

# NOTAS PARA UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA PRUEBA EN EL CÓDIGO DE PROCESOS

## Notes for a first approach to judicial evidence in the Code of Processes

---

**Dr. Ariel Mantecón Ramos**

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universidad de La Habana (Cuba)

<https://orcid.org/0000-0001-5766-5044>

arielbmtz@gmail.com

### **Resumen**

Este estudio constituye una primera aproximación, con visión crítica y descriptiva, a la regulación de la prueba en el Código de procesos. Se analizan los enclaves constitucionales de la actividad probatoria y se abordan líneas gnoseológicas del modelo de acreditación a los que se afilia este código. Se analizan las vertientes subjetiva y objetiva del derecho a la prueba y se diagnostica el alcance de instituciones medulares como la carga de la prueba o las exclusiones genéricas y específicas. Finalmente, se explica de forma sumaria el procedimiento probatorio. El estudio concluye con un planteamiento preliminar del catálogo de pruebas, tal y como queda perfilado en este instrumento procesal.

**Palabras claves:** prueba; Código de procesos; derecho probatorio.

### **Abstract**

This study proposes a first approach, from a critical and descriptive point of view, to the regulation of the evidence in the Code of Processes. The constitutional enclaves of the evidentiary activity are analyzed and epistemological lines of the accreditation model to which this code is affiliated are addressed. The subjective and objective aspects of the evidence are analyzed and the scope of core institutions is diagnosed, such as the burden of proof or generic and specific exclusions. Finally, the evidentiary procedure is summarily explained and it concludes with a preliminary approach to the catalog of evidence, as outlined in this procedural instrument.

**Keywords:** evidence; processes code; evidence law.

## Sumario

1. La influencia del patrón constitucional en la reforma procesal. 2. Los ejes políticos de la reforma del modelo probatorio. 2.1. El artículo 7 del CP y el activismo judicial. 2.2. El artículo 14 del CP y la filosofía de la valoración probatoria. 2.3. El artículo 61.2 y el expediente de valoración conjunta de la prueba. 2.4. El artículo 64 y las delimitaciones del arbitrio judicial. 3. Las partes como agentes de prueba. 3.1. La disciplina de la carga de la prueba. 3.2. La inversión de la carga de la prueba. 3.3. Las pruebas adicionales. 4. El tribunal como agente de prueba: la prueba de oficio. 5. El argumento de prueba. 6. Las exclusiones genéricas de prueba. 6.1. El Derecho nacional vigente y los tratados internacionales que resulten de aplicación. 6.2. Los hechos notorios por su publicidad y evidencia. 6.3. Los hechos admitidos o no negados por las partes. 6.4. Los hechos favorecidos por una presunción legal. 7. Las exclusiones específicas de prueba. 7.1. Las pruebas cuya obtención o práctica implique violación de lo establecido. 7.2. Las pruebas referidas a hechos ajenos al proceso. 7.3. Las pruebas manifiestamente inútiles, por ser innecesarias o no adecuadas para demostrar los hechos a que se refieren. 7.4. Las pruebas cuya práctica resulte imposible. 8. El procedimiento probatorio. 9. El catálogo de medios de prueba. 10. Los medios de prueba. 10.1. La declaración de las partes. 10.2. La prueba de documentos y libros. 10.3. La prueba pericial. 10.4. La prueba pericial. 10.5. La prueba de testigos. 11. La prueba en los recursos de apelación y casación. **Referencias bibliográficas.**

## 1. LA INFLUENCIA DEL PATRÓN CONSTITUCIONAL EN LA REFORMA PROCESAL

No es posible abordar una descripción de las instituciones del nuevo modelo procesal cubano, como de ninguna de las incluidas en los cuerpos normativos recientemente aprobados en el país,<sup>1</sup> sin considerar la reforma constitucional que los precede.<sup>2</sup> En lo procesal, no se trata solamente de que la nueva carta magna preordenara la reforma procedimental desde su propio texto al crear,

---

<sup>1</sup> A un mismo tiempo han sido aprobadas cuatro leyes de profundo impacto en la filosofía y la práctica del proceso judicial en Cuba, a saber, Ley No. 140, "Ley de los Tribunales de Justicia"; Ley No. 141, "Código de Procesos" (en adelante CP); Ley No. 142, "Ley del Proceso Administrativo"; y Ley No. 143, "Ley del Proceso Penal". Todas fueron promulgadas de una vez el día 28 de octubre de 2021. Este ha sido un inusual ejercicio de reforma normativa, caracterizado por una simultaneidad que no tiene precedentes en los ciclos de transformación procedimental en Cuba, si bien se han vivido momentos de reforma, como el de 1973, en que se promulgaron secuencialmente normas centrales como la Ley de Organización del Sistema Judicial (Ley No. 1250, de 23 de junio de 1973, la Ley de Procedimiento Penal (Ley No. 1251, de 25 de junio de 1973) y la Ley de Procedimiento Civil y Administrativo (Ley No. 1261, de 4 de enero de 1974).

<sup>2</sup> La Constitución de la República de Cuba fue promulgada el 10 de abril de 2019.

con una de sus disposiciones transitorias,<sup>3</sup> el mandato expreso de redactar una nueva Ley orgánica de tribunales, y asimismo, la modificación de las leyes procesales vigentes para la materia penal y también para las no penales, que venían articuladas con sentido de bloque en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.<sup>4</sup>

Se trata de que el tracto discursivo de la reforma constitucional fue recalando en gran medida en la noción de los derechos fundamentales y específicamente en el apartado de las garantías de los derechos. Dentro de ello, alcanzó gran relieve en los debates previos a la aprobación de la carta magna la polémica sobre la tutela judicial efectiva y el debido proceso. Estos habían quedado redondeados en un único artículo en el primer borrador publicado y luego, en el texto definitivo llevado a referéndum, fueron llevados a un capítulo dedicado a las garantías de los derechos. El despliegue de este capítulo dio más visibilidad al patrón constitucional de los derechos y, concretamente, a la noción de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.<sup>5</sup>

Esto significa que la reforma constitucional sin concentrarse, como es obvio, únicamente en esta área, se vio moldeada en gran medida por una especie de fervor por la regulación de los derechos y sus garantías. Este siempre será un dato a observar, en tanto marcó la velocidad y la profundidad de la reforma procesal que luego vendría, e influyó, desde luego, en la visibilidad constitucional de la materia probatoria, que quedó figurada como derecho en el artículo 94 c) de la carta magna, definido como aquel que le asiste a la persona de aportar los medios de prueba pertinentes y solicitar la exclusión de aquellos que hubieren sido obtenidos violando lo establecido. A partir de esta formulación, se puede hablar de un derecho constitucional a la prueba en el modelo jurídico cubano. Asistimos a una garantía sobrevalorada por un acto de significación política, que es su incorporación a la Ley fundamental del Estado, o sea, de un derecho a probar que va más allá de que los modelos de justicia ordinaria desarrollen una arquitectura probatoria y de que esta sea moderna, fluida y abierta.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Disposición Transitoria Novena de la Constitución de la República.

<sup>4</sup> En lo adelante LPCALE.

<sup>5</sup> El capítulo de las garantías de los derechos quedó redondeado en nueve artículos, dentro de los cuales destacan, por su nivel de detalle, los dedicados a regular el debido proceso en general (artículo 94), agotado en ocho incisos, y el concebido para normar las reglas del debido proceso penal (artículo 95), al que se destinan otros nueve.

<sup>6</sup> Para un estudio del impacto de esta formulación, puede leerse MANTECÓN RAMOS, A., "El derecho a la prueba. Implicaciones procesales del artículo 94 c) de la nueva constitución cubana", en J. Picó i Junoy, J. Mendoza Díaz y A. Mantecón Ramos (dirs.), *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, p. 61 y ss.

No hay dudas de que la constitucionalización del derecho a la prueba en Cuba va a generar otra visión del fenómeno probatorio, un nuevo pensamiento de los operadores, que estará marcado por la implicación del garantismo en la actividad acreditativa.<sup>7</sup> Esto implica que las decisiones en materia probatoria, si bien habrán de atenerse al “núcleo duro” de la Ley ordinaria, deberán estar orientadas por la perspectiva garantista (y, de nuevo, por la noción constitucional), en tanto se refieran a cuestiones que impacten en los derechos fundamentales. Ya se han ido observando algunas decisiones jurisprudenciales en esa dirección.<sup>8</sup>

En cuanto a las materias no penales, nucleadas en el Código de procesos (en adelante CP), debe decirse que a la matriz propiamente constitucional deben adicionarse, por supuesto, las influencias que evidentemente recibió este código, provenientes del Derecho y la práctica comparada en materia probatoria, que hizo posible la incorporación de experiencias aprovechables, no sin las indispensables adecuaciones y contextualizaciones, ya que no ha de verse ello como un trasplante mecánico de fórmulas externas que pudieran ser extrañas al patrón cultural y jurídico de Cuba.

## 2. LOS EJES POLÍTICOS DE LA REFORMA DEL MODELO PROBATORIO

El CP, como todos los cuerpos procesales, afilia su modelo de conocimiento a una visión gnoseológica y filosófica que lo coloca epistemológicamente. Tal

---

<sup>7</sup> Sobre el efecto de la positivación del derecho a la prueba, ver MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 7 y ss.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo Popular No. 97/2020, de 9 de marzo (Casación. Sala DCSE): *“los tribunales de justicia, en correspondencia con el artículo 147 de la Constitución de la República, imparten justicia [...] con apego a los principios que esta magna ley refrenda para el cumplimiento de todos, fue así, que al advertirse una violación de su artículo 50, que concede el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, y el 94, de que toda persona, como garantía a su seguridad jurídica, disfruta de un debido proceso; pues sin la existencia de un respaldo legal, el Jefe del Ministerio del Interior en la provincia de Granma, mediante una resolución de fecha 20 de octubre de 2018 dispuso la intervención de seis teléfonos móviles, cuando aún no estaba vigente el Decreto Ley 389 de 8 de octubre de 2019, modificativo de la Ley de Procedimiento Penal, que aprobó entre las técnicas especiales de investigación, la vigilancia electrónica; de esta desacertada resolución, se derivó todo el proceso investigativo y que los recurrentes fuesen procesados, acusados y sancionados, donde como único medio de prueba trascendente se tuvo en cuenta lo recogido en las llamadas telefónicas intervenidas, ya que la declaración de los imputados fueron ambiguas y veleidosas, los oficiales de lucha contra el flagelo de las drogas y el Instructor Penal ratificaron la información que tenían de las actividades ilícitas que realizaban, pero fundamentada sobre lo recogido en la referida intervención telefónica [...]. Ante estas irregularidades jurídicas, resulta conveniente casar de oficio la sentencia y anular el proceso en general [...].”*

posicionamiento predetermina la posición técnica de sus instituciones y, sobre todo, de la disciplina probatoria, vista como aquella actividad que tiende un puente entre la realidad y el proceso. Antes de abordar las interioridades del modelo probatorio es necesario, pues, entrar a considerar ciertas “coordinadas” que en este punto ofrece el legislador procesal, corporificadas en los artículos 7, 14, 61.2 y 64 del Código. Estos preceptos adoptan fisonomía de principios reglados y como tales funcionan a la manera de un eje que orienta las perspectivas del juez frente a la prueba, pero, más que ello, trazan la filosofía particular del Código frente a la función de la prueba y la correlación entre proceso y verdad.

## 2.1. EL ARTÍCULO 7 DEL CP Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

En tal sentido, el artículo 7 induce a magistrados y jueces a mantener una posición activa en los procesos, con el propósito de lograr la certeza sobre los hechos. Se trata de una regla que insertan al Código en la dinámica del juez activo. Con ellos toma partido el legislador en la ya vieja dicotomía entre las potestades del juez y las facultades de las partes en materia probatoria, una cuestión que termina desplazándose, en enconadas polémicas, hacia la dicotomía activismo/garantismo.<sup>9</sup>

Una primera lectura de este precepto nos lleva a entender que, ciertamente, el CP ha querido sobreponerse a la idea del juez pasivo para fomentar un tipo de juzgador dinámico que no se limite a ser un mero receptor de vivencias, lo cual nos parece correcto. Ahora bien, no debe desconocerse que el proceso civil (y los procesos no penales en general) están aderezados en gran medida por el interés de parte y no por las esencias del orden público. Por tanto, nadie debe pensar en un juez desaforado como cid campeador en busca de la verdad de las verdades, porque esta actitud claudicará necesariamente ante la “trivialidad” de muchos de los procesos que se tramitan en estas materias. El juez, por más que se le conmine a que sea inquisitivo y proactivo, va a dosificar ese activismo en función de la objetividad de cada proceso. En resumen, los discursos en pro del activismo judicial, llevados al extremo, dejan de entender que en la mecánica cotidiana de sustanciación de procesos civiles, hay muchos en los que el juez se limitará a adoptar la posición receptiva que

---

<sup>9</sup> Esta polémica, de la que se han nutrido muchos discursos en los últimos años, está recogida en MONTERO AROCA, J. (coord.), *Proceso civil e ideología*. Para una lectura sobre las problemáticas del activismo puede leerse, entre otros, MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria...*, cit., HIERRO SÁNCHEZ, J. A., “Los poderes probatorios del juez en el proceso civil cubano”, en J. Picó i Junoy, J. Mendoza Díaz y A. Mantecón Ramos (dirs.), *La prueba a debate...*, cit.

caracterizó históricamente el manejo de esta área de la conflictividad humana en los tribunales de justicia. No obstante, la vida lo irá diciendo, y con la aplicación práctica del Código, se creará seguramente un punto de inteligencia media que nos dirá, no tanto cuál es el grado medio de activismo deseable, sino cuál es el nivel de activismo posible.

## 2.2. EL ARTÍCULO 14 DEL CP Y LA FILOSOFÍA DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

El legislador del texto procesal ha querido dejar sentado, muy tempranamente, desde su artículo 14, un principio general atinente a la valoración probatoria. Así, se dispone que en todos los procesos previstos en el Código rige el principio de libre valoración de las pruebas, ajustado a los criterios de la racionalidad, las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, de acuerdo con los estándares que establece la propia norma. Pareciera que esta declaración, colocada entre las disposiciones generales del Código, debería irradiar con su mandato hacia todo el entramado probatorio y que sería innecesaria, por consiguiente, la inclusión de cualquier tipo de regla valorativa específica para los distintos medios probatorios.

Sin embargo, ello no ocurre de tal manera, pues luego cada uno de los medios de acreditación incluidos en el catálogo del artículo 314 del texto procesal contiene reglas propias de valoración, e incluso, en algún caso estas reglas evocan –si bien tímidamente– determinados giros de prueba tasada. Así, por ejemplo, el artículo 331 indica que los hechos reconocidos por el declarante pueden tenerse por verdaderos en cuanto le perjudiquen directamente, excepto cuando se refieran a una materia indisponible para las partes. El artículo 348, atinente a la prueba de documentos, confiere un atributo de sobrevaloración al documento notarial.

No obstante, el mandato del artículo 14 del CP debe leerse con fuerza y carácter de principio general y, específicamente, ha de asumirse como regla que conduce al juez por un camino de libertad valorativa de la prueba.

## 2.3. EL ARTÍCULO 61.2 Y EL EXPEDIENTE DE VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA

El artículo 61, en su segundo apartado, introduce una importante pauta de valoración probatoria, que será resultante de combinar la visión individualizada y la perspectiva del conjunto del material probatorio. Debe entenderse que la valoración probatoria no es un ejercicio –segmentado o parcial– de valida-

ción de resultados probatorios, sino una operación global que ha de tributar a una certeza integral del juez respecto a los elementos fácticos que servirán de sustento fáctico a la decisión judicial. Consecuentemente, la valoración fraccionada de las pruebas sacrificaría la visión general, aquella que recae sobre el universo de las evidencias disponibles.

En sentido contrario, diluir las individualidades probatorias dentro del conjunto equivaldría a eludir la responsabilidad del juez de sustentar su convicción y de explicitarla a través de la motivación fáctica de la decisión que adopte. Estaríamos hablando del denominado expediente de valoración conjunta, acerca del cual ha dicho PICÓ I JUNOY que puede utilizarse “para no razonar, o hacerlo escasamente, las pruebas empleadas para formar el supuesto de hecho de la sentencia, limitándose a declarar que el material probatorio ha sido valorado en conjunto o conjuntamente. Así, se omite la debida justificación racional de los motivos por los cuales se ha concedido validez a los datos fácticos aportados al proceso mediante los diversos medios probatorios”.<sup>10</sup>

El precepto, en conclusión, deja claramente establecida la línea que debe seguir el juez en el ciclo valorativo de las pruebas, esto es, en una combinación de puntos de vistas deberá atender tanto a la individualidad como al conjunto.

## 2.4. EL ARTÍCULO 64 Y LAS DELIMITACIONES DEL ARBITRIO JUDICIAL

Este precepto da vida a una prescripción relevante para la actividad acreditativa –si bien su espectro es mucho más abarcador y trascendente, obviamente, por cuanto rebasa lo meramente probatorio– al facultar al tribunal para actuar según su prudente arbitrio, con criterio racional y sentido de lo justo en el caso concreto, en el marco que establecen la Constitución de la República y la legalidad. El arbitrio judicial es uno de los pilares de la independencia y al mismo tiempo constituye una llave de cierre del proceso de determinación procesal de los hechos. El legislador ha querido perfilar una fórmula orientativa,

---

<sup>10</sup> PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, p. 349. Debe decirse que de la jurisprudencia cubana pueden extraerse algunos pronunciamientos tendentes a proscribir el expediente de valoración conjunta como vicio del proceso valorativo, así, por ejemplo: “Lo menos que se le puede exigir a quien cuestiona un fallo es que concrete los fundamentos de porque lo hace, lo que evidentemente no se cumple en el motivo segundo del recurso que se funda en el apartado noveno del artículo seiscientos treinta de la LPCALE, habida cuenta de que en la exposición que se hace, no se precisa, cuál o cuáles pruebas se les dejó de reconocer la eficacia que la ley le atribuye que evidencien el error de hecho en la apreciación de alguna de ellas, lo que hacía originalmente inadmisibile el motivo y procede declarar ahora su improcedencia” (Sentencia del Tribunal Supremo Popular 1355/2011, de 31 de octubre. Sala de lo civil y lo Administrativo).

introduciendo condicionantes que circunscriben o delimitan la libertad de la decisión del tribunal. Así, el ejercicio de esta vendrá demarcado por la prudencia, la racionalidad y el sentido de lo justo, atributos que se erigen en llamados de alerta al juez en cuanto a dos aspectos fundamentales: el primero de ellos de carácter interno, dado porque no bastan los criterios técnicos o jurídicos para dotar de justeza una sentencia: la decisión judicial requiere otros ingredientes como la prudencia, el buen juicio, el sentido común e incluso el posicionamiento contextual. El segundo aspecto es de carácter externo, y se refiere a que el juez debe eludir las influencias exógenas al momento de adoptar una resolución. Observando las cosas desde este plano, el sentido de lo racional y lo justo funcionarían como antidotos válidos para modelar la conciencia del juzgador al momento de decidir en un proceso a su cargo.

### 3. LAS PARTES COMO AGENTES DE PRUEBA

#### 3.1. LA DISCIPLINA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El CP ha optado por mantener la formulación de la norma procesal derogada en cuanto a la carga de la prueba. Así, dispone su artículo 290 que a cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras. Ya se sabe que la carga de la prueba es una construcción de proyección dual, en tanto funciona como regla procesal compulsiva para las partes, por un lado, y como regla de juicio o norma resolutive para el tribunal, por el otro, en tanto le facilita el cumplimiento de su obligación de fallar aun en situación de insuficiencia probatorio. Desde este último punto de vista, se erige en solución indispensable para el proceso, en tanto su aplicación puede constituir, en escenarios de vacío acreditativo, el único recurso del juez para eludir la prohibición de *non liquet*, esto es, evitar que el asunto quede si una decisión.

Se ha desplegado últimamente un fuerte rechazo a la institución de la carga de la prueba en un sector de la doctrina. En términos generales, se hace observar que la institución tenía sentido en un contexto de prueba tasada, pero no en un medio en que impere el criterio de libre valoración.<sup>11</sup> Uno de estos autores concluye que “hemos llegado al imperio de la libre valoración de la prueba, lo que obliga a liberarse de todas las ataduras del pasado: estándares probatorios, carga de la prueba y una visión demasiado estricta del principio de aportación de parte”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Pueden leerse varios artículos que sustentan esta posición en NIEVA FENOLL, J., *et al.*, *Contra la carga de la prueba*.

<sup>12</sup> NIEVA FENOLL, J., “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *In Dret*, No. 3, año 2020, p. 429.

No es posible penetrar de momento en esta polémica, pero sí dejar expuesto que no puede pensarse que ni la intensidad con que se module el sistema de la libre valoración ni el principio de adquisición procesal y la contribución de las partes, ni ninguna otra derivación política o técnica del proceso evitarán en el ejercicio cotidiano de la justicia la insuficiencia probatoria, y por tanto la carga de la prueba, que es un recurso validado por su uso práctico,<sup>13</sup> seguirá siendo una solución no solo deseable, sino además indispensable para el juez.

Si algo cabe señalarle al nuevo texto procesal, es en la preservación de la fórmula apegada al criterio tradicionalista y excesivamente subjetivista del sistema obligacional romano, expresado en aforismos tales como *"necessitas probandi incumbit ei qui agit"* o *"onus probandi incumbit actori"*. Ciertamente es que pudieron superarse las dificultades que la doctrina había estado señalándole a esa formulación, dadas sobre todo porque vincula mecánicamente la carga de prueba a la de la afirmación de los hechos, cuando está sobreentendido que no siempre viene llamado a probar quien afirma unos hechos, sino quien "defiende" una pretensión, respecto a los hechos constitutivos de esta.<sup>14</sup>

### 3.2. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Con la formulación de su artículo 293 se acerca el CP a la noción de las denominadas cargas dinámicas, que permiten modificar la regla básica de asignación comentada en el epígrafe anterior. Así, el tribunal podrá atribuir la carga de la prueba de determinado hecho a la parte que se encuentre en una posición más favorable para demostrarlo, considerando que la parte está en una posición más favorable para probar, en primer orden, cuando sea notoria su cercanía o relación directa con el hecho y, luego, que la parte a la cual

---

<sup>13</sup> Un estudio sobre la implicación de la carga de la prueba en la práctica judicial de la LPCALE puede verse en MANTECÓN RAMOS, A., *Cien problemas de la prueba judicial en lo civil*, pp. 21 y 22.

<sup>14</sup> Esta orientación subjetivista de la carga de la prueba ha sido superada en leyes procesales de otros países, como, por ejemplo, el Código procesal civil de Costa Rica, que en su artículo 41 atribuye la carga de la prueba a quien formule una pretensión, respecto a los hechos constitutivos de su derecho; o a quien se oponga a una pretensión, en cuanto a los hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor. En similar sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que en su artículo 217 define que corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, y así asimismo, incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, de conformidad con las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

le corresponde demostrarlo se encuentra en una situación de desventaja o imposibilidad para hacerlo.

La flexibilización de la carga de la prueba, como derivación de las cargas dinámicas, ha sido objetada por el concepto de que atenta contra los principios de igualdad y defensa, y asimismo porque implica un déficit de seguridad jurídica –en los marcos del procedimiento–. En tal sentido, ha sostenido TARUFFO que la decisión del juez de modificar las cargas probatorias implica una “discrecionalidad que se confunde fácilmente con la arbitrariedad, con todos los riesgos que ello comporta. De hecho, cabe señalar que en el momento en que manipula las cargas de prueba, el juez en realidad predetermina la decisión sobre el mérito del asunto y, por tanto, prefigura una decisión diferente de la que derivaría de la aplicación correcta del Derecho en el caso concreto. Además, se puede observar que, al hacerlo, el juez viola la garantía fundamental de defensa si, como sucede a menudo, modifica la distribución de las cargas probatorias solo con la decisión final, o sea, con una decisión ‘sorpresa’ que elimina cualquier posibilidad de una estrategia probatoria oportuna para al menos una de las partes del juicio”.<sup>15</sup> En una línea similar, ALVARADO VELLOSO ha visto en la modificación de la regla de atribución un cambio de reglas de juego que viola la garantía de defensa en juicio.<sup>16</sup>

Con independencia de las fragilidades que se pudieran significar alrededor de esta regla de flexibilización, lo cierto es que contribuye a una mayor eficacia del mecanismo probatorio, no tanto desde el punto de vista del esclarecimiento o la acreditación de hechos o datos, como desde la óptica de un manejo más justo, por parte del juez, de la atribución de “responsabilidad” ante insuficiencia probatoria. No está asociada esta proposición a una perspectiva concreta de las partes frente al objeto del proceso, sino a un posicionamiento más propicio para producir determinada prueba.

En otro orden, con la solución adoptada queda fuera de lugar todo cuestionamiento en términos de igualdad de armas o del derecho a la defensa. Está claro que del precepto se sigue una regla de aplicación *ad hoc*, esto es, que no presupone una modificación general de los roles probatorios, sino una variación ati-

---

<sup>15</sup> TARUFFO, M., *et al.*, “Casi una Introducción”, en J. Nieva Fenoll (dir.), *Contra la carga de la prueba*, p. 13.

<sup>16</sup> Cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor, según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no solo es actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. *Vid.* ALVARADO VELLOSO, A., *Sistema procesal*, p. 41.

nente solo a determinados medios de prueba. Por otra parte, la construcción, tal y como quedó planteada en el CP, tiende a evitar la situación de sorpresa, en tanto la alteración de la regla primigenia o básica de asignación de cargas probatorias se decreta por el juez con previa notificación a la parte a quien, por razón de su posición más próxima a la fuente de prueba, puede acarrearla más favorablemente que la parte originalmente afectada por dicha carga.

Esta pauta de distribución, por otro lado, no está articulada como regla conductual bajo el signo de la buena fe procesal. Tampoco tiene que ver con el principio de colaboración enfilado hacia la actividad probatoria, desde cuya perspectiva sí pudiera ubicarse el precepto que se analiza en el epígrafe siguiente.

### 3.3. LAS PRUEBAS ADICIONALES

Dentro del espectro propositivo de las partes, en lo que a prueba se refiere, pueden ubicarse las denominadas pruebas adicionales, reguladas por el CP en su artículo 305. En el modelo de la LPCALE, la facultad de las partes para proponer diligencias de pruebas adicionales se diluía, básicamente, en la solución del mejor proveer del artículo 248 de dicha norma, y quedaba como una solución residual y condicionada, puesto que al ser una opción perfilada en el ámbito de potestades del tribunal las partes solo podían proponer pruebas para mejor proveer ante los denominados hechos de nueva noticia o cuando al tratarse de un demandado rebelde no citado personalmente hubiese después la oportunidad legal para proponer pruebas.<sup>17</sup> El CP desconecta las pruebas adicionales de las pruebas de oficio y las convierte en una institución paralela, dotando a las partes de una herramienta autónoma que las habilita para interesar la práctica de diligencias de acreditación distintas a las inicialmente propuestas, siempre que resulte indispensable para una mejor determinación de los hechos y sus consecuencias. Queda, eso sí, como condicionante, la de que quien propone no haya tenido conocimiento de ellas –de las pruebas, se entiende– en la fase de alegaciones.

## 4. EL TRIBUNAL COMO AGENTE DE PRUEBA: LA PRUEBA DE OFICIO

Como complemento a la función protagónica de las partes en la aportación de las pruebas, el CP coloca la prueba de oficio, institución que convierte al tribunal

---

<sup>17</sup> La Ley operaba en este caso por remisión, ya que estas situaciones eran las asumidas como presupuestos, en su artículo 623, para consentir la reapertura a pruebas en el recurso de apelación. Sobre los hechos de nueva noticia ver, entre otros, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., "Los hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil, a examen", *Dereito. Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, No. 1, año 2017, p. 27 y ss.

en agente activo en cuanto a la promoción probatoria. La prueba de oficio permite al órgano juzgador sobreponerse a la insuficiencia de medios demostrativos y disponer pruebas para un mejor esclarecimiento. Es un recurso que le otorga la Ley al juez para cumplir su cometido y evitar el *non liquet*.<sup>18</sup> Como nota destacable, el Código supera la antiquísima formulación del mejor proveer que acogía la normativa histórica (artículo 248 de la LPCALE) y convierte la indagación oficiosa en un atributo genérico del procedimiento, esto es, una herramienta a utilizar por el juez sin sujeción a ningún presupuesto ni condicionamiento, siempre que requiera un mayor abundamiento probatorio. En un plano más circunscrito, referido a los procesos de índole familiar, o relativos al trabajo y la seguridad social, la Ley dimensiona la prueba *ex officio* e incentiva las potestades probatorias del órgano judicial, al habilitarlo para disponer las pruebas necesarias para formar convicción sobre los hechos.

## 5. EL ARGUMENTO DE PRUEBA

El artículo 295 da cabida al denominado argumento de prueba, una institución que tiene arraigo en el artículo 116 del Código de procedimiento civil italiano, del que proviene la potestad del juez de llevar a la sentencia inferencias a partir de las respuestas y el comportamiento de las partes en el proceso.<sup>19</sup> Es una institución que el CP ubica en sede la práctica de las pruebas y, concretamente, en aquellas en que alguna de las partes deba desplegar algún tipo de conducta colaborativa. En tal supuesto, una actitud evasiva o resistente puede ser considerada por el juez como elemento de determinación del valor probatorio de la diligencia, obviamente en contra de esta parte que impide u obstaculiza la diligencia.

A diferencia de la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, que como hemos dicho adopta como referencia la posición objetiva de la parte respecto al elemento de acreditación, el argumento de prueba se posiciona en el plano

---

<sup>18</sup> Es decir, no lo veo claro. Es la versión abreviada de *nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro. Ver, sobre ello, ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, p. 40. “[...] hay obligación de resolver a favor de alguna parte, haya pruebas o no. Si la constitución de prueba no conduce a ninguna convicción del tribunal, el asunto permanece ‘no-claro’ (‘situación de non-liquet’), sin embargo, debe emitirse una decisión del asunto para el caso, porque la ausencia de prueba no puede conducir a una falta de resolución”. Vid. CARVAJAL, Patricio I., “Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil”, *Revista chilena de Derecho*, No. 3, año 2012, p. 601.

<sup>19</sup> “Artículo 116: El juez debe valorar la prueba según su prudente apreciación, salvo que la ley disponga otra cosa. El juez puede deducir argumentos de prueba del comportamiento de las partes durante el proceso”.

subjetivo, tomando en cuenta comportamientos o poses conductuales presididas por elementos volitivos. Se habla de la parte que se niega o se resiste a cooperar, y debe recordarse que el CP, en su parte general, impone a los litigantes actitudes colaborativas, específicamente orientadas por las reglas de la lealtad y la buena fe, al tiempo que faculta al tribunal para impedir el fraude procesal u otra conducta dilatoria o ilícita, bajo conminación, para el sujeto que se aparte de estos hitos conductuales, de asumir las consecuencias desfavorables que provoque con su actuar.<sup>20</sup>

## 6. LAS EXCLUSIONES GENÉRICAS DE PRUEBA

El CP viene a sistematizar las exclusiones genéricas de prueba, vistas como aquellas que limitan absolutamente la actividad acreditativa respecto a determinadas categorías generales. Estas exclusiones demarcan el campo del accionar probatorio y limitan el terreno de las objetividades demostrables en un proceso judicial.

### 6.1. EL DERECHO NACIONAL VIGENTE Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE RESULTEN DE APLICACIÓN

La presunción de que el juez conoce el derecho se ha expresado históricamente mediante el aforismo latino *"iura novit curia"*.<sup>21</sup> Este principio, que constriñe el campo de la materia probatoria, tiene su columna vertebral en el supuesto de publicidad de las normas jurídicas, respaldado políticamente desde el artículo 165 de la Constitución de la República.<sup>22</sup> Este régimen acentuado de publicidad es el que determina al legislador a autorizar que el derecho quede relevado de prueba. De tal manera, el Derecho nacional no ha de probarse y, a contrapelo, el foráneo sí, y ello está dado porque el primero disfruta de un régimen de difusión en el territorio nacional del que carece el segundo, sobre cuya vigencia habrá de estarse a lo que puedan probar las partes, como luego veremos. Habría que añadir que esta delimitación incorpora además a los tratados

---

<sup>20</sup> Artículo 13 del CP.

<sup>21</sup> Por lo que se dice, es la expresión de un juez que, al ver agotada su paciencia con el fatigoso alegato jurídico de un abogado le espetó: *"venite ad factum, curia novit ius"*. Con ello quedó consagrado, al parecer así accidentalmente, el principio de que las partes deben suministrar y probar los hechos, correspondiendo al juez determinar el derecho aplicable, sea suministrado o no por aquellas. Vid. SENTIS MELENDO, S., *El juez y el derecho*, p. 14.

<sup>22</sup> *"Artículo 165: Las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos, resoluciones y demás disposiciones de interés general que se emitan por los órganos competentes se publican en la Gaceta Oficial de la República"*.

internacionales, que adoptan un particular encuadre en el modelo cubano a partir del artículo 8 de la Constitución de la República, que los considera parte del ordenamiento de la isla en tanto estén en vigor, con la salvedad de que en todo caso prima sobre ellos lo dispuesto en el texto constitucional.

## 6.2. LOS HECHOS NOTORIOS POR SU PUBLICIDAD Y EVIDENCIA

Para la definición de hechos notorios podemos atenernos a CALAMANDREI: “son aquellos hechos, el conocimiento de los cuales forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial”.<sup>23</sup> La notoriedad, como concepto, plantea varias problemáticas, la primera de ellas referida a la dificultad para establecer el alcance intersubjetivo atribuible a este conocimiento extraprocesalmente adquirido por el juez, así como su nivel de certeza, que debiera alejarlo de simples rumores o noticias, sin sustento suficiente como para asimilar datos o hechos prescindiendo de la vía probatoria.

La relatividad de lo notorio y la dificultad de establecer un criterio de medida sobre el alcance que debe tener el conocimiento de determinado hecho o suceso (notorio para un juez y su entorno, para una circunscripción, un poblado, un municipio, una provincia...) complejiza, a nuestro entender, el manejo de esta categoría. Y el hecho cierto de que la notoriedad termina donde empieza el conocimiento privado del juez (o viceversa) plantea una zona limítrofe que fácilmente puede desdibujarse y que habrá de ser administrada en la casuística de los procesos judiciales. El paso de un huracán es un hecho notorio para determinada región o incluso para un país, pero las situaciones particulares que se originan en el contexto de ese fenómeno meteorológico y que impacten en relaciones jurídicas llevadas a ámbitos judiciales, por más que sean pre-visibles u obvias, seguramente escapan del espectro de lo notorio y, siendo así, deben ser objeto de actividad probatoria para su acreditación.

## 6.3. LOS HECHOS ADMITIDOS O NO NEGADOS POR LAS PARTES

La circunstancia de exclusión puede plantearse a partir de GÓMEZ ORBANEJA: “El juez solo es libre de considerar como dados o no los hechos controvertidos. De los alegados por una parte y admitidos por la contraria ha de partir en todo caso en la sentencia, independientemente de su convencimiento”. Y agregaríamos, en nuestro caso, a menos que la materia a que se refieran esté fuera del poder de disposición de las partes, complemento imprescindible, en tan-

---

<sup>23</sup> CALAMANDREI, P., “La definición del hecho notorio”, en *Estudios sobre el proceso civil*, p. 206.

to así lo proclama el CP en su artículo 297. Es, por consiguiente, una disposición que debe acogerse con relatividad, puesto que en los procesos de objeto indisponible, o en que se ventilan cuestiones atinentes a valores superiores de la convivencia humana, como por ejemplo, los relativos al interés del menor, este criterio de exclusión probatoria puede ser depuesto y ceder ante las potestades verificadoras del tribunal. El juez, en esta clase de asuntos, queda compelido a una actuación más tuitiva; o sea, que la admisión o confesión de hechos, en estas modalidades procesales, no conducirá a que estos se tengan necesariamente por verdaderos.<sup>24</sup>

Se requiere un llamado de atención en cuanto a la implicación que tienen ciertos actos del procedimiento en la delimitación del cuadro de hechos, que puede ser determinante en cuanto a la aplicación del concepto de exclusión que venimos analizando. Así, en el trámite de contestación, el demandado –o el demandante reconvenido– debe seguir una correlación con los hechos de la demanda –o la reconvenición, según el caso–, asumiendo una posición clara, sea admitiendo o negando los hechos afirmados. La ley dispone que en la contestación se cumplan los mismos requisitos que se exigen para la redacción de la demanda,<sup>25</sup> y una de las exigencias de esta es precisamente la de consignar los hechos, numerados y sucintamente relatados.<sup>26</sup> Hay que entender, con MONTERO AROCA, que quien se defiende tiene una carga, que es la de pronunciarse “sobre los hechos afirmados por la contraria, y el levantamiento de esa carga debe significar que la negación o la admisión de esos hechos tiene que realizarse de modo expreso”.<sup>27</sup> En similar sentido, uno de los cometidos de la audiencia preliminar es el de concretar los hechos, la pretensión o la defensa, cuando las partes los modifiquen,<sup>28</sup> trámite en el cual los litigantes deben asumir posiciones claras y contundentes respecto al cuadro fáctico.

Cuando falta esta determinación, pudiéramos estar en una situación de admisión tácita, un problema que se manifiesta en la práctica cuando quien está llamado a ser preciso, en lugar de ello, asume una posición ambigua sobre los hechos u omite respuestas categóricas respecto a alguno de ellos. De tal modo, fórmulas viciadas como “se niegan todos los hechos de la demanda que

---

<sup>24</sup> MANTECÓN RAMOS, A., *Introducción al derecho probatorio*, p. 50.

<sup>25</sup> Artículo 532.1 del CP.

<sup>26</sup> Artículo 521 c) del CP.

<sup>27</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, p. 82.

<sup>28</sup> Artículo 538.1 b) del CP.

no se avengan a nuestro relato fáctico” no satisfacen la carga de la afirmación y, por tanto, pudiera conducir a que los hechos que se arguyen se consideren tácitamente admitidos.

## 6.4. LOS HECHOS FAVORECIDOS POR UNA PRESUNCIÓN LEGAL

El legislador confiere una posición de privilegio confirmatorio a la parte favorecida por una presunción legal, sin más matizaciones y gradaciones. Algún código procesal, como el de Perú,<sup>29</sup> por ejemplo, diferencia las presunciones relativas de las absolutas en cuanto a su fuerza liberatoria de prueba. El Código procesal civil de Costa Rica, en similar sentido, declara inadmisibles la prueba que se refiera únicamente a hechos amparados por una presunción “absoluta”.<sup>30</sup>

De la formulación del CP se sigue que los hechos favorecidos por una presunción legal, únicamente producen relevo de actividad probatoria dirigida a su constatación, lo cual supone solamente un desplazamiento de la carga de la demostración hacia la parte que ponga en duda la veracidad de la norma presuntiva, siempre que se trate de una presunción *iuris tantum*, o sea, derrotable por vía probatoria. Quedan fuera de esta exclusión, en tanto quedan obviamente fuera de toda noción probatoria, las presunciones legales absolutas (*iure et de iure*).

## 7. LAS EXCLUSIONES ESPECÍFICAS DE PRUEBA

Son exclusiones específicas aquellas que atañen a circunstancias particulares que condicionan el rechazo de determinada prueba por una fractura o defecto en su conformación, esto es, una disfunción que afecta de forma concreta a la fuente o el medio de prueba (según el caso) y los torna inatinentes. Estas circunstancias tenían un cierto grado de delimitación en la LPCALE, y el CP ha venido a reformularlas y plantearlas más ordenadamente.

### 7.1. LAS PRUEBAS CUYA OBTENCIÓN O PRÁCTICA IMPLIQUE VIOLACIÓN DE LO ESTABLECIDO

Lo primero que ha de decirse aquí es que la forma en que aparece planteada esta regla de exclusión, desde el artículo 94 c) de la Constitución de la Repúbli-

---

<sup>29</sup> Artículos 278 y 279 del Código procesal civil de Perú, puesto en vigor mediante Decreto Legislativo No. 768, de 4 de marzo de 1992.

<sup>30</sup> Artículo 41.3 del Código procesal civil de Costa Rica, puesto en vigor por Decreto Legislativo No. 9342, de 3 de febrero de 2016.

ca, rebasa la tradicional concepción de la prueba ilícita, que se articuló desde sus gérmenes como criterio reducido de protección de los derechos fundamentales. Es, en efecto, una fórmula diseñada para arbitrar el punto de tensión entre la eficacia en la acreditación de los hechos, por un lado, y la protección a los derechos fundamentales, por otro, buscando preservar la vigencia y la vitalidad de estos, dado que es únicamente el grado y lugar que ocupan en el sistema de valores lo que lleva al modelo a sacrificar otros paradigmas, como el éxito en la determinación de la verdad

El legislador del CP no ha hecho más que recepcionar una formulación constitucional que sobrepasa este encuadre restringido de la prueba ilícita. A partir de ello, una prueba no será expulsada solo cuando en su obtención se hubieren vulnerado derechos fundamentales o constitucionales, sino incluso cuando resulte infringida cualquier norma jurídica. Es la única lectura que cabe de la expresión “violando lo establecido”:<sup>31</sup>

Luego, el CP establece una salida propiamente procedimental para el tratamiento a la prueba irregular, al disponer en su artículo 304 que en cualquier momento posterior a la admisión de las pruebas el tribunal podrá disponer la exclusión de cualquiera de ellas, en tanto se denuncie que fue obtenida con violación de lo establecido, siempre con previa audiencia de las partes y mediante resolución razonada. Este precepto proyecta transversalizar la potestad del órgano de “expulsar” fuentes de prueba irregulares, llevándola más allá del momento del control de admisibilidad, entendido como aquel en que el juez confiere o niega el ingreso de un medio de prueba al proceso. Por lo que se ve, queda planteada aquí una acción autónoma, es decir, caracterizada procesalmente e instrumentalizada en sí misma, por lo cual puede ejercitarse sin necesidad de acudir al paraguas de las nulidades, perfilado en los artículos 183 y siguientes del texto procesal.

## 7.2. LAS PRUEBAS REFERIDAS A HECHOS AJENOS AL PROCESO

Con esta formulación del artículo 301 b) se da cabida a las denominadas pruebas impertinentes, aquellas en que se produce una pérdida de correlación entre las categorías “tema de la prueba” y “objeto el proceso”. La pertinencia como requisito viene adosada a la tipificación constitucional del derecho a la prueba. En efecto, el artículo 94 c) de la Constitución de la República no se refiere a un derecho abstracto de proposición de cualquier prueba, sino a un

---

<sup>31</sup> MANTECÓN RAMOS, A., “El derecho a la prueba...”, *cit.*, p. 76.

derecho circunscrito a aportar los medios de prueba “pertinentes”. Si bien con la irregularidad de la prueba, observada como circunstancia excluyente en el epígrafe anterior, esta mantiene su valor como medio acreditativo, por cuanto es expulsada por un defecto que no disminuye, epistémicamente hablando, su cualidad evidenciaría el vicio de la impertinencia, en cambio, convierte al medio probatorio en inapto para la acreditación de hechos o datos, habida cuenta de la distorsión cognoscitiva generada por el hecho de que el *thema probandi* es ajeno al *thema decidendi*, esto es, que la prueba se refiere a aspectos del todo extraños al objeto del debate procesal.

### 7.3. LAS PRUEBAS MANIFIESTAMENTE INÚTILES, POR SER INNECESARIAS O NO ADECUADAS PARA DEMOSTRAR LOS HECHOS A QUE SE REFIEREN

El texto procesal asume la orientación dual del presupuesto de utilidad de la prueba. De tal manera, una prueba es inútil tanto porque resulte innecesaria como porque sea inadecuada para demostrar los hechos a que se refiere. En cuanto a lo primero, la utilidad, entendida como equivalente de necesidad, es una exigencia orientada por criterios de racionalidad y economía procesal. Se parte de la premisa de que la actividad probatoria debe realizarse con los medios indispensables para lograr la demostración, evitando los excesos, que siempre atentarían contra otros valores o prioridades del proceso. Por ello es válido que un tribunal, guiándose por este criterio, inadmita pruebas que, cumpliendo los demás requisitos, sean sin embargo innecesarias o superfluas.<sup>32</sup>

Respecto a la utilidad por concepto de adecuación, debe comprenderse que el derecho a la prueba y la actividad acreditativa en general siguen un criterio de lógica demostrativa, en virtud del cual no todos los hechos o datos pueden demostrarse indistintamente mediante cualquier medio de prueba, ni todos los medios de prueba son válidos para demostrar indistintamente cualquier hecho o dato.<sup>33</sup> Un medio de prueba que no respete tal ecuación podría ser repelido por adolecer del vicio de la inutilidad.

### 7.4. LAS PRUEBAS CUYA PRÁCTICA RESULTE IMPOSIBLE

En un primer plano, la imposibilidad, como circunstancia de exclusión, puede estar condicionada porque se pretenda desplegar actividad acreditativa respecto a un hecho o dato imposible de demostrar (como que una persona estu-

---

<sup>32</sup> SANCHIS CRESPO, C., “El derecho fundamental a usar los medios de prueba pertinentes (un recorrido por la jurisprudencia constitucional)”, *Tribunales de Justicia*, No. 5, año 1998, p. 526.

<sup>33</sup> MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria...*, cit., p. 21.

vo en dos lugares al mismo tiempo). Desde otro de punto de vista, la imposibilidad puede estar dada porque se pretenda desplegar una diligencia probatoria impracticable. Toda prueba implica un determinado nivel de reproducción de una realidad histórica ante el órgano que debe resolver un conflicto, y si los medios elegidos para reconstruir esa realidad histórica son inviables, hay que decir que la prueba pierde toda su eficacia. La imposibilidad o inviabilidad práctica del medio de prueba viene dada porque este, como instrumento, no es ejecutable o realizable o porque, siéndolo, su ejecución implicaría vencer dificultades extremas que la harían del todo una diligencia irracional.<sup>34</sup>

## 8. EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El CP se acoge a un modelo estructurado de doble audiencia, con una visible derivación a la oralidad y con imperio del principio de concentración procesal. Ello supone dejar atrás más de un siglo de vigencia de una norma procesal marcada por un procedimiento predominantemente escrito, episódico o con disgregación de actos. Es lógico que esta transformación en sede de principios procedimentales haga sentir su influencia también en la materia probatoria. El primer impacto del principio de concentración se manifiesta en que las partes deben proponer sus pruebas en los escritos de demanda y contestación, con previsión de hacer referencia a los extremos sobre los que recaerá cada una, en consonancia con el medio de que se trate (artículo 291.1). Como nota destacable se suprimen los interrogatorios preconcebidos por escrito para las pruebas de declaración de las partes (denominación que adopta ahora la confesión judicial) y la de testigos, diligencias que pasan a evacuarse a partir de interrogatorios orales de la parte proponente.

Las pruebas se someten a debate, de conformidad con el artículo 306, en el momento señalado por el tribunal. Bien pudiera ser en la audiencia preliminar, un acto que tiene entre sus fines definir la admisión o denegación de los medios de prueba propuestos por las partes, pero también practicarlas si es posible.<sup>35</sup> De lo contrario, el tribunal debe señalar un momento posterior dentro de los sesenta días siguientes. En todo caso, las pruebas habrán de practicarse en audiencia.

Otro aspecto a reseñar es la posibilidad de ordenar la práctica de determinados medios probatorios a través de videoconferencia o de medios tecnológicos

---

<sup>34</sup> MANTECÓN RAMOS, A., *Introducción al derecho probatorio*, cit., p. 61.

<sup>35</sup> Artículo 543.1 del CP.

aptos para transmitir, directamente y de modo fiable, la imagen y el sonido. En tal caso, debe adoptarse la utilización de soporte idóneo para conservar la imagen y el sonido. El tribunal en este caso adoptará las medidas requeridas para controlarlo y preservar la cadena de custodia, así como para garantizar que la diligencia se practique en entorno de contradicción, esto es, con previa citación de las partes para que estas puedan, cuando proceda, realizar preguntas o aclaraciones durante la realización de la diligencia.

## 9. EL CATÁLOGO DE MEDIOS DE PRUEBA

El legislador del CP ha superado la perspectiva de *numerus clausus* a la que se afiliaba la derogada Ley procesal, en tanto no era técnicamente posible, bajo su amparo, introducir una fuente de prueba a través de medios no previstos en un elenco cerrado que comprendía seis medios probatorios, a saber: confesión judicial, documentos y libros, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y reproducciones, testifical o presunciones. El artículo 315 del CP admite medios de prueba no previstos expresamente en dicho catálogo, siempre que resulten útiles para obtener certeza sobre los hechos.<sup>36</sup> Como corolario de esta prescripción, el tribunal dispondrá la práctica de estas pruebas atípicas de conformidad con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente arbitrio, con salvaguardia de los principios y garantías procesales.

Ya en cuanto a la conformación del catálogo probatorio, destaca la supresión de la confesión judicial como medio de prueba, que es sustituida por la declaración de las partes. Las razones de este giro normativo son obvias. La confesión judicial estaba anclada en el derecho histórico al llamado juramento y resultaba una modalidad probatoria obsoleta, estructurada con criterios formalistas como la construcción de las preguntas en sentido afirmativo.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Se sigue, con ello, la línea de otros códigos que habían instituido antes la noción del *numerus apertus*. Así, por ejemplo, el Código procesal civil peruano (artículo 193); el Código general del proceso, de Uruguay (artículo 146.2), o la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (artículo 299.3), que establecen, mediante un enunciado general, la posibilidad de que la partes utilicen cualquier otro medio distinto a los que acoge la Ley, facilitando con ello la entrada al proceso de fuentes de prueba que no quepan en los medios confirmatorios convencionales.

<sup>37</sup> La formulación afirmativa o asertiva de las preguntas está vinculada, desde el Derecho histórico, a la necesidad de declarar la tácita admisión de los hechos cuando hay ausencia de respuesta o esta no es clara o terminante. Como bien indica DÍAZ FUENTES, A., en *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, p. 137, “si se interrogase sobre alternativas nunca se sabría lo que podría darse por admitido”. Más adelante, el propio autor, citando a MIRA LÓPEZ, se refiere a las inconveniencias que podían atribuirse a este modo de elaborar las preguntas: “[...] puede engendrar contestaciones falsas por tres motivos: que la

Otro aspecto de relevancia es la supresión de la llamada prueba de presunciones. Como se sabe, la presunción constituye un método de razonamiento a través del cual, partiendo de un hecho que figura demostrado o del cual no se tienen dudas (hecho base o indicio), se arriba a la demostración de otro hecho, de interés en un proceso (hecho presunto), siempre que entre uno u otro hecho exista un enlace o nexo lógico que justifique la conclusión. Se trata de un método de razonamiento deductivo, por cuanto consiste en partir de un principio general conocido y avanzar mediante análisis lógico hasta alcanzar una conclusión particular desconocida.

La decisión de suprimir las presunciones del elenco de medio probatorios está motivada, sobre todo, porque en verdad constituyen una instrumentalidad cuya identidad y carácter es difícil de defender. El esquema presuntivo forma parte, en puridad, del método probatorio general –que adopta siempre una estructura deductiva–, y no solo de lo que conocemos por presunciones en sentido estricto, esto es, las que se reconocen como prueba en el artículo 261.6 de la LPCALE. Las presunciones, como dice MONTERO AROCA, entran en juego, consciente o inconscientemente, en todo pronunciamiento judicial sobre los hechos.<sup>38</sup>

## 10. LOS MEDIOS DE PRUEBA

### 10.1. LA DECLARACIÓN DE LAS PARTES

Constituye el primero de los medios de prueba, la primera de las pruebas relacionadas en el artículo 314 del CP. Esta modalidad acreditativa genera un marco para acoger las manifestaciones de las partes en el proceso, ya no a modo de afirmación o alegación, como sucede con las exposiciones en los escritos alegatorios o en los actos orales mediante los cuales los sujetos procesales se expresan directamente ante el tribunal. La declaración de las partes por vía probatoria se inscribe en una morfología distinta a las declaraciones simplemente alegatorias, sobre todo por el criterio demostrativo que se predica de sus resultados. Se trata de una declaración incitada por la contraparte a través

---

idea implícita en la pregunta evoque por asociación otra no concordante con la realidad a testimoniar; que la pregunta haga sentir al interrogado una laguna en su memoria, aventurando una repuesta al azar o basada en una deducción apresurada o meramente probable que resulte inexacta, y que la sugestión directa de la pregunta coloque al sujeto en una situación de inferioridad, o dubitativa, o de miedo, que le aparte de dar la contestación adecuada" (p. 138).

<sup>38</sup> MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, cit., p. 189.

de un interrogatorio oral que admite asimismo el cruce de preguntas –contrainterrogatorio– cumpliendo el presupuesto formal de la oralidad y bajo el imperativo de la claridad y la precisión.

En cuanto a criterio de valoración, la norma mantiene reminiscencias de prueba tasada para ciertos resultados probatorios, en tanto prescribe, en su artículo 331, que los hechos reconocidos por el declarante pueden tenerse por verdaderos en cuanto le perjudiquen directamente, excepto cuando se refieran a una materia indisponible para las partes. En cuanto a lo demás, el legislador mantiene la perspectiva de la libre valoración, al postular en el propio artículo que el resultado de la declaración queda sujeto a la valoración racional del tribunal, que tiene en cuenta los elementos de convicción alcanzados con este medio probatorio y los pondera de conjunto con toda la prueba practicada.

## 10.2. LA PRUEBA DE DOCUMENTOS Y LIBROS

Como en el esquema de la derogada LPCALE, el legislador del CP da inicio a la prueba documental estableciendo un concepto de documento público y, por decantación negativa, una definición del documento privado, entendidos como aquellos formados por particulares o entidades privadas o que no están comprendidos dentro de los públicos. Es esta una conceptualización necesaria, por cuanto aun cuando el arquetipo de la libre valoración se extiende como un manto sobre todo el entramado probatorio, este medio de prueba, en específico, conserva un sistema de gradación de valor que avanza en orden descendente desde el documento público más solemne hasta el documento privado.

Son documentos públicos, a la luz del artículo 332 del CP, los formados por los tribunales –y sus certificaciones–, los autorizados por funcionarios públicos en las materias relativas a sus funciones y con las formalidades requeridas por la ley –y las certificaciones legales expedidas–; los registros oficiales y sus certificaciones legales, así como los expedidos o constituidos de forma oficial por funcionarios, directivos o representantes de entidades públicas en el ámbito de sus funciones. Como se observa, el texto amplifica el espectro de lo público en el ámbito documental y, específicamente, con la última de las señaladas categorías, da cabida a una clase documentos que abunda en un modelo de organización social y estatal con predominio de lo oficial, donde está fuertemente implicada la perspectiva funcional.

La norma se afilia a las corrientes, ya generalizadas, que identifican como documentos no solo a aquellos asentados en papel, sino a los que utilizan otros

tipos de soporte, y específicamente los que resulten de la grabación de la palabra, el sonido y la imagen, el archivo, la visualización o reproducción de datos, cifras y operaciones matemáticas, contables o de otra clase.

Un importante movimiento normativo se ha producido respecto a la impugnación de documentos, una incidencia relevante dentro de la prueba documental. Se sabe que la impugnación es una facultad de cuestionamiento extrínseco que tiene por finalidad poner de relieve, y traer a colación, defectos del documento que inciden en su eficacia como medio de prueba. Es una acción procesal dirigida a atacar solo la calidad en la conformación de la fuente de prueba, no a poner en duda su fuerza probatoria de fondo. La parte que impugna se limita a cuestionar la integración del documento, pero no su contenido, lo cual implica que no deba seguirse una correlación directa entre impugnación y valoración del documento.<sup>39</sup>

El CP, en su artículo 339, sustituye las antiquísimas causales de impugnación que provenían del proceso español –falta de legitimidad, de autenticidad y de exactitud<sup>40</sup>– y da lugar a un motivo genérico, al amparo del cual pueden ponerse de relieve defectos o vicios que afectan la validez del documento, sin necesidad de argüir una causal específica. La parte únicamente ha de solventar la carga de explicar clara y razonadamente los motivos que sustentan la acción cuestionadora.

Como hemos sugerido antes, la prueba de documentos y libros tiene atribuido un criterio de valoración sustentado en la libertad ponderativa, pero sujeta a condicionantes que en definitiva derivan en una gradación del valor. Así, dispone el artículo 348 del CP que el tribunal habrá de tener en cuenta, al momento de valorar esta prueba, la validez del documento, el rigor y la formalidad en su constitución, en especial, los autorizados bajo la fe pública notarial, y los elementos que determinan la veracidad de su contenido.

### 10.3. LA PRUEBA PERICIAL

La prueba de peritos mantiene, en lo esencial, la arquitectura proveniente de la LPCALE. Son idénticas las bases conceptuales y es similar la eventualidad procesal que motiva la utilización de esta prueba: la necesidad de conocer o

---

<sup>39</sup> MANTECÓN RAMOS, A., *Cien problemas...*, cit., p. 197.

<sup>40</sup> Una disección de estas causales de impugnación puede verse en MENDOZA DÍAZ, J., "La prueba en el proceso civil", *Justicia y Derecho*, No. 5, año 2005, pp. 61-62.

apreciar algún hecho de influencia en el proceso escuchando el parecer de quienes tengan conocimientos especializados, científicos, técnicos, artísticos o prácticos. Si alguna modificación cabe significar es la que se refiere a la acogida de los auxiliares de las partes, entendidos como tales a aquellas personas con conocimientos en el tema objeto del dictamen, de las cuales se pueden hacer acompañar los litigantes, previa autorización del tribunal, para que los asistan en el interrogatorio a los peritos. Queda entendido que estos auxiliares periciales pueden formularles las preguntas directamente, con vistas a dimensionar el principio contradictorio en la práctica de esta prueba.

El dictamen pericial se atiene, como medio de prueba, a la regla de valoración proveniente del modelo de la LPCALE, es decir, el tribunal apreciará el resultado probatorio con criterio racional, sin estar necesariamente obligado a sujetarse al dictamen de los peritos.

#### 10.4. LA PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

Con el reconocimiento judicial sucede otro tanto, el CP mantiene el mismo diseño que su antecesora, aunque suprime de su denominación lo concerniente a las reproducciones. El reconocimiento judicial conserva su esencia de prueba directa mediante la cual el juez interactúa, sin intermediación, con determinado aspecto de la realidad que resulte relevante para la decisión final del litigio.<sup>41</sup> La norma da cabida a la modalidad del reconocimiento de personas, que ya estaba presente en el texto de la LPCALE, y recepciona de este texto la posibilidad de que las partes se asistan de expertos durante la práctica de la prueba (en sustitución de la denominación de “prácticos” que utilizaba el derogado cuerpo procesal). En cuanto a la norma de valoración, el legislador se atiene a las reglas de la sana crítica, como no podía ser de otra manera, dada la naturaleza y el protocolo práctico de esta prueba.

#### 10.5. LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS

La también denominada prueba testifical o testimonial aparece radicalmente afectada en este texto procesal por el principio de oralidad. La fisonomía del medio probatorio se modifica desde la proposición, acto en el que la parte ya no tendrá que acompañar los pliegos de preguntas por virtud de los cuales se

---

<sup>41</sup>“El reconocimiento es una actuación directa del juez, lo cual significa que él es quien se enfrenta al objeto reconocible sin intermediarios de ningún tipo y entra en contacto con él para captar los datos que se desprenden de su percepción [...]. Únicamente a través de su actuación en el reconocimiento va a conseguir asomarse a la realidad y tomar un conocimiento exacto de ella”. Vid. ORDOÑO ARTES, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, p. 104.

examinarían los testigos, como lo indicaba el artículo 321 de la LPCALE. Basta, a partir de ahora, con que se consignen los nombres y apellidos de los testigos propuestos, su domicilio o lugar de posible citación, así como los aspectos sobre los cuales deberá versar la declaración.

El régimen de inhabilidades y exenciones para declarar como testigo se aviene al cuadro general de la norma derogada, aunque se introducen algunas precisiones. Así, se suprime el criterio de edad (12 años) para estimar la inhabilidad para declarar de las personas que no han arribado a la mayoría de edad. Se catalogan como inaptos para testimoniar a todos los menores, pero se instituye la posibilidad de que sean escuchados si su declaración es determinante para acreditar hechos relativos al proceso que les afecten, de conformidad con las reglas específicamente establecidas a ese fin. En este punto opera una remisión implícita a la institución de la escucha de las personas menores de edad, a la que se dedica un capítulo dentro del título de los actos procesales, en la parte general del Código.

Un aspecto a significar es que se modifica la pauta vigente hasta este momento para la movilización o acarreo de los testigos. En efecto, el artículo 324 de la LPCALE dejaba a opción de la parte proponente presentar al testigo en la oportunidad dispuesta o solicitar su citación judicial. El artículo 389.3 confiere un giro a esta dinámica y conmina a la parte solicitante a garantizar la comparecencia de los testigos propuestos, excepto cuando, de conformidad con el Código, proceda su citación judicial, caso en que se traslada al tribunal la responsabilidad de agotar las diligencias necesarias para asegurar su asistencia. Es esta una solución normativa que quedará para estudiar, en tanto podría tener impacto en el derecho constitucional a la prueba, si se comprende como uno de los contenidos de este, el derecho de las personas a que se haga comparecer a los testigos que pueden aportar elementos a su favor en un proceso.

La nueva norma procesal, por otra parte, da cabida a la figura del testigo-perito, autorizando en su artículo 397.1 a que declaren en carácter de testigos aquellas personas que, habiendo presenciado, participado o tenido conocimiento de los hechos, de alguna forma, incorporen valoraciones o razonamientos técnicos o prácticos que posean.

EL CP ratifica el patrón valorativo de la prueba testimonial proveniente del proceso histórico. En consecuencia, se apreciará el valor probatorio de las declaraciones de los testigos, conforme con los principios y reglas de la lógica,

teniendo en consideración la razón de conocimiento que hayan dado y las circunstancias que concurran en ellos. Del mismo modo, la norma llama a los tribunales a evitar que, por simples testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos asuntos en los que, de ordinario, intervienen escrituras públicas u otros documentos sujetos a determinadas formalidades legales.

## 11. LA PRUEBA EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN

En lo que respecta a la reapertura de la actividad acreditativa en el recurso de apelación, el CP se atiene a la fórmula proveniente de la LPCALE y, consiguientemente, sin dar lugar a un nuevo juicio, ofrece una posibilidad limitada de practicar pruebas, en tanto estas, siendo relevantes, se hubieren denegado en la primera instancia o siempre que, al haber sido admitidas, no se hubiesen practicado por causas ajenas a la voluntad de su proponente. Cabe asimismo la ordenación de pruebas referidas a hechos de nueva noticia, las que pudiera proponer el demandado rebelde, no citado en su persona, que compareciera tardíamente.

El recurso de casación, por su parte, sufre una radical transformación de su plataforma. Se ha suprimido el antiquísimo sistema de causales de la LPCALE para dar paso a una formulación literalmente más reducida de motivos casacionales, pero al mismo tiempo más abarcadora en cuanto a la semántica del tipo normativo. Así, se franquea ahora este medio de impugnación para cuestionar la arbitrariedad o irracionalidad en la valoración de la prueba, siempre que sea relevante por su impacto en la decisión cuestionada.

Esta fórmula plantea una importante ruptura con el sistema casacional secular, vetado desde sus orígenes al tratamiento de la cuestión fáctica. Su impacto en los modelos de actuación procesal estará por verse, y el alcance cognoscitivo de este planteamiento deberá ser estudiado en la medida en que se vaya construyendo una inteligencia interpretativa sobre este motivo de casación. En un dictamen preliminar podemos decir, no obstante, que el precepto no anticipa una carrera desbocada hacia la *quaestio facti* en los predios casacionales. El legislador únicamente ha arbitrado una solución transicional para superar los estrechos marcos de la casación hispánica, dando lugar, con ello, a un control del razonamiento probatorio, pero no a una reconstrucción del juicio fáctico. Por razones elementales de sistemática, orden y principios procesales, ello sería imposible.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARADO VELLOSO, A., *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, tirant lo blanch, Valencia, 2006
- ALVARADO VELLOSO, A., *Sistema procesal*, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- CALAMANDREI, P., "La definición del hecho notorio", en *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945.
- CARVAJAL, Patricio I., "Non liquet! Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil", *Revista chilena de Derecho*, No. 3, año 2012, p. 565 y ss.
- DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., "Los hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil, a examen", *Dereito. Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, No. 1, año 2017, p. 27 y ss.
- DÍAZ FUENTES, A., en *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Tratamiento y práctica*, Bosch, Barcelona, 2002.
- MANTECÓN RAMOS, A., *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*, Ediciones ONBC, 2010.
- MANTECÓN RAMOS, A., *Cien problemas de la prueba judicial en lo civil*, Ciencias Sociales, 2014.
- MANTECÓN RAMOS, A., *Introducción al derecho probatorio*, Ediciones ONBC, 2016.
- MANTECÓN RAMOS, A., "El derecho a la prueba. Implicaciones procesales del artículo 94 c) de la nueva constitución cubana", en J. Picó i Junoy, J. Mendoza Díaz y A. Mantecón Ramos (dirs.), *La prueba a debate. Diálogos hispano-cubanos*, Bosch, Barcelona, 2021.
- MENDOZA DÍAZ, J., "La prueba en el proceso civil", *Justicia y Derecho*, No. 5, año 2005, p. 49 y ss.
- MONTERO AROCA, J., *Proceso civil e ideología* (coord.), tirant lo blanch, 2006.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2011.
- NIEVA FENOLL, J., et al., *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- NIEVA FENOLL, J., "Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado", *In Dret*, No. 3, año 2020, p. 429.
- ORDOÑO ARTES, C., *La prueba de reconocimiento judicial*, Montecorvo, Madrid, 1987.
- PICO I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Bosch, Barcelona. 1996.

SANCHIS CRESPO, C., "El derecho fundamental a usar los medios de prueba pertinentes (un recorrido por la jurisprudencia constitucional)", en *Tribunales de Justicia*, año 1998, No. 5, p. 521 y ss.

SENTIS MELENDO, S., *El juez y el derecho*, EJEA, Buenos Aires, 1957.

TARUFFO, M., *et al.*, "Casi una Introducción", en J. Nieva Fenoll (dir.), *Contra la carga de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

---

Recibido: 1/2/2022  
Aprobado: 15/3/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative  
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International  
(CC BY-NC 4.0)

