

**LA CARGA DE LA PRUEBA: CARGA DE ALEGACIÓN, CARGA DE PRODUCCIÓN, CARGA DE PERSUASIÓN.**

**THE BURDEN OF PROOF: LOAD OF ALLEGATION, PRODUCTION LOAD, BURDEN OF PERSUASION.**

Omar Sumaria Benavente  
[osumaria@cvsabogados.com](mailto:osumaria@cvsabogados.com)

Profesor de la Academia de la Magistratura.

Recibido: 02-05-2016

Aceptado: 17-05-2016

---

**RESUMEN**

La carga de la prueba no solo opera en el plano procedimental sino que tiene distintas funciones ya sea en una dimensión procesal y una dimensión extra procesal. En la primera dimensión se configura como un principio informador del proceso, o como una regla de trato procesal, como regla probatoria y finalmente como regla de juicio. En esta última función es la denominada carga de persuasión la que contradictoriamente no ha sido desarrollada, y es precisamente la que otorga el significado a lo realizado a través de las cargas de alegación y producción de la prueba. La importación de la carga de persuasión es notable para poder explicar el contenido de razonamientos abductivos y llegar a afirmar la verdad o falsedad de una proposición en los argumentos de las partes.

**PALABRAS CLAVES**

Prueba – Argumentación – Epistemología – Carga De La Prueba - Proceso

## **ABSTRACT**

The burden of proof not only operates in the procedural plane but have different functions either in a procedural dimension and an extra procedural dimension. In the first dimension is configured as an informant early in the process, or as a rule of procedural treatment, as an evidentiary rule and finally as the rule of judgment. In the latter function, it is called burden of persuasion, which contradictorily has not been developed, and it is precisely what gives meaning to what has been done through loads of allegation and proof production. The import of the burden of persuasion is remarkable to explain the content of abductive reasoning and come to affirm the truth or falsity of a proposition on the arguments of the parties.

## **KEYWORDS**

Test - Reasoning - Epistemology - Burden of proof - Process

## **SUMARIO**

1. El problema de la prueba y la verdad en el proceso y la aplicación de la epistemología jurídica 2. La carga de la prueba y las fases del proceso. 3. Carga de persuasión (estándares de prueba) 4. Conclusión 5. Bibliografía.

### **1. El problema de la prueba y verdad en el proceso y la aplicación de la epistemología jurídica**

Para L. Laudan el concepto de epistemología jurídica se puede definir de la siguiente manera:

“La epistemología jurídica consta de dos proyectos: a) uno de carácter descriptivo, consistente en determinar cuáles de las reglas vigentes promueven o facilitan la verdad y cuales las obstaculizan, y b) otro normativo consistente en proponer cambios

en las reglas existentes al efecto de modificar o eliminar aquellas que constituyen impedimentos graves para la búsqueda de la verdad” (LAUDAN, 2013, pág. 23)

Sin embargo, como menciona D. Dwyer, la definición de Laudan sugiere una indebida restricción, enfocándose solamente en las reglas de exclusión, sin tener en cuenta que el derecho no tiene un imperativo de la facultad lógica, sino que se forma en el razonamiento práctico en un determinado contexto legal que se forma en parte por el requisito especial de recopilación de información (DWYER, 2008).

En el mismo sentido, a este carácter pragmático del derecho y sobre todo aplicable al tema de la prueba, H. Fiedler señala que a pesar de la existencia de un cierto aspecto “matemático” o formal, la tarea del jurista con las normas del derecho y el pensamiento jurídico en general no es rigurosamente formal, sino que depende del contenido de las proposiciones; tiene carácter pragmático sometido a la práctica a la necesidad de decidir las cuestiones que se presenten concretamente (FIEDLER, 2002), o en palabras de Muñoz Sabaté, quien indica que la prueba surge no en la aplicación dogmática del derecho sino en una visión clínica y pragmática, sumergido en las vicisitudes de la praxis judicial. (MUÑOZ SABATE, 1997)

En consecuencia, si tomamos que la epistemología clásica debe preocuparse por la justificación de las creencias, la epistemología jurídica debería, si es que permanece dentro de la filosofía, ocuparse de la creación y la justificación de las creencias pero en un contexto legal, y centralmente con la justificación de las creencias formadas por el tribunal. Así que más allá de la definición de Laudan, con enfoques sobre la importante cuestión de las mejores reglas para promover la búsqueda de la verdad, es necesario que haya una preocupación más amplia con la naturaleza de la justificación epistemológica legal (DWYER, 2008)

En este sentido, y siguiendo la explicación de D. Dwyer en la diferencia entre una epistemología clásica o general y una epistemología legal o jurídica, advierte que hay por lo menos cuatro facetas de la investigación de los hechos legales que son lo suficientemente distintivo como para justificar la descripción de la epistemología jurídica como forma especial de la epistemología, relacionada, pero de distinta forma a la epistemología clásica.

Estas facetas serían:

- a) Que mientras que la epistemología clásica se refiere a cómo se desarrollan en los individuos creencias justificadas, la epistemología jurídica se ocupa de la formación colaborativa de la misma.
- b) La segunda es que las creencias justificadas de la corte afectan su conducta, y por lo tanto representan una forma especial de razonamiento práctico.
- c) La tercera es que los tribunales están sujetos a normas, cosa que varían de una jurisdicción a otra, acerca de qué pruebas se ha considerado, y la importancia que puede (o en algunos casos debe) fijar en ciertos tipos de pruebas
- d) El cuarto aspecto es la naturaleza de la relación especial entre los procesos legales y la verdad, y la forma como se desarrolla en estos la relación entre verdad y justificación que puede ser más cuidadosamente definido en un contexto legal que en la mayoría del contexto social. (DWYER, 2008)

De este modo, la epistemología jurídica nos dice cómo los tribunales son capaces de producir creencias justificadas verdaderas (o mínimamente una verdad-indicativa). En este aspecto, la epistemología jurídica se encargaría de cubrir la discusión de la validez de la prueba integral y el valor probatorio de las historias, por un lado, y el uso de los argumentos deductivos atomizados así como el uso de demostraciones de teoría de probabilidad en el otro (DWYER, 2008).

Por ello, la aplicación de la epistemología jurídica en el derecho se encuentra relacionada directamente con el problema central de la prueba que radica en el objetivo de alcanzar la verdad en el proceso, o por lo menos como se ha mencionado una verdad indicativa, más allá de la discusión filosófica si existe o no la verdad.

En este sentido, señala Husserl (HUSSERL, 1976) que la “verdad” es el correlato de un acto identificador, una situación objetiva, y como correlato de una identificación de coincidencia, una identidad. Es decir se establece la identidad entre la situación objetiva y su correlato de identificación.

Asimismo es la plena concordancia entre lo afirmado y lo dado como es la verificación actual de la identificación adecuada, en otras palabras, establecer un correlato entre lo afirmado y o verificado.

Y finalmente, señala Husserl, la verdad también se refiere a la relación ideal que impera en la unidad de coincidencia entre las esencias significativas de los actos coincidentes, denominados evidencia, es decir, la idea correspondiente a la forma del acto o hecho, una adecuación absoluta como tal.

En síntesis, la noción de verdad, debería establecer tres niveles de correspondencia, el primero entre la situación objetiva y su identificación, el segundo entre lo afirmado sobre esa situación objetiva identificada y lo verificado, y el tercero la correspondencia ideal entre el significado y esa situación identificada, afirmada y verificada.

Estos tres niveles o dimensiones de la “verdad” o lo “verdadero” señaladas por Husserl, determinarán la actitud y actividad del que propone estableciendo las distintas cargas de prueba en el proceso.

En otro extremo, con relación al problema de la verdad en el proceso para cumplir este objetivo su búsqueda legalmente se restringe elementos probatorios, a diferencia del método científico en el que cualquier dato es válido. En una metáfora es como si se pidiera alcanzar el cielo de la cúpula de una catedral que representa o contiene a la verdad, pero la escalera proporcionada por el proceso legal es más corta a diferencia del plano epistemológico general, cuya escalera es más extensa y puede llegar hasta la misma cúpula, en el que es válido cualquier tipo de prueba a manera de peldaño para alcanzar el objetivo del verdadero conocimiento.

Dentro de la teoría del análisis económico del derecho, con relación a esta limitación en cuanto a la información que se puede utilizar en el proceso legal para la búsqueda de la verdad indica R. Cooter que “el razonamiento en la sala del tribunal puede describirse como una elección racional restringida en condiciones de incertidumbre, donde las restricciones se forman por reglas probatorias que confinan el comportamiento de decisión dentro de límites legales” (COOTER & ULEN, 1999, pág. 530)

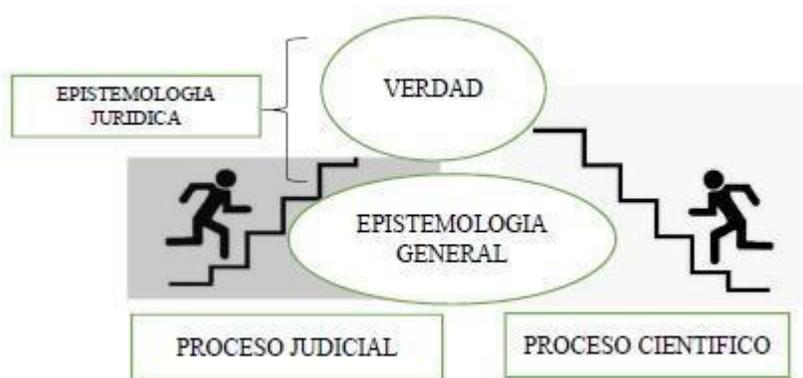
En dicha perspectiva las reglas de exclusión en el derecho anglo sajón o reglas probatorias en el derecho europeo continental tienen como fin mantener la imparcialidad del juez y producir incentivos en las partes para la producción de la prueba y sustentar sus pretensiones. De esta manera quien controla la información y los recursos usados en una conducta tiene los incentivos para probar dicha afirmación, dado que no hacerlo derivan en efectos negativos, ya sea la pérdida del derecho o el pago de una indemnización o una sanción, y a través de cargas de prueba y reglas de exclusión se internalizan las externalidades. Es decir, los beneficios o daños del aporte de información al proceso.

Hay que tener presente que la búsqueda de la verdad en el proceso judicial es distinta que en el proceso científico. En el proceso judicial se busca una verdad del pasado que por refutación o corroboración se aplica al caso presente. En el proceso científico al contrario de un caso concreto se busca una verdad futura aplicada a otros casos, es decir hay distinción de tiempo. En el proceso judicial la verdad es solo para el caso concreto, mientras que en el proceso científico trata de formas leyes generales aplicables a todos los casos, es decir hay una distinción en cuanto a espacio. En el proceso judicial los medios probatorios deben estar en un campo más allá de lo legal, entre lo moral y ético, mientras que en el proceso científico muchas veces lo moral y ético deben dejarse de lado para llegar a la verdad, entonces habría una distinción subjetiva.

Sin embargo, en este aspecto, habría que precisar que las prácticas profesionales como el derecho, no están sometidas al doble imperativo de “universalización” y la “validación de sus conclusiones cognoscitivas” sino que les basta con alcanzar una adecuada eficacia local,

particular, lograda en los marcos del problema práctico que intentan resolver y un tolerable respeto a las normas éticas y técnicas que rigen en el campo de la incumbencia profesional (SAMAJA, 2004)

Es por ello, que esta carencia epistemológica del derecho para alcanzar la verdad, provoca que ese vacío deba ser llenados por criterios lógicos, que corresponde a la epistemología jurídica, y de esa forma alcanzar una “verdad lógica” (DEL PADRE TOME, 2012) o “verdad indicativa” (DWYER, 2008) que es la que se obtiene a través de las reglas de cada sistema



Pese a todo ello, hay una corriente abolicionista o racionalista de tipo Benthamniano en el que se propone anular o abolir cualquier tipo de regla probatoria, el hecho es que por cuestiones de elecciones políticas y preferencias de valores de la seguridad jurídica por sobre la verdad se ha establecido en el derecho reglas probatorias o en el caso del *common law* reglas de exclusión. En ese sentido Stein, citado por J. Ferrer, menciona que la averiguación de la verdad es un valor más que el derecho persigue y que puede entrar en conflicto con otros valores asumidos por el mismo derecho (FERRER BELTRAN, 2013), con lo que en conclusión es una cuestión de elección política el valor a adoptar entre la verdad o la seguridad jurídica.

Luego, es en este marco de incertidumbre que se genera la búsqueda de la verdad en el proceso judicial y para llenar ese vacío que los elementos probatorios no pueden proporcionar por deficiencia temporal, espacial o subjetiva, se resalta el plano argumentativo o manipulación argumentativa para que a través de mecanismos inferenciales y la creación de

estándares de prueba poder llegar a una verdad lógica o indicativa como presupuestos de una epistemología jurídica aplicada a la prueba.

## **2. La carga de la prueba y las fases del proceso**

En este proceso, el juez no es un ser inerte en materia de prueba, sino conforme se desarrolla el proceso hay una inversión del monopolio de esta entre las partes y el juez. De esta forma al inicio del proceso, en la actividad investigatoria son las partes las que tienen el control sobre la búsqueda y hallazgo del hecho, y luego de trasladado al plano jurídico en la actividad probatoria el control de los hechos por el juez comienza a acrecentarse hasta llegar a un monopolio absoluto en la traducción e interpretación final.

Esta inversión en el monopolio de la prueba obedece a las dimensiones de la “carga de la prueba” (SUMARIA BENAVENTE, La carga de la prueba: carga de alegación, carga de producción, carga de persuasión. A propósito del "rep ipso loquitur" en la prueba de los hechos en la responsabilidad extracontractual, 2014). Estas dimensiones obedecen, tal como se había afirmado líneas arriba en el establecimiento de la verdad, en el que se deben determinar tres niveles de correspondencia. Un primer nivel entre la adecuación de una situación objetiva y su identificación, el segundo entre lo afirmado sobre esa situación objetiva identificada y lo verificado, y el tercero en la correspondencia ideal entre el significado y esa situación identificada, afirmada y verificada, y que va a determinar las distintas cargas de prueba en las fases del proceso.

Estas cargas de la prueba de acuerdo con R. Allen se pueden distinguir en carga de alegación carga de producción, y carga de persuasión (ALLEN J., 2013), con relación a las hipótesis de validación que se realizan en distintas etapas o fase en el proceso.

De esta manera el proceso de investigación (SAMAJA, 2004) se realizaría en forma similar al proceso judicial (SUMARIA BENAVENTE, 2008) a través de distintas fases o momentos, cada una con un objeto propio y una propia hipótesis, pero unidas por un eje validador que en el caso del proceso legal sería el concepto de proceso debido o debido proceso:

- a) Una primera ***“fase de comprensión modelizante”***, en donde se encuentra el ***“modelo ideal”***, lo anterior al proceso. Aquí se encuentra la creencia en el derecho y la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para su actuación de acuerdo a los valores sociales, políticos o económicos y la relación de conflicto que se percibe, la dimensión de este y sus elementos. Esta fase generalmente no es percibida por el abogado litigante que se centra en la aplicación del derecho, y al contrario es explotada por los mecanismos alternativos de solución de conflictos que abarcan la reconstrucción de la relación social con intereses en competencia, opuestos o similares, denominada ***“conflicto”*** (SUMARIA BENAVENTE, Manifestaciones de las formas de solución de conflictos como expresión de la "cultura" y la relación con el desarrollo de la "autoridad", 2014)
- b) Una segunda ***“fase de validación conceptual”***, en la que hayan definidas las hipótesis sustantivas con los conceptos (pretensión y resistencia), que determina el ***“objeto modelo conceptual”*** del proceso, y en donde se produce la ***“carga de alegación”*** que especifican las condiciones bajo las cuales las pretensiones fácticas/jurídicas serán consideradas para su inclusión en un litigio y son distribuidas según la preferencia del legislador, asignadas generalmente a la parte que está pidiendo un cambio en el *status quo*, produciendo de esta forma a través de la legislación incentivos para la posterior producción de la prueba dado que si se obligara a la parte no controladora del hecho a asumir la carga de la prueba entonces quien tiene más información tendría más incentivo para no producir la prueba y los costos de producir la prueba aumentarían y se aleja la posibilidad de establecer la verdad de los hechos
- c) Una tercera ***fase de validación empírica***, en la que se validan los hechos aportados por las partes a través de sus medios probatorios, y en donde se determina el ***“objeto modelo operacional”*** en donde se produce la ***“carga de producción”*** que es la exigencia de la prueba a quien ha sido asignado la ***“carga de alegación”***, asumiendo el costo de la pérdida de alguna pretensión o de su totalidad

- d) Una cuarta *fase de validación operativa*, que es la construcción y presentación de las hipótesis generalizadoras de las partes las cuales determinan el “*objeto modelo de interpretación*”, en donde se produce la “*carga de persuasión*” que en palabras de J. Allen (ALLEN J., 2013) representaría un reto conceptual interesante a diferencia de las cargas de alegación y producción.

De esta manera, una vez que se cuenta con una base probatoria aceptable, la decisión debe ser tomada en un marco de incertidumbre, y la carga de persuasión establece que regla debe ser empleada. Así, la carga de persuasión establece el significado y aplicación de la carga de producción

La carga de persuasión divide un intercambio argumentativo, siendo necesaria para un discurso argumentativo que responde al propósito crítico racionalista de control de “plausibilidad” a través de los ensayos de un procedimiento sistemático, completo, eficiente y perspicaz. Así una diferencia de opinión respecto de la aceptabilidad de un punto de vista sólo puede resolverse si la carga de la prueba se divide de una manera transparente y las partes cumplen con esa división (VAN EEMEREN, 2012)

- e) Una *quinta fase de validación expositiva*, en la que da el resultado del proceso y el juez elige la estrategia comunicativa a través de la sentencia que constituye el *objeto modelo retórico*. En esta fase la carga de la prueba, a la que se podría denominar “*carga retórica*” la asume totalmente el juez en la función de la validación de la hipótesis retórica.

Cuando el juez se dispone a exponer los resultados del proceso se encuentra en el campo normativo que rige la actividad hacia lograr la persuasión, la adhesión o el reconocimiento, produciéndose los resultados de la pragmática a través de la “semiótica” o “retórica”, o como se viene diciendo a través de la “argumentación”.

El proceso jurisdiccional no es ajeno a un ambiente cultural y en el cobra su sentido y relieve y su producto apuntará “a preservar esa cultura, a ratificarla o a cuestionarla” (SAMAJA, 2004, pág. 225), pero en todos los casos, deberá fundamentarse en los valores

primordiales de esa cultura que se constituyen en “lugares comunes” sobre los que se construye la argumentación y funcionan como la principal guía para optar entre una u otra estrategia expositiva, que a la postre son las base de métodos llamados como “ponderación”.

No obstante, esta hipótesis es tal vez la menos visible porque aparecen en momentos de crisis, que surgen al momento de tener que escoger entre formas incompatibles de desarrollar la práctica, y que pueden incluir valores circunstanciales que se pueden poner en juego al momento de exponer el resultado.



### 3. La carga de persuasión de la prueba y los estándares de prueba

Tal como se indicó Ronald J. ALLEN en términos generales a las partes en un proceso se les puede imponer tres tipos de cargas: la carga de alegar, la carga de producción de prueba y la carga de persuasión e indica que si bien las cargas de alegar son significativas en cuanto constituyen el andamiaje del proceso, no plantean un reto conceptual interesante, mientras que las otras cargas comprende lo que normalmente se conoce como estándares de prueba.

De esta manera, una vez que se cuenta con una base probatoria aceptable, la decisión debe ser tomada en un marco de incertidumbre, y la carga de persuasión establece que regla debe ser empleada. De tal forma que la carga de persuasión establece el significado y aplicación de la carga de producción (ALLEN J., 2013)

Esta carga de persuasión se pueden imponer de manera directa o indirecta a una parte o se modifica en lo que atañe a una parte, siendo la clave para comprender los distintos mecanismos de control y limitación del juzgador como en las defensas afirmativas, las presunciones, inferencias, comentarios, hechos notorios, en las cuales se pueden producir manipulaciones estratégicas.

En el caso de las presunciones, tal como ha sido estructurado, puede servir para cuatro funciones, ya sea para formular reglas jurídicas (presunciones legales o judiciales), para asignar directamente cargas de persuasión, para asignar cargas de producción y para realizar inferencias y comentarios sobre las pruebas (ALLEN J., 2013), este último uso puede implicar manipulaciones estratégicas o indirectas de la carga de persuasión.

Señala Van Eemeren, que el concepto de carga de prueba así concebido “sirve a la división del trabajo de argumentación”, estimulando el progreso de los intercambios críticos, porque el dialogo solo puede avanzar si a los participantes asumen compromisos de forma colaborativa. En consecuencia, atribuir a la carga de la prueba una situación puramente dialéctica difiere de atribuirles cualidades epistemológicas, éticas, ideológicas, o incluso morales (VAN EEMEREN, 2012)

Dentro de la perspectiva del proceso como discusión crítica es decir una operación pragmatodialéctica, en el que sirve como “un instrumento óptimo para la viabilización del diálogo y la cooperación en el proceso” (MITIDIERO, 2009, pág. 132) la carga de la prueba se constituye cuando se realizan actos de comunicación asertivos para avanzar en un punto de vista o para avanzar en una razón o premisa, que en el curso del debate se convierte en un sub punto de vista, dado que no tiene una aceptación inmediata y debe defenderse en el transcurso del proceso, en los que estos asertivos crean el compromiso de constituir una carga de prueba. En otro sentido están los actos de comunicación asertivos que sirven como puntos

de partida para la discusión, estos no crean compromisos, pero pueden utilizarse en la etapa de argumentación pero no crean carga de prueba. (VAN EEMEREN, 2012)

Es así que la carga de prueba implica la obligación de defender un punto de vista que se ha planteado, o justificar o refutar la proposición o proposiciones expresadas en el punto de vista, que a su vez, también implica la obligación de dar una réplica adecuada a la respuesta crítica de la otra parte. (VAN EEMEREN, 2012).

En otras palabras la carga de persuasión regula la forma en que se distribuye el *onus probandi* en relación con el punto de vista, así “las partes que avanzan un punto de vista no pueden negarse defender este punto de vista, cuando así se les solicite”, que implica la división del trabajo de la argumentación, produciendo la división del trabajo que estimula el progreso de los intercambios críticos porque el dialogo puede avanzar sólo si los participantes asumen compromisos de forma colaborativa.

De esta manera la carga de persuasión implica justificar o refutar la proposición o proposiciones expresadas en el punto de vista. “Esta regulación implica la obligación de dar una réplica adecuada a la respuesta crítica de la otra parte, es decir, argumentar que el caso que se trate a fondo y extensamente como antagonista de las críticas que la requieren, incluyendo el tratamiento de los puntos de vista alternativos contradictorios en la carga de la prueba del protagonista que marcan la diferencia de opinión” (VAN EEMEREN, 2012, pág. 334).

Pero el maniobrar estratégicamente con la carga de la prueba si bien puede hacerse de manera legítima, también puede descarrilar en el cambio o eludir la carga de la prueba. La carga de persuasión divide un intercambio argumentativo, siendo necesaria para un discurso argumentativo que responde al propósito crítico racionalista de control de “plausibilidad” a través de los ensayos de un procedimiento sistemático, completo, eficiente y perspicaz. Así una diferencia de opinión respecto de la aceptabilidad de un punto de vista sólo puede resolverse si la carga de la prueba se divide de una manera transparente y las partes cumplen con esa división (VAN EEMEREN, 2012).

En esta función de justificar o refutar la proposición o proposiciones mixtas, múltiples o alternativas que se dan en el discurso argumentativo de las partes, se producen los denominados estándares de prueba, suficiencia de prueba o dosis de prueba (LLUNCH, 2013), que tienen como función llevar a la conclusión de afirmar “está probado que” al referirse a los hechos probados en términos de su aceptación de la proposición fáctica que se declara probada, sobre las bases de los elementos de juicio disponibles en el proceso y en el estado mental del juez al alcanzar la creencia, convicción o certeza de los hechos probados (FERRER BELTRAN, Prueba y verdad en el derecho, 2005).

Para la construcción de un estándar de prueba se deben dar dos condiciones, primero que la hipótesis deba ser capaz de explicar los datos disponibles, integrarlos coherentemente y permitir la predicción de nuevos datos que la hipótesis confirmada pueda formular, y por otro lado, debe haber refutado todas las demás hipótesis compatibles, que con los mismos datos explicativos refiera al sentido contrario o distinto de la proposición afirmada (FERRER BELTRAN, La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana, 2013).

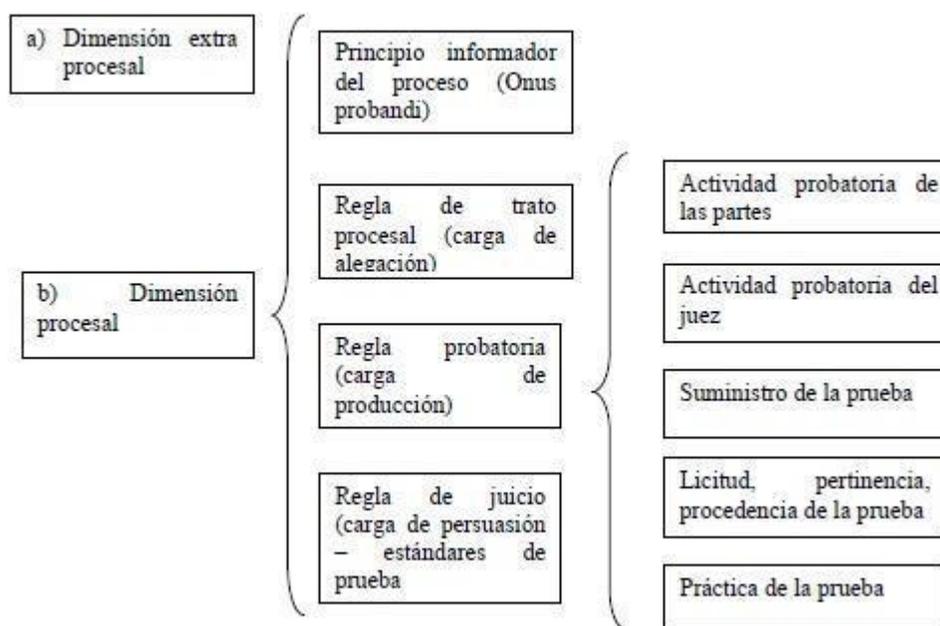
La construcción del estándar lleva a la verificación positiva de la afirmación, estableciendo la diferencia entre “evidencia” y “verdad”, ya que no todo lo evidente es verdadero y lo verdadero a veces no es evidente. En este aspecto la “verdad” es el correlato de un acto identificador, una situación objetiva, y como correlato de una identificación de coincidencia, una identidad, es decir, la plena concordancia entre lo afirmado y lo dado como es la verificación actual de la identificación adecuada. De otro lado, la verdad también se refiere a la relación ideal que impera en la unidad de coincidencia entre las esencias significativas de los actos coincidentes, denominados evidencia, es decir, la idea correspondiente a la forma del acto o hecho, una adecuación absoluta como tal. (HUSSERL, 1976)

De tal forma que la carga de persuasión, como obligación genérica en el debate argumentativo permite la construcción de la verdad bajo de los criterios de adecuación y plenitud de la afirmación con relación a la experiencia empírica manifestada.

Pese a esta radical importancia de la carga de la prueba, tradicionalmente el debate doctrinario jurídico sobre dicho tema se ha centrado en otros aspectos, pero tal vez menos en el más relevante.

Por ello se puede decir que la carga de la prueba tiene una dimensión extra procesal y una dimensión procesal. En la primera se trata de un principio aplicado a todo tratamiento procedimental, ya sea en el aspecto procesal judicial, administrativo o privado. En la segunda dimensión la carga de la prueba ha sido tratada como principio informador del proceso, como regla de trato procesal (carga de alegación), como regla probatoria (carga de producción) y como regla de juicio (carga de persuasión o construcción de estándar de prueba).

#### ESTRUCTURA DE LA CARGA DE LA PRUEBA



Sin embargo, como ya se ha reiterado el énfasis ha sido mayoritariamente en los otros aspectos y menos tratado en este último, la carga de persuasión como regla de juicio.

Señala ALLEN que la carga de persuasión como una medida de probabilidad convencional tiene un enorme poder explicativo, Por un lado permite descifrar el término “presunción”, así como hacer un análisis unificados de los mecanismos probatorios y procedimentales, e

incluso darle orden a una de las exigencias constitucionales de la motivación de las resoluciones judiciales.

En este aspecto, las maniobras estratégicas en el campo de la carga de persuasión de la prueba, abre campo al análisis estratégico en el derecho de tal forma que al momento de escoger cualquier curso de acción si estamos en condiciones de definir con precisión el objetivo, y a la vez diseñar cuáles serán las respuestas alternativas frente a las diversas contingencias, la acción puede llegar más exitosamente a la meta y con probabilidades de ser más eficiente (BARRAGAN, 2009).

La estrategia argumentativa en la prueba se abre campo frente a distintos aspectos a valorar toda vez que el derecho se mueve en un marco de “no certidumbre”, existen varias respuestas únicas y restricciones para generar espacios de solución, en la medida que no todos los hechos pueden ser trasladados al proceso (como los obtenidos a través de medios ilícitos o violatorios de garantías constitucionales), aparte de la restricción informacional o asimétrica y el costo moral de la decisión frente a casos “difíciles” o “trágicos”, en los cuales se puede subjetivar la decisión frente al carácter rival del bien o valor en disputa o a las dificultades de medición del bien en disputa.

#### **4. Conclusión:**

Más allá del análisis del principio de la carga de la prueba, que como indicó Gian MICHELLE se trataría más de un “dogma” cuyo estudio tradicional tiende a configurar como algo inmutable, casi como si se derivase directamente de los principios de la lógica natural que lleva a “dar un valor universal y, por así decir de “razón” a un criterio totalmente contingente” (MICHELI, 1961, pág. 4), el análisis de la carga de prueba se abre al espacio de la epistemología en su dimensión de regla de juicio respecto de las afirmaciones de las partes en un contexto de un proceso dialógico sobre la base de la discusión crítica

El tratamiento de la carga de la prueba como principio informador del proceso, o regla de trato procesal o regla probatoria, no completa la real dimensión de este mecanismo que tiene

como último fin la afirmación verdadera o falsa de la proposición en los argumentos de ataque o defensa de las partes, ya que el análisis estrictamente jurídico es muchas veces limitado.

## 5. Bibliografía

- ALLEN J., R. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico. En C. VASQUEZ (Ed.), Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica (D. Dei Vecchi, & C. Vasquez, Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- BARRAGAN, J. (2009). Estrategias y Derecho. México D.F.: Ediciones Miguel Angel Porrúa.
- COOTER, R., & ULEN, T. (1999). Derecho y Economía. (E. L. Suárez, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- DEL PADRE TOME, F. (2012). La prueba en el derecho tributario (Segunda edición en español ed.). (J. C. Panéz Solórzano, Trad.) Lima: Grijley.
- DWYER, D. (2008). The judicial assessment of expert evidence. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERRER BELTRAN, J. (2005). Prueba y verdad en el derecho. Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRAN, J. (2013). La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasibenthamiana. En C. Vásquez (Ed.), Estándares de prueba y prueba científica (págs. 21-39). Madrid: Marcial Pons.
- FIEDLER, H. (2002). Derecho, Lógica, Matemática. (E. Bulygin, & E. Garzón Valdéz, Trads.) Buenos Aires: Fontamara.
- HUSSERL, E. (1976). Investigaciones lógicas. (M. Morente, & J. Gaos, Trads.) Madrid: Revista de Occidente.
- LAUDAN, L. (2013). Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica. (C. Vásquez, & E. Aguilera, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
- LLUNCH, X. A. (2013). Estándares de prueba y reglas de la sana crítica. En Cultura y Proceso. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

- MICHELI, G. A. (1961). La carga de la prueba. (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MITIDIERO, D. (2009). Colaboración en el proceso civil. Lima: Communitas.
- MUÑOZ SABATE, L. (1997). Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso. Bogotá: Temis.
- SAMAJA, J. (2004). Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica (Tercera ed.). Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.
- SUMARIA BENAVENTE, O. (2008). Una visión nueva para la enseñanza del derecho procesal. Revista Electrónica de la Maestría en Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, II (1). Recuperado el 28 de 03 de 2015, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2447/2398>
- SUMARIA BENAVENTE, O. (setiembre de 2014). La carga de la prueba: carga de alegación, carga de producción, carga de persuasión. A proposito del "rep ipso loquitur" en la prueba de los hechos en la responsabilidad extracontractual. Actualidad Civil, III, 28-37.
- SUMARIA BENAVENTE, O. (julio de 2014). Manifestaciones de las formas de solución de conflictos como expresión de la "cultura" y la relación con el desarrollo de la "autoridad". (I. Pacifico, Ed.) Actualidad Civil, 1(1), 230-245.
- VAN EEMEREN, F. (2012). Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo. (C. Santibañez Yañez, Trad.) México: Plaza y Valdéz editores.