

## Breve anatomía de la carga de la prueba

Juan de Dios CAMACHO ORTEGA

*Magistrado*

Diario La Ley, Nº 7672, Sección Tribuna, 13 Jul. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY

LA LEY 13187/2011

### I. DEL ARTÍCULO 24.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU TRANSFORMACIÓN DE POTENCIA A ACTO

1. No existen derechos fundamentales *absolutos*, y el derecho *a la prueba* que consagra el art. 24.2 CE, por mucho que cobre un protagonismo sin parangón en la vista oral (1), no es una excepción. Lo tiene así dicho con reiteración, como bien sabemos, el TC.

Mas en lo que aquí interesa, debo añadir que el presupuesto transformador de este derecho fundamental *a la prueba* —esto es, para que opere su paso de *potencia* a *acto* y en un determinado proceso—, consiste en un conflicto de vitales consecuencias para la Justicia (lo *legal*) y la Seguridad Jurídica (lo *práctico*) (2), y, por lo mismo, urgido siempre de una clara (y eficiente) solución:

Se trata, más en concreto, del problema (sólo en apariencia indisoluble) que nace de las afirmaciones realizadas por las partes litigantes (ya en fase de alegaciones), y susceptibles (tales afirmaciones) de ser descompuestas a su vez en pares ordenados (correlativos) y contradictorios entre sí, acerca de la existencia, realidad o verdad histórica de un mismo hecho (3). Y dado que —obvio resulta— es naturalmente imposible que algo pueda existir y no hacerlo al mismo tiempo, aclarar primero *lo real y exactamente acontecido* es el cimiento inexcusable sobre el que poder elevar luego la aplicación judicial del Derecho (también con mayúscula) que sirve a la solución del caso procesal concreto.

2. Es bajo esta anterior premisa, de *pares afirmaciones fácticas contradictorias entre sí* (cabe insistir), que se abre, en el centro de la agenda del proceso que es el juicio oral, la necesidad jurídica (y fundamental: art. 24.2 CE) de abrir la llamada fase de prueba, integrada (como sabemos igualmente) de tres subfases con personalidad jurídica de muy distinta factura:

1.<sup>a</sup> La de proposición por las partes de los instrumentos o medios de prueba sobre la existencia, realidad o verdad histórica cada hecho contradictorio.

2.<sup>a</sup> La de admisión o, en su caso, rechazo motivado de cada uno de los instrumentos o medios de prueba propuestos.

3.<sup>a</sup> La de realización o práctica de cada uno de los instrumentos o medios de prueba admitidos.

A modo de *excursus*, y en lo tocante al posible rechazo (oral y motivado, por imperativo constitucional) de un concreto instrumento o medio de prueba en la vista oral, es muy conveniente recordar ahora que ello puede venir de la mano de una razón o causa *absoluta* o bien *relativa*:

—*Absoluta*, cuando de la inconstitucionalidad en la manera de hacerse (por la parte que lo propone) con el instrumento o medio de prueba en cuestión, se trata; como además por su ilegalidad plena,

cuando el dicho instrumento o medio de prueba va destinado a demostrar la existencia, realidad o verdad histórica de un hecho notorio o (sin tacha de fraude) previamente conforme entre las partes (éste, por aceptado expresa o tácitamente).

—*Relativa*, por la ausencia de un *vínculo de trascendencia* entre el hecho que a través del instrumento o medio de prueba específico se quiere demostrar y el Derecho que sirve a la solución judicial del caso concreto (impertinencia), o cuando, existiendo pertinencia, el instrumento o medio de prueba es inútil al fin pretendido por redundante.

Como cierre de este paréntesis discursivo, quizá no esté demás advertir que, con el objetivo de obtener provecho ante un eventual recurso contra la sentencia que ponga fin a la instancia (4) , ante esta resolución judicial denegatoria y oral que, en todo caso, participa vocacionalmente de la naturaleza de un auto (por su exigible carácter motivado, cabe insistir), la parte perjudicada debe con diligencia formalizar la oportuna protesta (es decir, también de manera razonada y como si de un recurso de reposición escrito se tratase), a fin de permitir que el juzgador recapacite sobre lo decidido y subsanar —de ser así— su error inicial.

3. Para terminar este apartado, y porque es conducente a lo que de inmediato quiero abordar, resta sólo añadir que (asimismo lo sabemos) la finalidad última de la fase de prueba no es otra que la de *recrear* en condiciones controladas —en ese auténtico *laboratorio jurídico* que es la vista oral— la *verdad histórica* de uno o varios hechos afirmados a la vez y contradictoriamente por las partes, para obtener (en todo caso) una *verdad procesal* lo más acomodada a aquélla, y de necesario despeje (ya se ha dicho) para la aplicación del Derecho solucionador del caso.

## II. DE LA (ALTA) TENSIÓN QUE PARA EL JURISTA SUPONE LA SUFICIENCIA PROBATORIA Y ALGUNAS CLAVES PARA LIBERARSE DE TAN INMOVILIZADORA ATADURA

1. Son varias las claves que explican, a mi juicio, lo que vengo en llamar la *incontinencia de los otros probatorios* de las partes (en la demanda, su contestación o en escritos o actos orales y posteriores a estos rectores). Me limito a citar sólo algunas de ellas:

- Carecer de una percepción triádica del proceso, por ausencia de empatía (5) .
- Conocer la prohibición judicial del *non liquet*.
- Carecer de un conocimiento profundo del art. 217 LEC, o desconfiar de su correcta aplicación judicial.

2. Frente a dicho exceso, empero, la regla general que está inscrita en el *preámbulo* del art. 217 LEC es a priori bien sencilla: una vez abierta la fase de prueba, sobre cada parte procesal pecha la carga de acreditar su *versión* de lo *fáctico* (básico) y contradictoriamente afirmado.

Lo anterior, en un plano lógico-jurídico, se traduce en que:

- Al actor (lo mismo que al demandado-reconviniente) —como regla—, le corresponde la carga de probar los hechos *constitutivos* de su pretensión judicial (art. 217.2 LEC).
- Al demandado (lo mismo que al actor-reconvenido), en cambio, —*idem*— le corresponde la carga de probar los hechos *constitutivos* de su pretensión judicial; esto es, hechos que a su vez serán *impeditivos* (por ejemplo, el error en la persona del trabajador que vicia el consentimiento e impide que llegara a nacer el contrato de trabajo), *extintivos* (por ejemplo, el pago del salario, cuyo abono

es una de las obligaciones del empresario nacidas del contrato de trabajo) o *excluyentes* (por ejemplo, el ejercicio por el trabajador de la acción de reclamación del último mes de salario frente al empresario, transcurrido más de un año desde la extinción de su contrato de trabajo; es decir, cuando aquélla ya estaba prescrita) de los *constitutivos* del actor (art. 217.3 LEC).

Y esto dicho, el *epílogo* del art. 217 LEC contiene el siguiente mandato al Juez: ante la *incerteza* procesal (a la que por cierto se equipara la duda sobre su existencia, realidad o verdad histórica) de un determinado hecho básico para la solución del caso, aquél deberá desestimar —como regla— la pretensión que, conforme a lo alegado en el juicio, sobre el mismo se cimente o eleve.

Pero la norma (art. 217 LEC), en su núm. 7, además de aceptar sin mácula el desplazamiento de sus reglas generales de *apertura* por aquello que, como excepción, puedan establecer *leyes especiales* en materia de cargas probatorias, permite al Juez el siguiente margen de exclusión discrecional (que no arbitrario) de su regla general de *cierre*; margen, dicho sea de paso, de inspirado corte constitucionalista (esto es, al pario de la doctrina contenida en diversas SSTC que, por tan conocidas, huelga toda cita) y sobre todo deudor de la buena fe o *lealtad* procesal:

El rigor —si contrario a la Justicia—, que a veces surge de una aplicación literalmente legalista del art. 217.1 y 2 LEC, puede (motivadamente) ser atenuado (por el Juez) atendiendo a la conducta procesal de las partes y la cercanía o lejanía jurídica de éstas a las fuentes probatorias y, por tanto, su mayor o menor facilidad para hacerse con los instrumentos o medios de prueba necesarios al fin pretendido en juicio.

4. Para terminar esta breve radiografía del art. 217 LEC, expongo a continuación algunas claves para cumplir con sus exigencias procesales, de un modo eficiente (que no sólo eficaz), y culmino con un ejemplo (por no alargar en exceso estas líneas).

4.1. Con éstas, a mi parecer, algunas de las claves que ofrecen mejor respuesta a la pregunta de cómo lograr la suficiencia probatoria:

- Instalados en lo que cada parte debe probar, hay que cumplir esta específica carga procesal de manera humana (*demasiado humana*). La completa exhaustividad probatoria es, por tarea titánica, también *diabólica* y de imposible acometimiento casi siempre.
- Aislando, por tanto, aquello que realmente es básico y nuclear de lo *fáctico*, y que, conforme a cada versión de la *Teoría del Caso*, sirva con directa utilidad a la pretensión finalmente esgrimida en juicio por el actor o el demandado.

A tal fin, en muchas ocasiones, cabrá servirse de determinadas categorías fáctico-conceptuales, las cuales, una vez demostradas, conllevarán (como presunción favorecedora *iuris tantum*) el nacimiento y vigencia de aquellos derechos que de las mismas se derivan como consecuencias naturales; y éstos, a su vez, presupuesto cuando no contenido mismo de la pretensión judicial de cada parte.

- Afirmando, en todo caso (jamás negando), y expresamente, los hechos o las categorías fáctico-conceptuales referidas. Cuando afirmamos, estamos negando a la vez cuanto de la realidad se oponga lógicamente a lo *afirmado* (en lo ocurrido está implícito —por exclusión a *contrario sensu*— lo no ocurrido); amén de que, en puridad, lo *omitido* equivale en juicio a no ocurrido (6) .
- Probándolos, finalmente, con creatividad *probática*, concisión y solidez para convencer y conmovier al juzgador.

#### 4.2. Y he aquí el ejemplo anunciado

Un trabajador reclama a un empresario el salario del último mes que afirma haber prestado servicios laborales para él, ¿qué debe probar aquél en juicio?

A modo de tormenta inicial de ideas (de un modo acrítico, por tanto), podríamos considerar al efecto los siguientes extremos fácticos:

- a) Fecha de ingreso del trabajador en la empresa.
- b) Fecha de extinción de su relación con el empresario.
- c) Haber prestado, entre una y otra, servicios de un modo libre, personal, dependiente, por cuenta ajena, además de retribuidos salvo el mes último.
- d) Objeto social real de la empresa (para concluir de aquí el Convenio colectivo a la misma aplicable, la incardinación de los servicios prestados a ésta en una determinada categoría profesional de dicha norma paccionada y el salario mensual a dicha categoría profesional correspondiente).
- e) Fecha de interposición de la papeleta para el intento de conciliación previa a la vía judicial y ante el órgano competente.
- f) Fecha en que tuvo lugar sin efecto el intento conciliatorio.
- g) Fecha de interposición de la demanda.

La tarea así propuesta, no cabe duda que puede convertirse en titánica. Veamos, por ejemplo, algunos mecanismos de simplificación:

Obsérvese, en primer lugar, que, si como defensa preventiva —y es fácilmente colegible así— con el contenido de los apartados e), f) y g), lo que el actor pretende es acreditar la temporaneidad de su demanda (o lo que es lo mismo, que el ejercicio de su acción no está afectada de prescripción), está asumiendo en puridad una carga procesal del demandado (e indebidamente, por tanto), cuál es la que afecta a los hechos *excluyentes* (naturaleza de la que goza, en efecto, la prescripción pues no es excepción procesal que pueda aplicarse de oficio por el Juzgador) de los hechos *constitutivos* de aquél (el demandante).

En segundo lugar (y último lugar), los apartados a), b) y c) pueden simplificarse también mediante el recurso a la siguiente categoría fáctico-conceptual: que en el espacio temporal comprendido entre un día inicial (I) y otro final (F) ha regido un contrato laboral entre el empresario A y el trabajador B. Obsérvese igualmente que, en esta tesitura, la sola acreditación documental (por ejemplo) en juicio del contrato de trabajo en día formalizado y suscrito entre las partes, *libera* al trabajador de la casi imposible tarea (en muchos casos) de probar la efectiva e ininterrumpida prestación de servicio entre el día (I) y el (F), día a día y hora a hora (o minuto a minuto, o segundo a segundo, y así podríamos seguir *ad infinitum* para convertirla en titánica), o como mínimo durante el mes inmediato anterior a este último, ya que dicha probanza y su exacta vigencia temporal se despliega, como una natural consecuencia jurídica (presunción *iuris tantum*), la de haber cumplido lealmente el actor con el deber de trabajar que dicho negocio jurídico entraña, y de aquí nace, precisamente (a su vez como natural consecuencia jurídica de este deber), el derecho al salario correspondiente a lo trabajado.

Es todo. Y sólo me resta desear que cuanto antecede haya podido ser de utilidad a sus lectores.

(1) Huyo de hablar aquí de la prueba anticipada al juicio, e incluso de la posterior a él, a través (en este caso) del instituto de las diligencias finales.

[Ver Texto](#)

- 
- (2) Y ambas, en efecto, con mayúscula; atendido el valor principal que entrañan en la construcción de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

[Ver Texto](#)

- 
- (3) Huyo de hablar aquí, igualmente, de aquella parte del Derecho excepcionalmente necesitada de prueba.

[Ver Texto](#)

- 
- (4) Y de este modo permitir al Tribunal ad quem un control constitucional de indefensión, acordando incluso la nulidad de actuaciones para la práctica del instrumento o medio de prueba ilegalmente rechazado.

[Ver Texto](#)

- 
- (5) Me refiero a sentir sólo como una de las partes, y no sentir cómo sienten también la contraria y el Juez.

[Ver Texto](#)

- 
- (6) Es por esto, por ejemplo, que cuando el demandado, en trámite de contestación a la demanda, no afirma expresamente un hecho de manera contraria a la afirmada por el actor, de tal omisión el Juez debe concluir su aceptación tácita.

Y es por esto, además —aunque en otro orden de consideraciones—, que el Juez, en la relación de hechos probados de su sentencia, sólo puede recoger la versión positiva de éstos (y jamás debiera hacerlo negativamente), pues precisamente lo allí omitido (lo no afirmado) coincide con lo no probado.

[Ver Texto](#)

---