTENTE** la sentencia apelada de fojas quinientos cincuenta y nueve, del veintitrés de septiembre de dos mil diez. Se **DISPONGA** el reenvío del proceso al Juez del Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, a fin de que emita nuevo pronunciamiento respecto al fondo de la controversia, conforme a las directivas de la presente resolución; y se **ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, conforme a ley; en los seguidos por María Jesusa Apaza Tiznado y otros contra Félix Churata Churata y otros, sobre Impugnación de Acuerdos; y los devolvió; S. HUAMANI LLAMAS.