

ISSN-e: 2145-6151
ISSN-L: 0120-1867
Estud. Derecho

Estudios de Derecho

Directora
Luisa Fernanda Cano Blandón

Editor temático invitado:
Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA

Año LXXVII- segunda época.
julio - diciembre 2020
No. 170

Directora

Luisa Fernanda Cano Blandón

Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia, Colombia.

Comité Editorial

María Rocío Bedoya Bedoya	Doctora en Gobierno y Asuntos Públicos, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia.
Mónica Vásquez Alfaro	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Adrián Albala	Doctor en Ciencia Política, profesor en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Brasilia, Brasil.
Manuel Alberto Restrepo Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Karen Isabel Cabrera Peña	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Gloria Amparo Rodríguez	Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Mónica María Bustamante	Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia.
Andrés Gómez Rey	Magíster en Derecho Administrativo, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.
Julia Sandra Bernal Crespo	Doctora en Derecho, profesora del Departamento de Derecho de la Universidad del Norte, Colombia.
Diego Eduardo López Medina	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia.
Sorily Figuera Vargas	Doctora en Derecho, profesora de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador.
Carolina Isaza Espinosa	Doctora en gobierno y administración pública, profesora en la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Colombia.
Alessandro Somma	Doctor en derecho comparado, profesor del Departamento de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Ferrara, Italia.
Gerardo Antonio Durango Álvarez	Doctor en Derechos Fundamentales, profesor de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.

Martha Esthela Gómez Collado	Doctora en Paz, Conflictos y Democracia, profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales Universidad Autónoma del Estado de México, México.
Diego M. Papayannis	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Girona
Mary Luz Alzate Zuluaga	Doctora en Ciencia Política, profesora de la Facultad de Ciencias Humanas y Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, Colombia.
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría	Magíster en Derecho, profesor de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, Colombia.
Mercedes Fernández López	Doctora en Derecho, profesora del área de Derecho Penal de la Universidad de Alicante, España.

Comité Científico

Marcelo Cavarozzi	Doctor en Ciencia Política, profesor de la Universidad Nacional de San Martín, Argentina.
Victoria Camps	Doctora en Filosofía, profesora del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma de Barcelona, España.
Silvia Barona Vilar	Doctora en Derecho Procesal, profesora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, España.
Juan Carlos Monedero	Doctor en Ciencia Política, profesor del Departamento de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Complutense de Madrid, España.
Jaime Pastor Verdú	Doctor en Ciencia Política, profesor colaborador honorífico del Departamento de Ciencia Política y de la Administración de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.
Manuel Atienza Rodríguez	Doctor en Derecho, profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, España.
Guillermo Lariguet	Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Miembro del Programa en Ética y Filosofía Política de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
Ricardo Hoyos Duque	Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario, Colombia.
Juan Antonio García Amado	Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, España.
Benoit Delooz Brochet	Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, Chile.
Juan Antonio Cruz Parcero	Doctor en Derecho, investigador del Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Jean Pierre Matus A.	Doctor en Derecho Penal, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile.
Josep Maria Vallès	Profesor emérito de la Facultad de Ciencias Políticas y de la Administración de la Universitat Autònoma de Barcelona, España.
Adrián Rentería Díaz	Doctor en Filosofía Analítica y Teoría General del Derecho por la U. de Milán. Profesor de Filosofía del Derecho en la Università degli studi dell'Insubria, Italia.
Asistente editorial: Auxiliares:	Santiago Carmona Cardona Paula Andrea Chaverra Madrid Laura Marcela Bedoya Álvarez Pamela Natalia Zamora Giraldo Elvira Yannett Angel Franco
Edición y revisión de textos Comunicaciones:	
Traducción y revisor de textos en inglés y portugués	Agencia de Traducción Universidad de Antioquia
Diseño y diagramación	Carolina Velásquez Valencia, Imprenta Universidad de Antioquia
Impresión	Imprenta Universidad de Antioquia Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13 Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

- Dialnet
- Zenodo
- Web Of Science (Emerging Sources Citation Index)
- Lexbase
- Sociological abstracts
- International Bibliography of the Social Sciences
- CLASE
- Latindex
- EBSCO PUBLISHING
- MIAR
- International Bibliography of the Social Sciences (IBSS)
- International Political Science Abstracts (IPSA)
- Political Science Complete
- vLex
- Worldwide Political Science Abstracts
- Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Biblat
- LatinRev
- Academia.edu
- American History and Life
- ERIH PLUS



El contenido de esta revista está amparado bajo licencia de Creative Commons:
Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. 4.0 Internacional.

ISSN-L: 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Portadas y separatas:

Juliana Restrepo Santamaría

Esta revista contó con el aporte del Fondo de apoyo para la publicación de las revistas especializadas de la Universidad de Antioquia

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: calle 70 No. 52-72, oficina 404, edificio de Extensión

Teléfono: (574) 219 58 55

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Página web: www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho

Índice

Editorial

Luis Bernardo Ruiz-Jaramillo13-16

Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado

Daniel Feierstein, Malena Silveyra..... 17-46

A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*

Johann Benfeld-Escobar47-70

Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio.

Apuntes para una reforma procesal en Cuba

Eduardo Antonio Sardá-Lloga, Dariela Katia Desloy-Hechavarría,

Tahimí Beatriz Medina-Marcheco..... 71-94

La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?

José David Posada-Botero 95-116

Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado

Jordi Nieva-Fenoll..... 117-148

Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos

Dimaro Alexis Agudelo-Mejía 149-166

A favor de la carga de la prueba

Gustavo Calvino 167-199

La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas

Andrés Bordalí-Salamanca 201-225

La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas

Diana Ramírez-Carvajal, Andrea A. Meroi 227-248

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho .. 249

Editorial

Luis Bernardo Ruiz-Jaramillo*

Esta edición de la revista Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia se complace en presentar a la comunidad académica este número, que contiene una sección temática sobre la “carga de la prueba, tendencias actuales”. En esta oportunidad recibimos colaboraciones de universidades ubicadas en España, Argentina, Chile, Cuba y Colombia, con estudios de sus legislaciones; pero también incluye el análisis de la temática en la legislación de Estados Unidos por un hispanoparlante (el prof. Dimaro Agudelo). La idea de esta edición nació a partir del evento anual de Reflexiones de Derecho Procesal organizado por el Semillero de Derecho Procesal (liderado por el profesor Oscar Alberto García Arcila) y el Grupo de Investigación EDJ, para su 5° encuentro, año 2020 que tiene como objeto el mismo tema de esta edición.

En la actualidad, la importancia de la carga de la prueba ocurre no solo por la discusión que se plantea en el ámbito académico,¹ sino también por los retos que muestra la práctica judicial con la casuística que se presenta a partir de las llamadas flexibilizaciones probatorias², que buscan, de alguna forma, dinamizar el derecho ante la cambiante realidad³. De esta manera, la carga de la prueba tiene importantes cuestionamientos sobre su utilidad y funcionalidad en los sistemas procesales de la libre apreciación probatoria y, frecuentemente, aumentan las

* Profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Colombia. Correo electrónico: bernardo.ruiz@udea.edu.co. ORCID: [0000-0002-4567-2148](https://orcid.org/0000-0002-4567-2148)

1 Por ejemplo, los estudios de Taruffo, Ferrer, Nieva y Giannini (2019) en el libro *contra la carga de la prueba y otros textos*. Madrid: Marcial Pons.

2 Al respecto, un estudio jurisprudencial sobre la materia, Ruiz J., Luis B. y García A. Oscar (2010). “La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad medica administrativa, estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado.” *Estudios de Derecho*, vol. 67, no. 150, 2010, p. 13+. <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/view/331367/20787508>.

3 Cabe mencionar la problemática que plantea Ormazábal Sánchez (Carga de la prueba y sociedad de riesgo. Madrid: Marcial Pons) en su estudio sobre la carga de la prueba en la época actual con el avance de la tecnología en muchos ámbitos de la actividad humana.

voces de la facilitación probatoria en campos como la aportación y valoración de la prueba.

A continuación, se realiza una breve descripción de los ocho artículos que hacen parte de esta edición:

El profesor Johann Benfeld, de la Universidad Católica de Valparaíso de Chile, en su artículo “A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas del onus probandi” pone en cuestión, desde el ámbito de la teoría del derecho, que la regla de la carga de la prueba sea susceptible de abolición pues no está sobreentendida en algún otro concepto epistémico. Además, argumenta la necesidad de su regulación legal para evitar la denominada equidad cerebrina, la cual se define como una equidad arbitraria o aparente, forjada con la imaginación o el sentimiento, de modo que no es más que una suerte de pretexto para torcer el sentido de las leyes.

Los profesores Eduardo Antonio Sardá Lloga, Dariela Katia Desloy Hechavarría, Tahimí Beatriz Medina Marcheco, de la Universidad de Oriente de Cuba, en su artículo “Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio, apuntes para una reforma procesal en Cuba” muestran la conexión entre el estándar probatorio y la carga de la prueba. Además, proponen como futura reforma a la legislación procesal civil cubana una regulación de la audiencia preliminar en la que el juez, entre otras funciones, hace una valoración previa de la suficiencia probatoria con fines de su control preliminar y anticipado.

El profesor de la Universidad de Eafit (Colombia), José David Posada Botero, presenta su artículo “La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿incumplimiento de una carga o de un deber?”. En esta oportunidad reflexiona sobre las múltiples reglas que contiene el Código General del Proceso basadas en la conducta procesal de las partes. Considera el autor que las mismas se sustentan en los deberes de buena fe, lealtad procesal y veracidad, los cuales tienen como consecuencias las presunciones de hecho cierto o indicios endoprocesales.

Jordi Nieva Fenoll (Universidad de Barcelona-España) presenta su colaboración “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, la cual exalta la historia de ambos institutos para poner de relieve la conexión que tienen con las pruebas tasadas, y considera que su funcionalidad se ha perdido ante el sistema de la libre apreciación probatoria. Polemiza también el autor, a partir de principios procesales actuales como la libre apreciación y la adquisición procesal, al lado de otras mutaciones en las reglas procesales, de modo que la carga de la prueba, en sus sentidos objetivo y subjetivo, se ha tornado en una figura arcaica y, por tanto, ineficaz.

El profesor Dimaro Alexis Agudelo Mejía escribe “Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos”, texto que perfila los conceptos

de cargas probatorias de producción y persuasión y, desde autores como Linda Mullenix y Douglas Walton, relaciona la incidencia que tiene el concepto de carga de la prueba en sentido práctico con figuras complejas como el descubrimiento probatorio estadounidense.

El profesor argentino Gustavo Calvino, de la Universidad Austral de Buenos Aires, con su escrito “A favor de la carga de la prueba” realiza un esfuerzo argumentativo a favor de la carga de la prueba. Para el autor, es preciso defender esta institución de lo que considera dos tipos de embates que ha sufrido en los últimos tiempos, tanto por la teoría de la carga dinámica de la prueba, como por las recientes críticas de connotados teóricos que han cuestionado su utilidad.

“La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”, del profesor Andrés Bordalí Salamanca, de la Universidad Austral de Chile, se refiere a la evolución en el proceso civil de la igualdad formal a la sustancial. El autor enfatiza en los poderes del juez, las condiciones materiales de las partes, la asistencia jurídica y su reflejo en la carga de la prueba.

Por su lado, las profesoras Diana Ramírez Carvajal (de la Universidad Católica de Oriente-Colombia) y Andrea A. Meroi (Universidad Nacional de Rosario-Argentina) con su artículo “La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas” describen cómo opera la carga dinámica en países como Colombia, Argentina, España, entre otros, en especial a partir del caso del derecho del consumidor.

En fin, el lector puede apreciar cómo la carga de la prueba es cuestionada desde su larga raíz histórica, pues se considera que ya no es compatible con instituciones procesales modernas como la libre apreciación probatoria, la prueba de oficio y el principio de adquisición procesal. Por otra parte, desde la filosofía del derecho se ve cómo justifica la carga de la prueba a la manera de regla jurídica que busca evitar una modalidad de ética voluntarista o arbitraria en las situaciones de insuficiencia probatoria.

Finalmente, si bien se habla de distintas concepciones de carga de la prueba, como son la objetiva, la subjetiva, la práctica o la dinámica, estas distinciones obedecen más a concepciones ideológicas, a la pertenencia a una determinada escuela de pensamiento procesal, o al rol que cumple en la práctica judicial más que a una fundamentación teórica o filosófica de carácter jurídico de algún calado.

Sin duda, los retos para la carga de la prueba y las múltiples acepciones que se le endilgan en la época actual vienen del desarrollo de los derechos subjetivos constitucionales, entre ellos la prueba misma, continuando con los de género, el medio ambiente, o la relación laboral. Tales retos, además, provienen del avance de la sociedad del riesgo: la biotecnología, las comunicaciones telemáticas, la industria o las megaobras. Es por eso que, en ocasiones, el concepto de carga de

la prueba puede parecer un “cajón de sastre” en el que se quiere acomodar todo tipo de aligeramiento, facilitación o flexibilización de la prueba de cara a las dificultades probatorias. Precisamente, esa es la cuestión, si esos nuevos fenómenos pueden ser recibidos pacíficamente en la histórica figura de la carga de la prueba.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Sin Título (Serie Medellín en picada)

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado*

Daniel Feierstein**

Malena Silveyra***

Resumen

El escenario judicial se constituyó tempranamente en un ámbito privilegiado para la disputa por el sentido del pasado en el caso del genocidio argentino (1975-1983). Removidos los obstáculos que impedían el juzgamiento, en 2005 se reabrieron los juicios. A partir de la incorporación de sobrevivientes, familiares y organismos de derechos humanos como querellantes, se instalaron distintos debates que hicieron que el proceso trascendiera los límites de los tribunales. El principal de ellos: la disputa por la calificación de genocidio. Luego de trece años de juicios, se presenta un análisis del proceso de juzgamiento a la luz de este debate. Los argumentos jurídicos en uno y otro sentido trascienden ampliamente los límites de los tribunales y se articulan con las disputas por el sentido que se le asigna al pasado, permeando los modos como los tribunales asumen la responsabilidad de juzgar los hechos y atribuir responsabilidades. El análisis del conjunto de las sentencias emitidas entre agosto 2006 y junio 2019 muestra el avance del debate en términos argumentales así como las incidencias de las conceptualizaciones a la hora de condenar o absolver a los imputados, o asignar las penas de los condenados.

Palabras clave: genocidio; memoria; dictadura argentina; juicios crímenes de Estado.

Genocide or crimes against humanity: the Argentine legal debate as a dispute over the meaning assigned to the past

Abstract

In the case of the Argentine genocide (1975-1983), the judicial arena became the primary setting for the dispute over the meaning of the past early on. Once the obstacles to trial were removed, the trials were reopened in 2005. With the incorporation of survivors, family members and human rights organizations as plaintiffs, various debates took place that took the process beyond the limits of the courts. Chief among them: the dispute over the classification of genocide. After thirteen years of trials, an analysis of the trial process is presented in the light of this debate. Legal arguments in both respects go far beyond the limits of the courts and are articulated with disputes over the meaning assigned to the past, permeating the ways in which courts assume responsibility for judging facts and attributing responsibility. The analysis of all the sentences issued between August 2006 and June 2019 shows the progress of the debate in terms of arguments as well as the impact of conceptualizations when convicting or acquitting the accused, or handing down sentences to those convicted.

Key words: genocide; memory; Argentinean dictatorship; state crime trials.

Genocídio ou crimes contra a humanidade: O debate jurídico argentino como disputa pelo sentido atribuído ao passado

Resumo

O cenário judicial foi constituído cedo num âmbito privilegiado para a disputa pelo sentido do passado no caso do genocídio argentino (1975-1983). Removidos os obstáculos que impediam o julgamento, em 2005 os juízos foram reabertos. A partir da incorporação de sobreviventes, familiares e organismos de direitos humanos como requerentes, se deram diferentes debates que permitiram que o processo ultrapassasse os limites dos tribunais. O principal deles foi a disputa pela qualificação do genocídio. Depois de treze anos de juízos, apresenta-se uma análise do processo de julgamento à luz deste debate. Os argumentos jurídicos em ambos os sentidos transcendem amplamente os limites dos tribunais e se articulam com as disputas pelo sentido para denominar o passado, permeando a maneira como os tribunais assumem a responsabilidade de julgar os fatos e atribuir as responsabilidades. A análise do conjunto das sentenças emitidas entre agosto de 2006 e junho de 2019, mostra o avanço do debate em termos argumentais, assim como as incidências das conceituações no momento de condenar ou absolver os acusados, ou definir as penas dos condenados.

Palavras-chave: Genocídio; memória; ditadura argentina; juízos crimes de Estado.

* Artículo de reflexión derivado de investigación. Proyecto PICT 2014-1337: "Modos y consecuencias de las representaciones de la violencia de Estado en Argentina el papel de las sentencias judiciales". Desarrollado entre 2015 y 2018 en el Centro de Estudios sobre Genocidio (<https://www.untref.edu.ar/instituto/ceg-centro-de-estudios-sobre-genocidio>) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (UNTREF), Argentina, financiado enteramente por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Investigador principal: Daniel Feierstein.

** Doctor en ciencias sociales por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigador del CONICET. Director del Centro de Estudios sobre Genocidio de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (CEG-UNTREF) y del Observatorio de Crímenes de Estado de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (OCE- FSOC, UBA). Profesor Titular UNTREF y UBA, Argentina. Correo electrónico: dfeiers@gmail.com. ORCID: 0000-0002-7215-3335

*** Licenciada en sociología y doctoranda por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Integrante del Centro de Estudios sobre Genocidio de la Universidad Nacional de Tres de Febrero (CEG- UNTREF), del Observatorio de Crímenes de Estado (OCE) y del Instituto de Investigaciones Gino Germani (IGG) de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Docente de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Responsable del Área Memoria de la Dirección General de DDHH (Rectorado- UBA). Correo electrónico: malenasilve@gmail.com. ORCID: 0000-0002-4759-8076.

Cómo citar este artículo: Feierstein, D. y Silveyra M. (2020). Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado. *Estudios de Derecho*, 77 (170), 17-46

DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a01

Fecha de recepción: 07/02/2020 Fecha de aceptación: 09/03/2020



Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado

Introducción

El 24 de marzo de 1976 las Fuerzas Armadas argentinas derrocaron el gobierno constitucional e instauraron un gobierno de facto que se extendería hasta el 9 de diciembre de 1983. Si bien se trata de la sexta dictadura militar en el país, y en todas ellas se produjeron procesos represivos, la instalación de un sistema de campos de concentración y las desapariciones forzadas como dispositivos principales de difusión del terror, la convierten en parte de un proceso novedoso en el país y la ubican como el momento de aniquilamiento de una práctica social genocida (Feierstein, 2007).

En su libro *El dominio del Eje en la Europa ocupada* (1943), Raphael Lemkin define el genocidio como un proceso cuyo objetivo es la destrucción de los patrones identitarios del grupo oprimido y la imposición de los patrones identitarios del opresor (Lemkin, 2009, p. 154). Desde esta perspectiva, el genocidio es un proceso que no se circunscribe al desarrollo del aniquilamiento, sino que este se convierte en una herramienta para la destrucción de los patrones identitarios.

En el caso argentino, el genocidio tuvo como objetivo la destrucción de las relaciones de reciprocidad de los sectores populares, a partir de la instalación del terror que produce la desconfianza generalizada entre pares, fragmentando los lazos sociales que conforman los colectivos/comunidades y aislando a los sujetos (Corradi, 1996). Esta transformación identitaria tenía como objetivo construir las condiciones socio históricas para la implementación del modelo de acumulación de *valorización financiera y ajuste estructural* (Schorr y Wainer, 2005)¹.

1 Los debates sobre la causalidad del golpe de Estado de 1976 son extensos y si bien se han abordado en trabajos anteriores (Feierstein, 2007, 2012, 2018; Silveyra, 2018), exceden los objetivos del presente artículo. Un conjunto de intelectuales e investigadores se focalizó en las transformaciones del modelo de acumulación de capital enmarcado en un cambio de modelo en la toda la región (Arceo, 2003; Aronskind, 2008; Basualdo, 1987; Basualdo, Khavisse y Aspiazu, 1986; Canitrot, 1983). Otros se concentraron en el análisis de las disputas locales por la hegemonía política y sus expresiones en el gobierno y el Estado (Corradi, 1996; Duhalde, 1984; Villarreal, 1985). Por su parte, principalmente desde la historia reciente, se abordó la causalidad del proceso genocida a partir de las disputas político y político militares entre las organizaciones insurgentes y distintos sectores del bloque de poder (Aguila, 2008; Vezzetti, 2002, 2009; Carnovale, 2011; Franco, 2012). Desde una perspectiva marxista un conjunto de investigadores propuso

Este proceso se completará con la efectiva transformación de las relaciones sociales y la constitución de los nuevos *patrones identitarios*. Los modos de comprender el aniquilamiento y aquello que fue aniquilado, habilitan en la sociedad que recuerda procesos de apropiación o ajenización de la experiencia que afectan las identidades presentes.

La instancia judicial es uno de los ámbitos privilegiados para la construcción de sentidos. El derecho, no solo cumple un rol *negativo* o represivo en el sostenimiento de la hegemonía del bloque dominante, sino que además cumple un rol positivo por su *eficacia simbólica* (García Villegas, 2014): produce y reproduce los sentidos que explican el mundo, colabora en la determinación de las conductas aceptadas y las rechazadas socialmente y tiene la capacidad de sancionar a quienes las incumplen.

El reclamo por “Juicio y Castigo” fue central en las reivindicaciones del conjunto del movimiento popular y del movimiento de derechos humanos en particular. Esta característica hizo que el proceso de juzgamiento en Argentina se construyera en diálogo con los debates, los reclamos y las experiencias de los organismos de derechos humanos, de los sobrevivientes y familiares de las víctimas directas, y del movimiento popular en general.

El primer juicio a los responsables del genocidio se desarrolló a poco tiempo de concluida la dictadura. Mientras que el gobierno constitucional proponía un único “juicio ejemplar” a los principales responsables de las Juntas Militares, los organismos de derechos humanos reclamaban juicio y castigo a todos los responsables de todos los delitos. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal habilitó en su sentencia la apertura de nuevos procesos judiciales, lo que generó fuertes presiones de los sectores militares.

una explicación basado en el desarrollo de la lucha de clases (Marín, [1979]1996; Izaguirre, 1994, 1996, 2008; Balvé, 1989, 2009, Iñigo Carrera, 2005). La explicación que se propone y que caracteriza como genocidio al caso argentino, propone al mismo tiempo una mirada diacrónica que articula causas, despliegue represivo y sus consecuencias en la sociedad pos genocida a partir de la comprensión de su objetivo reorganizador (Feierstein, 2007). Desde esa perspectiva se ha sostenido en trabajos anteriores (Silveyra, 2018) que el período 1955-1974 estuvo caracterizado por el ciclo popular ‘lucha-conquistas/derrotas- balances/aprendizajes-lucha’ que no solo tuvo como resultado el crecimiento de las organizaciones populares (armadas y no armadas), sino también la construcción de una territorialidad social no burguesa (Izaguirre, 1994), a la que entendimos como el territorio donde se desarrollan las relaciones sociales producidas y reproducidas en el conjunto de los sectores populares, incluso de aquellos no organizados. Las distintas experiencias de lucha modificaban el escenario entre las organizaciones populares, generando al mismo tiempo distancias entre ellas a partir de la consolidación de distintos proyectos tácticos o estratégicos y acercamientos a través del crecimiento de la capacidad de articulación en las luchas. Ese ciclo de ‘lucha-lucha’ se expresa en formas de acumulación para el conjunto del campo popular, aunque de modos diversos en sus distintos sectores, construyendo modos solidarios y colaborativos a partir del reconocimiento entre pares. Estos modos solidarios constituían parte de la identidad popular y se producían y reproducían no solo en las organizaciones, sino también en las relaciones cotidianas de vecindad, familiares, laborales, etc. Desde nuestra perspectiva, entonces, el genocidio busca destruir esa territorialidad que contiene pero no se agota en los sectores más activos y comprometidos del campo popular, con el objetivo de generar una transformación estructural de la sociedad que incluye el conjunto de las relaciones sociales (la forma que adopta el modo de producción, los valores culturales, los modos asociativos entre pares, etc.).

El proceso de juzgamiento abierto con la Causa 13/84, quedaría trunco por más de una década con la promulgación de las leyes de Punto Final (PF) (1986) y Obediencia Debida (OD) (1987)² y con los posteriores decretos presidenciales que indultaron a los que se encontraban cumpliendo condenas e incluso a aquellos que estaban procesados (1989/90). Durante esos años, la lucha por Memoria, Verdad y Justicia se afianzó como tríada indivisible y el reclamo por el fin de la impunidad fue su eje central expresado tanto en movilizaciones como en distintas presentaciones judiciales dentro y fuera del país³.

Entre el año 2003 y 2005 se removieron todos los obstáculos legales para el juzgamiento⁴ y se reabrieron los juicios. El conocimiento construido durante los años de impunidad encontró lugar en los tribunales desde el inicio de este nuevo proceso y se hizo presente en la voz de sobrevivientes, familiares y abogados. Los debates políticos y jurídicos sobre el modo de calificar a los hechos se constituyeron rápidamente en un eje central de disputa, a partir del pedido de distintas querellas de sobrevivientes para que se reconociera la existencia de un genocidio.

Estos debates pusieron en evidencia la importancia simbólica del derecho en los procesos de elaboración. Si bien los delitos por los que se juzga son los que se encontraban tipificados en aquel momento y la calificación general del proceso solo opera como un marco de entendimiento de ese conjunto de delitos sin ninguna incidencia formal en la valoración de la prueba o en las penas asignables, la calificación se convirtió en un eje trascendente de debate por la importancia que ha tenido para los sobrevivientes que el Estado, quien vulnerara sus derechos en el pasado, fuera capaz en el presente de asumir no solamente el carácter puntual de

2 La ley de obediencia debida, promulgada el 4 de junio de 1987, establecía que en el caso de comprobarse que los delitos habían sido cometidos por orden directa de una autoridad militar superior; los responsables materiales no deberían hacerse cargo de los delitos, sino que responderían sus superiores. La ley de Punto Final, promulgada el 24 de diciembre de 1986, establecía un plazo límite para la presentación de las denuncias de 30 días.

3 Los reclamos se expresaron socialmente de diversos modos, particularmente con la aparición de los denominados “escaches” organizados originalmente por la agrupación Hijos e hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio (H.I.J.O.S.), que marcaba los domicilios de residencia de los genocidas produciendo la condena social de su entorno frente a la falta de condena judicial. Así mismo, se intentaron distintas estrategias en el plano jurídico que involucraron el inicio de causas en el país por delitos que no estaban alcanzados por las leyes de impunidad (como la apropiación de los hijos de las detenidas-desaparecidas, nacidos durante el cautiverio de sus madres), el reclamo en organismos internacionales que habilitaron los Juicios por la Verdad (cuyo objetivo era conocer el destino de los desaparecidos a pesar de no poder responsabilizar a los perpetradores) y la realización de denuncias en tribunales extranjeros mediante el principio de jurisdicción universal de los derechos humanos o en los países de origen de ciudadanos extranjeros víctimas del genocidio en Argentina.

4 En septiembre de 2003 el Congreso Nacional declaró la nulidad de las leyes de OD y PF. En 2004 la Corte Suprema de Justicia determinó en el fallo “Arancibia Clavel” la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, un año después con el fallo “Simón”, estableció la inconstitucionalidad de las leyes de OD y PF declarando que los delitos bajo juzgamiento se encuentran contemplados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ello permitió que los delitos cometidos fueran declarados imprescriptibles y se pudieran juzgar a más de 20 años de cometidos los hechos. En 2007, con los juicios ya en marcha, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió el fallo “Mazzeo”, pronunciándose por la inconstitucionalidad de los indultos y clausurando así la etapa de impunidad.

las violaciones cometidas, sino también y fundamentalmente por qué se organizó el sistema de terror y cuáles han sido las consecuencias del mismo.

En el presente artículo se presenta el análisis del proceso de juzgamiento desde su reapertura en 2005 hasta junio de 2019, a la luz del debate sobre las formas de calificación de los hechos. Para ello se han relevado y sistematizado el conjunto de las sentencias emitidas por los tribunales locales entre el 4 de agosto de 2006 (fecha de la primera sentencia de esta nueva etapa) y el 31 de junio de 2019, constituyéndose un corpus de 227 fallos. Las dimensiones sobre las que se ha trabajado son: 1) los argumentos para el rechazo o la aceptación de la calificación de genocidio y 2) el comportamiento de los tribunales respecto de las atribuciones de responsabilidades y sanciones.

La magnitud y diversidad del corpus analizado permite arribar a conclusiones que, aunque provisorias, muestran tendencias que se sostienen a lo largo de estos 14 años de juzgamiento.

El Proceso de juzgamiento enero 2006 - junio 2019

A diferencia de lo que sucedió en el “Juicio a las Juntas Militares” (Causa 13/84, llevada adelante por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal), las causas que se reabrieron en 2005 se desarrollaron en los tribunales ordinarios de todo el país, bajo las normas del Código Penal vigente al momento de los hechos. Esta particularidad ha hecho que el proceso adquiera una extensión territorial que abarca casi la totalidad de las provincias argentinas como puede verse en la Tabla n.º1. Las únicas dos excepciones son las provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego donde no existen denuncias.

Tabla 1. Distribución de sentencias por provincia

	Provincia	Sentencias		Provincia	Sentencias
1	Buenos Aires	54	13	Mendoza	10
2	Ciudad de Buenos Aires	40	14	Misiones	4
3	Catamarca	3	15	Neuquén	5
4	Chaco	5	16	Río Negro	1
5	Chubut	4	17	Santa Fe	24
6	Córdoba	11	18	Salta	10
7	Corrientes	9	19	San Juan	3
8	Entre Ríos	7	20	San Luis	4
9	Formosa	4	21	Santiago del Estero	4
10	Jujuy	5	22	Tucumán	12
11	La Pampa	1		TOTAL	227
12	La Rioja	7			

Fuente: elaboración propia.

Esta distribución en el conjunto del territorio nacional ha tenido efectos significativos en los procesos judiciales. El análisis de los hechos y los circuitos represivos en el mismo territorio donde se produjeron ha permitido tener una comprensión situada del aniquilamiento, facilitando a los magistrados la realización de inspecciones oculares en los lugares denunciados y a muchos sobrevivientes y familiares el acceso directo a los juicios para denunciar, acercar información y testimoniar en las audiencias.

Pero los efectos de los juicios han traspasado los límites de los tribunales. Por un lado, la publicación en los medios locales de lo relatado en las audiencias ha colaborado en la difusión tanto del proceso de juzgamiento en sí, como de las particularidades locales del genocidio. Por otro lado, la identificación de los campos de concentración ha propiciado que sectores de las comunidades emprendieran distintos proyectos de construcción de sitios de memoria o señalización. Así también, la posibilidad de asistir a las audiencias, ha permitido su apropiación local a través de distintos programas e iniciativas de acompañamiento a los juicios que se desarrollan en ámbitos educativos, gremiales y organizacionales, recuperando las identidades de los detenidos-desaparecidos en los ámbitos a los que pertenecieron.

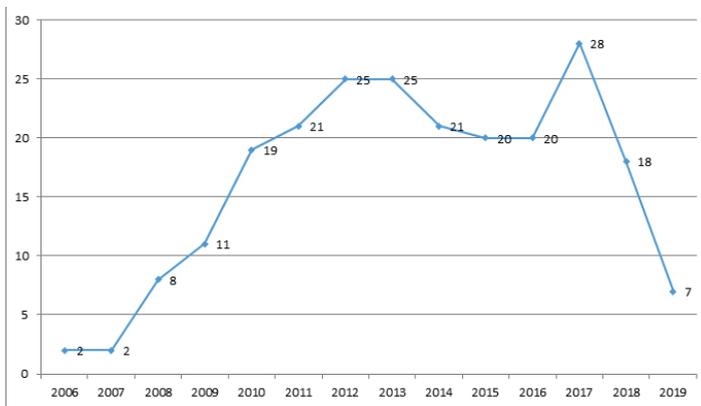
A junio de 2019 se contabiliza un total de 1.492 imputados de los cuales fueron condenados 1.306 por los casos de 8.343 víctimas⁵, lo que equivale a un 87,53 % del total. Las penas promedio rondan los 29 años, lo que representa un monto significativamente alto teniendo en cuenta que, a excepción de la prisión perpetua, la pena máxima al momento de los hechos era de 25 años⁶.

5 Los totales de víctimas, imputados y condenados que se expresan en el artículo responden a la sumatoria de todos los imputados, condenados y casos de cada una de las causas. Esto implica que pueden existir duplicaciones, en tanto que puede haber más de un juicio a un mismo perpetrador por distintos casos, así como que una misma víctima puede acusar a distintos perpetradores en distintos juicios. Este criterio permitirá luego, avanzar en el cálculo de algunos indicadores promedio de monto de las penas, absoluciones, etc. La Procuraduría de crímenes contra la humanidad utiliza el criterio contrario en sus informes, y registraba a junio de 2019 (con 226 sentencias contabilizadas) un total de 915 condenados por crímenes de lesa humanidad. Para más información puede consultarse en <https://www.fiscales.gov.ar/lesa-humanidad/estado-actual-del-proceso-de-juzgamiento-ya-suman-226-sentencias-por-crimenes-contra-la-humanidad-de-las-cuales-solo-el-12-identifica-delitos-sexuales-de-manera-autonoma/>

6 Frente a la necesidad de realizar cálculos en relación con las penas impuestas y la dificultad metodológica de asignarle una pena concreta en años a la prisión perpetua, se ha tomado como referencia la fórmula utilizada por Feierstein, D. (2015) en el libro: *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Argentina: Fondo de Cultura Económica. Para mayor información ver dicha obra, p. 223, nota a pie de página n.º 3: "Es de gran utilidad incluir aquí un señalamiento metodológico que afectará a todos los cálculos sobre montos de la pena. La imposición de condenas a perpetua dificultaba el cálculo matemático así como la elaboración de promedios e índices, por no especificar un número concreto de años de prisión. Sin embargo, al no existir en términos efectivos la prisión perpetua en el ordenamiento penal argentino (es decir, en su cumplimiento), se encontró una solución matemática a la cuestión. En la ejecución penal en Argentina, ninguna condena puede ser eterna, incluso la prisión perpetua contiene un límite a partir del cual (y dadas determinadas condiciones) el recluso puede recuperar la libertad, por eso se aplicó a la prisión perpetua la misma lógica que al conjunto de las penas: la posibilidad de libertad condicional al completar dos tercios de la condena. Al cumplirse actualmente esta posibilidad a los 35 años de ejecución de una prisión perpetua (y más allá de las accesorias, que aquí no fueron contempladas), puede equipararse esta condena a una global de 52,5 años. Este fue el modo de trasladar estas condenas a una expresión matemática que permitiera su comparación con el conjunto de aquellas que establecen un número concreto de años de prisión. Es cierto que en muchos de los casos de

Respecto de la distribución temporal de sentencias, observamos en el Gráfico n.º1 que, luego de los dos primeros años en los que se pusieron en marcha numerosas investigaciones y aunque obtuvieron sentencias solo muy pocos casos, el proceso de juzgamiento fue avanzando en una curva ascendente, cuyos puntos más altos se registran en 2012 y 2013. A partir de 2014 se registra una tendencia a la disminución de la cantidad de sentencias que puede deberse a múltiples factores. Uno de los que interesa destacar es el crecimiento de lo se conoce como Mega Causas, es decir, la conformación de juicios que abarcan gran cantidad de víctimas y de perpetradores, generalmente agrupados por circuito represivo⁷. La posibilidad de agrupar las distintas denuncias en causas unificadas ha sido uno de los mayores reclamos de los sobrevivientes y familiares, con el objetivo de acelerar los procesos y evitar la revictimización que supone la constante citación a testimoniar.

Gráfico 1. Distribución sentencias por año (n=227)



Fuente: elaboración propia.

referencia se utiliza la ley del período en que se cometieron los delitos (por aplicación del principio de ley penal más benigna), que implica la posibilidad de solicitar la libertad condicional a los veinte años de ejecución de la condena. Sin embargo, dado que en muchos otros se agregaron accesorias a las condenas, se refiere a delitos permanentes en los cuales no correría el principio de ley penal más benigna, porque se sigue desarrollando el delito en el presente (apropiación de menores, desaparición forzada). Por este hecho y por la necesidad de distinguir precisamente la carga simbólica de la prisión perpetua por sobre las otras condenas, hemos preferido aplicar el criterio de la ley vigente, que implica un cálculo de 52,5 años para la equivalencia a la condena completa a prisión perpetua (35 años para solicitar la condicional). De todos modos, si se hubiera preferido cualquier otra solución matemática, como la de 30 o 37,5 años para la prisión perpetua, ello no afectaría significativamente la lógica de los cálculos realizados ni las conclusiones, en tanto las tendencias son más globales y, aunque varían los índices concretos, los cálculos de todos modos no hacen variar las líneas analíticas señaladas, que es lo que resulta relevante de este trabajo, ya que la diferencia entre los distintos cálculos no implicaría nunca una variación mayor al 15% o 20% de los índices totales. Como las condenas a prisión perpetua se encuentran distribuidas entre las causas, su incidencia es aún menor”.

7 Según los datos relevados, la cantidad de casos juzgados por juicio ha ido en aumento. El proceso arrancó en 2006 con un promedio de 5 casos y medio por juicio. Entre 2009 y 2015 la cantidad de casos oscilaron en un promedio cercano a 30 casos por juicio e incluso, estos números crecieron en 2016 y 2017, con promedios de 62 y 77 casos por juicio respectivamente. A partir de 2018 los promedios parecen estar volviendo a números cercanos a 30 casos por juicio. Y el número total de casos juzgados a junio de 2019 asciende a 8.343.

La unificación de causas ha generado la posibilidad de dimensionar la magnitud del sistema concentracionario, así como comprender mejor su funcionamiento, sin ir en detrimento del avance en el juzgamiento como puede observarse en la Tabla n.º 2. La posibilidad de contar con los testimonios de multiplicidad de víctimas de distintos períodos de los campos de concentración, facilita tanto la reconstrucción de las trayectorias seguidas por los campos, así como de los perpetradores que operaron en ellos. Del mismo modo, la reconstrucción de las identidades y los secuestros de las víctimas en el tiempo, ha permitido profundizar en el funcionamiento de los aparatos de inteligencia y las formas de selectividad en la elección de las víctimas.

Tabla 2. Promedios por sentencia. Imputados, condenados, absueltos y víctimas

Año	Sentencias	Promedio imputado	Promedio condenados	Promedio absueltos	Promedio víctimas
2006	2	1,00	1,00	0,00	5,50
2007	2	4,50	4,50	0,00	23,50
2008	8	4,13	3,88	0,25	10,25
2009	11	3,36	2,91	0,45	34,36
2010	19	6,37	5,89	0,47	28,05
2011	21	4,52	4,10	0,43	21,05
2012	25	6,20	5,24	0,96	39,68
2013	25	7,48	6,88	0,60	28,04
2014	21	5,05	4,57	0,48	27,95
2015	20	6,95	6,45	0,50	26,25
2016	20	8,30	7,05	1,25	62,30
2017	28	9,92	8,42	1,5	77
2018	18	6,22	6,22	1,05	26,16
2019	7	7,42	5,14	2,28	13,14
Total	227				

Fuente: elaboración propia.

Las víctimas también tienen un rol fundamental en el impulso y desarrollo de los juicios, lo que representa una característica saliente del caso argentino. Como en otros casos similares, los testimonios de las víctimas son las pruebas fundamentales en los juicios. Pero en el caso argentino, donde el Estado dictatorial desplegó el proceso represivo a partir de la articulación de una faz clandestina y una pública (Duhalde, 1983), los testimonios de los sobrevivientes proporcionaron información fundamental. A partir de los testimonios se pudo identificar el rol de

cada fuerza, las prácticas repetidas en todos los circuitos y las particulares de cada uno, las identidades de víctimas y victimarios, y los más de 750 lugares en los que se mantuvieron secuestrados a los detenidos desaparecidos.

Estas pruebas fueron complementadas con los testimonios de familiares y organismos de derechos humanos, que al dar cuenta de las búsquedas realizadas aportaron a la comprensión de los distintos modos de articulación entre la faz clandestina y la pública. Así se ha podido comprender el rol de los funcionarios públicos, el poder judicial, el sistema de salud y minoridad, las iglesias y algunas empresas que participaron del proceso represivo.

Pero, además de la participación a la hora de prestar testimonio en las audiencias de debate, otra peculiaridad argentina es el rol de las víctimas como parte activa de las querellas (que se cuentan en un promedio de 2.5 por juicio), debatiendo junto con sus abogados tanto los modos en que se reconstruyen las identidades y prácticas de los secuestrados, como las estrategias jurídico políticas que se despliegan en las causas.

Muchos son los aportes que los querellantes han hecho en estos años. En primer lugar, gran parte de la prueba con que se cuenta en las causas se ha construido con base en los testimonios de sobrevivientes. Estos testimonios, celosamente guardados por los organismos de derechos humanos y las organizaciones de víctimas, han sido una pieza fundamental en la reapertura de los juicios. Del mismo modo, la reconstrucción hecha por los sobrevivientes del proceso represivo y el funcionamiento del sistema concentracionario, ha permitido saber de la existencia de documentos públicos elaborados por los perpetradores, muchos de los cuales se han recuperado y se encuentran incorporados a las causas judiciales. Más allá de las pruebas recolectadas y aportadas, los querellantes le imprimen al proceso judicial una mirada determinante respecto a qué es lo que se juzga. Estos aportes singulares han permitido reponer las distintas identidades de los detenidos- desaparecidos, sus pertenencias partidarias y/o sindicales, sus lazos familiares y barriales, sus prácticas cotidianas y sus proyectos vitales, nutriendo la construcción de una memoria colectiva que pone en tensión las miradas homogeneizantes acerca de las identidades de las víctimas.

Pero uno de los aportes más significativos de un conjunto de querellantes, ha sido el debate respecto de la calificación jurídica y el reclamo por la calificación como genocidio⁸. Este debate ha sido parte del proceso judicial desde sus inicios y ha permanecido activo, disputando los sentidos del proceso represivo hasta el presente.

8 El debate sobre la calificación de genocidio comenzó en las dos primeras causas a partir del pedido la Querella Justicia Ya! en las causas Etchecolatz (La Plata) y Simón (CABA). Este colectivo querellante se encuentra conformado por un conjunto de organizaciones políticas, sindicales y sociales, y por organismos de derechos humanos, entre los que se destacan la Asociación de Ex Detenidos Desaparecidos (AEDD), el CODESEH, el CEPRODH, Liberpueblo y la Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Estos organismos, con presencia nacional, extendieron esos pedidos

El debate acerca de la calificación legal

Cuando el reclamo por la reapertura de los juicios llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el Caso Simón, la corte falló respecto de la imprescriptibilidad de los delitos, calificándolos como como delitos de lesa humanidad, de acuerdo a lo estipulado por la Corte Penal Internacional (1998) (CPI) en el tratado conocido como “Estatuto de Roma”, que dice:

En el presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (CPI- ACONF183/9, p. 5)

Y en lo que respecta al significado que otorga al “ataque a la población civil” amplía en su artículo 2do:

Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política. (CPI, 1998, ACONF183/9, p. 5)

a gran parte de las provincias argentinas. Otros organismos también fueron parte de estos pedidos como es el caso de diversas filiales de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos e H.I.J.O.S de distintas provincias. Con la profundización del debate, se sumaron también distintas querellas particulares, distintos representantes regionales de la Secretaría de DDHH de la Nación y un conjunto de fiscales. Algunos espacios querellantes, como son el caso del CELS, Abuelas de Plaza de Mayo y la querella unificada conocida como KAOS, no han estado de acuerdo en la calificación y continúan pidiendo que se califique a los hechos solo como crímenes de lesa humanidad.

Por consiguiente, todos los juicios de esta nueva etapa parten de considerar a los ilícitos juzgados como delitos de lesa humanidad⁹. Sin embargo, ya desde las primeras causas un conjunto de organizaciones que conformaron la querrela Justicia Ya! comenzaron a solicitar la calificación de genocidio. Mientras que el TOF 5 de Ciudad de Buenos Aires (CABA) rechazó el pedido en la Causa Simón (Sentencia 04/08/2006), el TOF 1 de La Plata aceptaría incluir la calificación en la Causa Etchecolatz (Sentencia 19/09/2006).

De ahí en más, el debate se encuentra presente en el proceso judicial y se fue profundizando y extendiendo a todas las jurisdicciones del país como puede verse en la Tabla n.º 3. A junio de 2019 se han registrado 120 causas en las que se debatió la pertinencia de calificarlas como genocidio, lo que representa un 52,86 % del total de causas.

Tabla 3. Distribución geográfica del debate sobre la calificación jurídica

Provincia	Total sentencias	No reconocen genocidio	Reconocimiento histórico- social	Reconocimiento jurídico
Buenos Aires	39	18	1	20
CABA	18	15	2	1
Chaco	2	2		
Córdoba	4	4		
Entre Ríos	4	2		2
Formosa	3	1		2
Jujuy	3		1	2
La Pampa	1	1		
La Rioja	3	3		
Mendoza	9			9
Misiones	1	1		
Neuquén	5	5		
Santa Fe	12	6	2	2
Salta	2		2	
San Luis	1			1

9 En tanto que el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación los definió como tales, y por tanto los declaró imprescriptibles, los tribunales no necesitan en principio decidir respecto de la calificación general. Llegan a juicio como (“porque son”) delitos de lesa humanidad. Por lo tanto, el debate sobre la posibilidad de cambiar la calificación se produce en la medida en que alguna de las partes acusadoras (fiscalías o querrelas) o los propios miembros del tribunal, consideren que la calificación correcta es la de genocidio. Esto explica entonces que, en muchas causas donde ninguna de las partes haya solicitado el cambio de la calificación, este debate no se produzca.

Provincia	Total sentencias	No reconocen genocidio	Reconocimiento histórico- social	Reconocimiento jurídico
Santiago del Estero	3	2	1	
Tucumán	10	7	3	
TOTALES	120	67	12	39

Fuente: elaboración propia.

De las 120 causas en las que se dio el debate, en 51 (42,52 %) se reconoció la existencia de un genocidio en Argentina (lo que equivale a un 22,46 % del total de sentencias). Este reconocimiento se expresa de distintas formas y no siempre con los mismos argumentos. En 12 de ellas, los tribunales consideraron que el proceso histórico podía caracterizarse como un genocidio, pero sostuvieron no poder incorporarlo en la calificación jurídica, mientras que en las 39 sentencias restantes, aunque de distintas maneras, se incorpora la caracterización histórica a la calificación jurídica. Independientemente de cómo se resuelva el debate en cada caso, el hecho de que en 17 provincias del país, y en por lo menos 120 sentencias, el debate se haya realizado, muestra el peso que los argumentos han ido adquiriendo con el paso del tiempo¹⁰.

Los argumentos en disputa respecto a la calificación jurídica de genocidio

Partiendo de la base de que todas las causas en trámite traen consigo la calificación de lesa humanidad, el debate surge cuando se solicita se incorpore la

10 Si bien el objetivo del artículo es dar cuenta del debate respecto de la calificación jurídica y sus consecuencias en los fallos, y no se busca profundizar aquí en cómo se articula este debate con las explicaciones causales sobre el proceso represivo, cabe señalar que esta cuestión se ha trabajado profusamente en otros textos propios, tanto teóricamente, a partir de la articulación de los juicios con los procesos de memorias y representaciones (Feierstein, 2012, 2015), como desde el análisis de los sentidos que construyen los tribunales en las sentencias (Silveyra, 2016a, 2016b). Al analizar las argumentaciones que fundamentan la calificación y las que valoran el proceso histórico, hemos encontrado una afinidad electiva que marca una coherencia de sentido entre el modo de comprender el conflicto, a las víctimas y a los perpetradores, y el modo de calificar jurídicamente. Sucintamente se puede sostener que aquellos tribunales que califican como genocidio, tienden a comprender la afectación como colectiva y transgeneracional, aquellos que la rechazan se centran en las víctimas individuales, delimitando la afectación a cada una de las personas que transitaron por el sistema concentracionario habilitando modos explicativos que dificultan la apropiación de la experiencia por parte del conjunto de la sociedad. Esta articulación entre elementos que no se restringen a la prueba específica de cada causa sino a interpretaciones generales sobre las herramientas jurídicas, pero además, sobre el proceso histórico, explican por qué una vez que se abre el debate y los tribunales toman posición, esta tiende a mantenerse a lo largo del tiempo mientras que no cambia la composición del tribunal. Este es el caso de la provincia de Mendoza donde se registra una concentración de sentencias que califican como genocidio, o el caso del TOF 1 de La Plata, el primero en aceptar la calificación como genocidio. Sin embargo, y salvo el caso de este último tribunal que cambió enteramente su composición, la direccionalidad de los fallos tiende a ir reconociendo cada vez más la pertinencia de la calificación de genocidio en tribunales que discuten varias veces la cuestión. Un caso interesante en este sentido es el del TOF 5 de la ciudad de Buenos Aires en la causa ESMA, que pasa de un reconocimiento histórico-social en la sentencia ESMA II al voto en disidencia del presidente de dicho Tribunal en la sentencia ESMA III, sumando a dicho reconocimiento histórico también la validez jurídica de la calificación de genocidio.

calificación de genocidio (ya sea mediante el pedido de cambio de calificación o de la articulación de ambas). De este modo el debate se estructura en torno a la posibilidad y pertinencia de utilizar dicha figura del derecho internacional para el caso argentino.

Los fundamentos en contrario pueden ordenarse en tres núcleos argumentales: a) el respeto al principio de congruencia, b) la falta de tipificación del delito de genocidio en el derecho interno y c) la definición de cuál sería el grupo atacado para el caso argentino.

Tabla 4. Evolución de los argumentos de las sentencias que no reconocen la existencia del genocidio, agrupadas por año

Año	Sentencias	No menciona	%	Congruencia	%	Código Penal	%	Grupo Político/ Grupo Nacional	%
2006	1	1	100,00						
2007	1	1	100,00						
2008	7	5	71,43	1	14,29	2	28,57		
2009	10	4	40,00	4	40,00	2	20,00	5	50,00
2010	14	11	78,57			1	7,14	2	14,29
2011	15	9	60,00	1	6,67			5	33,33
2012	19	9	47,37	1	5,26	1	5,26	8	42,11
2013	17	13	76,47	1	5,88			4	23,53
2014	18	9	50,00					9	50,00
2015	16	13	81,25					3	18,75
2016	16	8	50,00	1	6,25	1	6,25	8	50,00
2017	19	11	57,89					8	42,10
2018	17	11	64,70			1	5,88	6	35,29
2019	6	4	66,67					2	33,33
	176	109		9		8		60	

Fuente: elaboración propia.

Si bien los tres núcleos se encuentran presentes en todo el proceso, la recurrencia ha ido variando con el avance del debate. Como puede verse en la Tabla n.º 4¹¹, mientras

11 Podrá observarse en la Tabla n.º 4 que la sumatoria de las columnas de cada argumento no resultan en el número total de sentencias de este grupo, sino que lo exceden. Esto se debe a que mientras algunas sentencias expresan un

que el argumento los núcleos argumentales a y b se han mantenido en números bajos y se han ido espaciando con el correr del tiempo (aparecen en 9 y 8 causas respectivamente), el debate sobre el grupo de la calificación permanece presente en todo el proceso y es el que concentra la mayor presencia en las causas que rechazan la calificación, encontrándose presente en 60 de las sentencias analizadas.

Principio de congruencia

En 9 de las sentencias que rechazan la calificación se encuentra presente el núcleo argumental que sostiene que hacerlo implicaría la violación del principio de congruencia. Dicho principio estipula que debe existir una congruencia entre la pretensión (imputación), el objeto procesal (debate oral) y la resolución judicial (sentencia), por lo que al solicitar la calificación en el alegato, no habiendo sido los imputados indagados durante el debate sobre ese delito, se estaría violando el mencionado principio.

Al respecto, adelantamos que no tendrán acogida favorable tales solicitudes, en virtud de que de aceptarla, nos encontraríamos ante una clara violación al principio de congruencia y, como correlato, a una vulneración al derecho de defensa en juicio. Ello, sin perjuicio de que, incluso en oportunidad de requerir la elevación a juicio en virtud de lo normado en el art. 347 del C.P.P.N., la querrela encabezada por el Dr. Yanzón solicitó la elevación en iguales términos por los que en el marco del debate acusó a los imputados. En efecto, entendemos que las solicitudes introducidas por las querellas mencionadas no se tratan sólo de un cambio en la calificación legal, sino que alteran la plataforma fáctica por la cual Ruffo, Guglielminetti, Martínez Ruiz y Cabanillas fueron oportunamente indagados y traídos a juicio. (Tribunal Oral Federal n.º 1 de la Plata, 2011, -CABA- Causa 1.627, p. 1.245)

Sin embargo, quienes sostienen que el cambio de la calificación no vulnera el principio de congruencia, hacen notar que el genocidio no es solo un delito, sino que refiere a un género de delitos (Ferreira, 2012), es decir a un conjunto de delitos que se comenten como parte de un proceso genocida. De este modo, las imputaciones realizadas son por los delitos que, en este contexto histórico particular, constituyen un genocidio (homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, etc.) y no por el genocidio en sí mismo. Este es el caso del TOF de Jujuy en la Causa Vargas que sostiene que:

argumento central para el rechazo, en otros casos se utiliza más de uno con igual ponderación. En esos casos se han contemplado todos los argumentos considerados principales, con el objetivo de reflejar la voluntad del Tribunal.

Asimismo, los cambios de calificación en los requerimientos cuestionados no infringieron el principio de congruencia porque la plataforma fáctica por la que fueran indagados y procesados los imputados coincide con la explicitada por el agente fiscal y la querrela del CO-DESEDH en los respectivos requerimientos de elevación a juicio. No varió en ninguno de los actos procesales intermedios. Desde el primer momento en que aquellos fueron indagados hasta la elevación de la causa a juicio, los hechos siempre fueron los mismos: la presunta participación en las privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y homicidios de las víctimas. (Tribunal Oral Federal Jujuy 2011, 2014, Causa n.º 76000073, pp. 52-53)

Complementariamente a este argumento, los tribunales que aceptan el cambio de calificación interpretan que el cambio de calificación legal es una potestad que tienen los tribunales en función de lo que estipula el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), permitiéndolo incluso aunque este cambio acarreará penas más altas para los condenados.

Con el tiempo este debate se fue saldando y cada vez menos tribunales lo sostienen, ya sea porque la calificación se incorporó en las instancias previas al juicio oral (al momento de las imputaciones) o por invocación del art. 401 del CPPN.

Pero vale la pena señalar, que más allá de los argumentos que refutan la cuestión de fondo, existen tribunales que compartiendo este criterio de todos modos aceptan el cambio de calificación.

Este es el caso del TOF 1 de La Plata, que en la primera causa a su cargo, sostuvo la necesidad de mantener todos los tipos penales por los que se había indagado, procesado y requerido a los imputados para no poner en riesgo el tipo penal, pero al mismo tiempo, la necesidad de “llamar a las cosas por su nombre” e incorporar la calificación de genocidio. Para resolver estos intereses contradictorios, el tribunal decide calificar los delitos como de “lesa humanidad en el marco del genocidio perpetrado la Argentina entre 1976 y 1986” considerando que:

La vigencia de la Convención en la materia está fuera de toda discusión, como también lo está la del resto de las Convenciones sobre Derechos Humanos contenidas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Considerar de ese modo -genocidio- y bajo ese trascendente paraguas legal las causas en trámite permitirá a mi entender ubicar los hechos investigados en el contexto adecuado, cumpliendo de ese modo la obligación contenida en el célebre fallo Velazquez Rodriguez en cuanto a investigar con seriedad y no como una simple formalidad. Todo ello es parte también de la reconstrucción de la memoria colectiva, y permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de la verdad, piedra fundamental para evitar nuevas matanzas (Tribunal Oral Federal n.º 1 - La Plata, 2006, Causa n.º 2251, p. 96)

La fórmula construida en esa primera sentencia por el Tribunal Oral Federal n.º1 de La Plata (2011) que considera al genocidio como “el marco” en el que se comenten los delitos, ha tenido una importante pregnancia en todo el proceso de juzgamiento.

Delitos tipificados en el Código Penal Argentino

Otro de los argumentos que ha estado presente a la hora de rechazar el cambio de calificación refiere a la ausencia de la tipificación del delito de genocidio en el Código Penal vigente al momento de los hechos. Efectivamente, la República Argentina, a pesar de haber firmado la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1956, aún no lo ha incorporado al derecho interno.

Esta falta del Código Penal aparece como impedimento en 8 de las sentencias en las que se rechaza la calificación. A continuación se reproducen algunos de sus argumentos a modo de ejemplo:

Que en consecuencia ante la orfandad, de una legislación que contemple el tema que se estudia, esa omisión legislativa no posibilita que los jueces puedan crear figuras penales ni aplicar por analogía sanciones previstas para otros delitos. De proceder de esta forma se estaría infringiendo gravemente el principio de legalidad y la esencia misma del sistema republicano de gobierno que el país ha materializado desde su independencia, constitutivo de la división de poderes, invadiendo esferas exclusivas del Poder Legislativo. (Tribunal Oral Federal La Pampa, 2010, Causa N°8/10, p. 455)

Al igual que en el caso anterior, esta falta del derecho interno, no es solamente percibida por los tribunales que rechazan la calificación de genocidio. Un conjunto de tribunales frente a esta dificultad optan por utilizar la formulación del TOF1 de La Plata, calificando los hechos “en el marco de genocidio”.

Pero, por otro lado y siguiendo la línea argumental que la utilizada con la cuestión de la congruencia, hay quienes no coinciden en que exista un problema por la falta de tipificación del delito en el Código Penal (Ferreira, 2012). Si se entiende que los delitos por los que se requiere, imputa y juzga, son los delitos particulares (homicidios, torturas, desapariciones forzadas, etc.) cometidos contra sujetos concretos, y que el genocidio es el género de ese conjunto de delitos, entonces la falta de tipificación no conlleva un problema a la hora de emitir la sentencia, ya que los montos de las condenas se basan en las asignadas a esos delitos que sí se encuentran tipificados. Sin ir más lejos, lo mismo aplica para las causas que tipifican como delitos de lesa humanidad, figura que tampoco se encuentra incluida como delito en el derecho interno.

Grupo atacado conforme lo estipulado por la Convención sobre Genocidio de 1948

El debate sobre los grupos protegidos por la Convención es en el que se centran la mayor cantidad de tribunales que rechazan la calificación de genocidio.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio sancionada por las Naciones Unidas (1948) en diciembre, define en su artículo 2do. :

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

Matanza de miembros del grupo;

Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;

Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;

Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. (NU CPSDG, 1948, art. II)

Como puede observarse, esta herramienta del derecho internacional, solo protege a las víctimas pertenecientes a cuatro grupos. Esta particularidad, resulta como una grave violación al principio de igualdad ante la ley, ya que realiza una categorización de las víctimas de crímenes de Estado, instituyendo víctimas “protegidas” y víctimas de “segunda clase” que no contarían con dicho amparo.

La ilegitimidad de la exclusión de los grupos políticos de la figura de genocidio fue tratada en numerosos trabajos, pero en aras de sintetizar, quizás la más clara distinción resulta heredera de la diferenciación más estructural establecida en la obra de Ferrajoli (2011), *Derecho y Razón*, que distingue entre normas constitutivas (las que en su formulación incluyen características propias del perpetrador o de la víctima) y normas regulativas (las referidas a prácticas que cualquier sujeto puede desarrollar). Es claro que para el garantismo penal solo las segundas respetan el principio de estricta legalidad, siendo entonces que la figura de genocidio (tal como quieren entenderla determinados tribunales o juristas, esto es, refiriendo a características específicas de ciertas víctimas) resultaría violatoria de dicho principio, al quebrar el principio de igualdad ante la ley y definir un delito de modo “constitutivo”, tomando a la práctica solo como válida si refiere a víctimas específicas, pero anulando la universalización necesaria para respetar la estricta legalidad.

Esta posición es compartida por algunos tribunales del país. Uno de ellos es el TOF 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en la sentencia de la Causa 1270, conocida como “ESMA II” decía a este respecto:

Y aunque resulte una obviedad a estas alturas, a la luz de nuestras exposiciones previas, es hora de decir que las razones que se esbozaron para dejar por fuera de la protección del delito de genocidio a los grupos políticos -y que fueron minuciosamente revisadas al inicio (Punto 3D)-, no tienen fundamentos sólidos valederos que ameriten, por un lado dejar sin protección a estos grupos, y por otro, que de manera indirecta se permita la destrucción de los mismos. Y entre las razones más importantes y destacadas, se dijo que los grupos políticos carecían de estabilidad y permanencia y la respuesta a esto es contundente, al sostener que los grupos religiosos, que sí están dentro de la protección de este delito, presentan las mismas características de falta de estabilidad y permanencia, porque tanto en un grupo como en otro, la voluntad y la libertad que se tiene para pertenecer o no al mismo es fundamental. La elección de ser de una u otra religión es algo totalmente subjetivo, pues si bien el nacimiento en un primer momento, puede delimitar la religión de una persona, esta tiene la libertad de cambiar si es que así lo desea. Lo mismo ocurre con los grupos políticos. El compartir una u otra idea política, ser partidario de una u otra posición, está limitado sólo por la voluntad de los individuos. Por lo cual, este fundamento no es valedero ni mucho menos aceptable, ya que presenta una contradicción que no se puede obviar. (Tribunal Oral Federal n.º 5, 2011, CABA, Causa n.º 1270, p. 1.885)

Esta desigualdad, como dice la sentencia, al proteger solo a determinados grupos humanos, permitiría tácitamente el ataque a otros que no se encuentran contemplados, delimitando qué grupos humanos tienen derecho a existir como tales y cuáles no.

La omisión de los grupos políticos de la Convención que restringe la protección solo a los grupos nacional, racial, étnico o religioso es el principal argumento por el que los tribunales rechazan la calificación de genocidio, considerando que en el caso argentino la persecución se desplegó por motivos políticos:

En efecto, ha quedado acreditado en el juicio que el plan sistemático de eliminación de opositores políticos estableció como “blancos” a eliminar a aquellos que creían contrarios al régimen que las fuerzas armadas pretendían imponer. Es decir, esos “blancos” no fueron seleccionados por pertenecer a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, sino antes bien por no comulgar con la idea política que ellos pretendían imponer. (Tribunal Oral Federal n.º 1- Córdoba, 2018, Expte. n.º FCB 35022396/2012/TO3, p. 148)

Frente a estas dificultades, un conjunto de activistas e intelectuales, comenzaron a reflexionar respecto del concepto de genocidio, retomando la definición acuñada por Lemkin (2009), según la cual el objetivo del genocidio es la destrucción

de la identidad del oprimido para ser reemplazada con la identidad del opresor. Así, en lo referente a la idea de nacionalidad decía el autor:

Hablando en términos generales, el genocidio no significa en rigor la destrucción inmediata de una nación, excepto cuando se la lleva a cabo a través del asesinato masivo de todos los miembros de un país. Debiera más bien comprenderse como un plan coordinado de diferentes acciones cuyo objetivo es la destrucción de las bases esenciales de la vida de grupos de ciudadanos, con el propósito de aniquilar a los grupos mismos. Los objetivos de un plan semejante serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, del lenguaje, de los sentimientos de patriotismo, de la religión y de la existencia económica de grupos nacionales y la destrucción de la seguridad, libertad, salud y dignidad personales e incluso de las vidas de los individuos, no en su capacidad de individuos, sino como miembros del grupo nacional. (Lemkin, 2009, p. 153)

Esta noción de lo nacional no refiere exclusivamente a aquellos nacidos en un territorio determinado, sino que incorpora los elementos culturales y políticos que constituyen una determinada *identidad nacional*. De este modo, fue creciendo una mirada que considera al caso argentino como un genocidio en el que el grupo atacado es el grupo nacional argentino (en tanto conjunto de relaciones sociales que constituían una sociedad particular en un momento determinado), y este ataque, este intento de destrucción de la identidad nacional, se produce mediante la destrucción de un parte significativamente relevante de este. Esta mirada no pretende sugerir que la destrucción del grupo nacional argentino refiera a la destrucción de *la* nacionalidad argentina (en tanto existencia de la Nación argentina); sino, por el contrario, que se intenta destruir *una* nacionalidad argentina determinada: la sociedad argentina existente con anterioridad al genocidio. Tampoco quiere decir esto, que se caracterice homogéneamente al conjunto de quienes (individual o colectivamente) eran parte de ese conjunto social.

De lo que se trata, es de una mirada que comprende a las identidades nacionales como productos dinámicos del devenir de las construcciones de sentido de la sociedad en un tiempo determinado. Por lo tanto, no se concibe la existencia de una nacionalidad ahistórica y permanente, sino nacionalidades situadas en tiempos y contextos determinados. Por otro lado, se trata de reconocer la existencia de distintas identidades, y sectores dentro de esas nacionalidades que, aunque muchas veces contrapuestas y en franca disputa, la conforman y constituyen dando como resultado ese producto social situado. De este modo, al perseguir, aislar y hasta aniquilar a una parte de esa sociedad se transforma al conjunto.

Este modo, el debate sobre la interpretación de lo que constituye un “grupo nacional” se ha extendido en gran parte de las sentencias que debaten la incorpo-

ración de la calificación jurídica de genocidio. Quienes la rechazan, sostienen una idea de nacionalidad que remite a definiciones que alejan la noción de sociedad/comunidad de la noción de nación, comprendiendo a esta última más vinculada a los límites geopolíticos. Se transcribe como ejemplo lo argumentado por el TOF-Posadas en la sentencia de la Causa “Herrero” de 2012:

De lo expuesto cabe inferir que el grupo nacional al que alude la Convención y que configura uno de los grupos protegidos por el tipo de genocidio es aquel que nuclea a varios sujetos que comparten como común denominador, un mismo origen, una idiosincrasia, un idioma, rasgos estos que caracterizan y dan cohesión, es decir, brindan unidad a ese conjunto de personas. Y es en virtud, precisamente de ese vínculo, que se intenta exterminar al grupo como tal, como modo de aniquilar esa condición.(...) En esta inteligencia, no resulta ocioso traer a colación lo sostenido por autorizada doctrina, al afirmar que “la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o de no acomodarse a las directrices del criminal. (Tribunal Oral Federal Posadas, 2010, 2012, Causa n.º 87/, pp. 394-395)

Los tribunales que aceptan la calificación jurídica de genocidio no definen al grupo nacional de la misma forma. Con distintos matices, todos ellos reconocen la existencia de distintas identidades dentro del grupo nacional. Algunos entienden que esas diversidades constituyen distintos grupos nacionales y por lo tanto que el genocidio se perpetró contra uno de ellos. Otros, por su parte, que constituyen parcialidades dentro del grupo nacional y que en consecuencia el genocidio intentó destruir una parcialidad del grupo nacional argentino. En ambos casos, se encuentra presente la relación entre la intencionalidad de destrucción de víctimas que no son azarasas y el conjunto social.

Este Tribunal ha dado una respuesta afirmativa a este interrogante. Aunque la cuestión ha dividido a la doctrina, tenemos dicho que el término ‘nacional’ no se identifica solo y necesariamente con el de ‘nacionalidad’ y que por ‘grupo nacional’ debe entenderse a todo grupo poblacional que mantiene un vínculo legal con el Estado Nacional que habita, pues por el solo hecho de habitarlo nacen derechos y obligaciones que son expresión jurídica de un hecho social de pertenencia y vinculación con ese Estado Nacional (cfr. CIJ, caso “Nottebohm” o “Liechtenstein vs. Guatemala” del 06.04.1955).

Siendo así, el término grupo nacional del art. 2º de la Convención es pertinente para calificar los hechos enjuiciados. Tenemos en cuenta para ello que el grupo nacional argentino fue exterminado ‘en parte’ (“total o parcialmente”) y que la delimitación del (sub)grupo a ‘destruir’ o exterminar -catalogado como “subversivo” o “terrorista”- ha procedido de la perspectiva subjetiva de los perpetradores, abarcando con tan difusa denominación desde los grupos políticos armados hasta cualquier expresión de oposición política al régimen, de activismo social o gremial, de comportamiento crítico, disidente o contestatario. Las víctimas individuales fueron seleccionadas solo por su presunta pertenencia o afinidad con el grupo definido como enemigo (interno) por el infractor. (Tribunal Oral Federal Paraná, 2016, Causa n.º FPA 13000001/2012/TO2, pp. 110)

A diferencia de lo que sucedía con las dificultades respecto a las posibilidades de violar el principio de congruencia y con la falta de tipificación de la figura en el derecho interno, en este caso las distintas interpretaciones sobre qué se dice cuando se habla de “grupo nacional” dividen las aguas entre quienes aceptan los pedidos de calificación y los que no¹².

Con diferentes argumentaciones, énfasis y modos de desarrollar los conceptos; todas aquellas sentencias que incorporan la calificación de genocidio lo hacen a partir de comprender la destrucción de una parcialidad del grupo nacional argentino.

Más allá de la incorporación o no como calificación jurídica, el debate sobre el concepto de genocidio introducido por querellas y fiscalías ha generado reflexiones y análisis que aportan a la reconstrucción y significación del proceso atravesado. El delito de genocidio, como ya hemos dicho, requiere en primer lugar, que el ataque sea a un grupo, es decir, que las víctimas individuales lo son en tanto que el perpetrador los considera parte de ese grupo. Por otro lado, para considerar un crimen de Estado como genocidio deben cumplirse dos elementos: el primero, de tipo objetivo, lo constituye la consumación de ilícitos penales descriptos en el art. II de la Convención (matanza y/o lesión a la integridad física o mental de miembros del grupo, sometimiento a condiciones que acarren la destrucción del grupo, impedimento de nacimientos y/o traslado por la fuerza de niños del grupo perseguido a otro). El segundo elemento, de tipo subjetivo, demanda que exista por parte del perpetrador la intencionalidad de destrucción total o parcial del grupo.

Para establecer la existencia de un genocidio es necesario interrogarse, en primer lugar, sobre las víctimas (¿Quiénes son? ¿Son parte de un grupo? ¿De cuál?)

12 La única excepción encontrada es el caso del TOF Formosa en la causa “Camicha, Juan Carlos y otros s/ Asociación ilícita” TOF- Formosa, 13/11/2013 en la que a pesar de considerar que no puede sostenerse la existencia de un genocidio en términos jurídicos, sí puede incluirse en la calificación como “en el marco de genocidio” para dar cuenta de la verdad histórica.

y, en segundo lugar, sobre los perpetradores (¿Consideran a las víctimas como parte de un grupo? ¿Buscan su destrucción total o parcial?). Estos interrogantes obligan a los actores intervinientes en las causas a reconstruir las identidades de las víctimas y las intencionalidades de los perpetradores.

Por el contrario, los delitos de lesa de humanidad, definidos por su sistematicidad y generalidad contra la población civil, refieren a crímenes de masa cometidos contra ciudadanos. De este modo, los interrogantes que deben contestarse para calificarlos de este modo remiten a la masividad, generalidad y sistematicidad de los delitos, sin detenerse en las víctimas más que en su carácter de ciudadanos. En el caso argentino, además, se suma que al haber sido declarados como delitos de lesa humanidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales parten con la calificación ya resuelta y no deben justificar su decisión de adoptarla.

Cómo incide el modo de calificación a la hora de la atribución de responsabilidades

Luego de haber analizado el desarrollo del debate sobre la calificación en el proceso de juzgamiento, cabe preguntarse cuáles son las implicancias en la elección de una u otra calificación.

La calificación jurídica de los delitos como lesa humanidad o genocidio constituyen el género en el que se nuclean delitos específicos por los que son indagados y acusados los imputados. Es la comprobación de la existencia de estos últimos, incorporados en el derecho interno, lo que determina la culpabilidad o la inocencia y las sanciones a otorgarse.

Del relevamiento realizado, sin embargo, surge la existencia de una significativa diferencia en cuanto a las absoluciones y los montos de las condenas en los tribunales que califican los hechos como genocidio y aquellos que lo hacen como crímenes de lesa humanidad, pese a que no existen motivos doctrinarios para legitimar dichas diferencias.

El hecho de que el análisis se haya realizado en el total de las sentencias hasta junio de 2019 (227) y que la distribución de esta tendencia sea homogénea en distintos tribunales descarta posibles errores derivados de las condiciones específicas de una causa o del cuestionamiento del modo de evaluar la prueba de cada tribunal. Si en la mayoría de las causas y los tribunales la tendencia se confirma, teniendo en cuenta que los jueces son diferentes y también lo son las causas bajo análisis (cantidad de víctimas, fuerza de la que depende el campo de concentración, grado de los represores que están siendo juzgados, tipos de delitos incluidos en las causas entre otras numerosas variables), la hipótesis sobre la influencia de la calificación se vuelve más explicativa.

Tabla 5. Relación entre el reconocimiento del genocidio y los montos de la pena

Tipo de sentencia	Condenados	Años de pena	Pena promedio
No reconoce genocidio	900	24039,86	26,71
Reconocimiento Histórico- social	63	2258	35,84
Reconocimiento en la calificación	343	11613,1	33,86

Fuente: elaboración propia.

Tabla 6. Relación entre el reconocimiento del genocidio y las absoluciones

Tipo de sentencia	Sentencias	Imputados	Condenados	Absueltos	% absueltos sobre imputados
No reconoce genocidio	176	1058	900	158	14,93
Reconocimiento Histórico- social	12	71	63	8	11,27
Reconocimiento en la calificación	39	363	343	20	5,51

Fuente: elaboración propia.

Los datos que surgen de las tablas n.º5 y n.º6 marcan esta tendencia. Mientras el promedio de pena en aquellas sentencias en las que se rechaza la calificación de genocidio no llega a 27 años, en los tribunales que la aceptan alcanza casi a 34 años de condena. Si tenemos en cuenta que cada delito tiene asignado un rango de pena, y que dentro de este, son los jueces los que deben decidir el monto de acuerdo a la ponderación de la prueba y de los posibles atenuantes o agravantes, quedaría suponer que aquellos tribunales que conciben el proceso como genocidio y que han ahondado en las características de las víctimas y en las motivaciones de los perpetradores, tienden a considerar más graves los mismos delitos. Esta tendencia, a pesar de los cambios en la evolución general del proceso, se puede ver de manera constante desde el inicio de los juicios (ver Gráfico n.º 1).

En el análisis de la cantidad de absoluciones estas diferencias se vuelven aún más significativas. Mientras que en las sentencias que contemplan la figura de genocidio se registra solo un 5,5 % de absueltos, el porcentaje se triplica en aquellas que lo rechazan (14,93 %).

Conclusiones

Los juicios que se desarrollan en Argentina contra los perpetradores del genocidio, son el resultado de la lucha de gran parte del movimiento popular por más de 40 años. Sobrevivientes, familiares y organismos de derechos humanos no solo reclamaron al Estado y a los organismos internacionales el fin de la impunidad, sino que tomaron los testimonios de las víctimas, identificaron los lugares que habían funcionado como campos de concentración, localizaron a muchos de los perpetradores y guardaron celosamente la documentación que probaba el genocidio.

Como en muchas experiencias de juzgamiento de crímenes de Estado, los testimonios de sobrevivientes, familiares y organismos aportaron información crucial del funcionamiento del Estado genocida en su faz clandestina y su faz pública. Pero la singularidad en el caso argentino radica en el rol que han desempeñado como querellantes en los distintos procesos introduciendo debates y miradas a partir de sus propias trayectorias. Una de estas es la que se ha desarrollado en profundidad en este artículo respecto a la calificación jurídica de los hechos.

A partir del pedido de las querellas, las partes intervinientes en las causas y con posterioridad los tribunales, se han visto frente a la necesidad de analizar la pertinencia o no de calificar como genocidio. Como se ha desarrollado, los argumentos en contrario pueden nuclearse en tres problemas: la posible violación al principio de congruencia, la falta de tipificación del delito de genocidio en el derecho interno y la definición del grupo atacado en el caso argentino y su protección de acuerdo a la Convención de Naciones Unidas. Estos argumentos no solo cuentan con argumentos opuestos sino que, como se ha podido comprobar, un conjunto importante de tribunales optó por incluir la calificación de genocidio como marco de los delitos que se juzgan, saldando así los inconvenientes técnico legales.

Una vez resuelto el problema de las interpretaciones doctrinarias, se han analizado los comportamientos de los tribunales respecto de las condenas y los montos de las penas. Se pudo constatar que, si bien las pruebas de las que disponen los jueces para determinar las responsabilidades son del mismo tenor, aquellos tribunales que rechazan calificar como genocidio triplican el porcentaje de absoluciones de aquellos tribunales que aceptan la calificación. De igual modo, si bien los delitos particulares por los que se juzga a cada imputado suelen ser los mismos en todas las causas, aquellos tribunales que aceptan la calificación tienden a ordenar condenas significativamente más altas. Ambos indicadores sugieren que aquellos tribunales que comprenden el proceso atravesado como un genocidio le asignan mayor gravedad a los hechos.

¿Qué es lo que produce esta diferencia? ¿Es la utilización misma de la palabra genocidio o el tipo de sentido inscripto en ella?

Si bien no es posible contestar a estos interrogantes de manera taxativa, a partir de la investigación realizada se desprenden algunas hipótesis para ser abordadas en futuras indagaciones.

Sin duda la palabra genocidio conlleva una gravedad en sí misma. Acuñada para dar cuenta del genocidio nazi, por su magnitud y por haberse desarrollado en Europa, condensa en el imaginario colectivo el paroxismo del horror. La palabra genocidio parece dar cuenta de “el crimen de crímenes”, influencia que no debe menospreciarse.

Sin embargo, en otros casos nacionales, en los que las interpretaciones respecto al concepto (tanto jurídico como sociológico) han sido distintas, su potencialidad y centralidad en el debate han sido otras, por lo que el análisis no puede restringirse únicamente a la utilización de la palabra y su carga simbólica.

Un primer elemento radica en la definición del crimen según la Convención de las Naciones Unidas y su diferencia con los crímenes contra la humanidad establecidos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Para que un conjunto de delitos sean considerados crímenes contra la humanidad se requiere que se pruebe su generalidad y sistematicidad, así como que hayan sido cometidos contra la población civil. De este modo, para su constatación es necesario mirar el proceso con cierta distancia, una que permita ver el despliegue del accionar de los perpetradores y confirmar su generalidad y sistematicidad. Respecto de las víctimas no es necesario probar más que su carácter de ciudadanas, que en el desarrollo fáctico de las causas no implica siquiera la comprobación de la ciudadanía de cada una de las víctimas, sino que pareciera referir más a lo que no son: no son militares y no son elegidas por sus características particulares (étnicas, políticas, de género, etc.). Son *solamente* miembros de la sociedad civil. Al momento de interrogarse sobre los perpetradores, la pregunta se centra en la materialidad del aniquilamiento, sin necesidad de profundizar en las motivaciones del crimen.

Por el contrario, para que la calificación de genocidio sea aplicable, se requiere la comprobación de la intención del perpetrador, pero además que esa intención refiere a la destrucción total o parcial de uno de los “grupos protegidos”. De este modo, las víctimas del proceso genocida lo son, no por sí mismas, sino porque el perpetrador las consideró parte del grupo a destruir. Analizar si un delito es cometido como parte de un proceso genocida, obliga a acercar la lupa hacia los perpetradores para encontrar cuál es la motivación que impulsa el aniquilamiento y cuál es el grupo sobre el que se yergue. Y así se produce un acercamiento también sobre las prácticas e identidades de las víctimas que son caracterizadas como parte del grupo a destruir por el perpetrador. Aquellos tribunales que consideran que se trata de un genocidio, al analizar la prueba lo hacen echando luz sobre las intencionalidades de los perpetradores y ubicando a las víctimas en el grupo atacado.

Estos elementos, necesarios para calificar como genocidio, se vuelven aún más significativos en el caso argentino, donde las querellas han sostenido que se

buscó la destrucción de los patrones identitarios del grupo nacional a partir del aniquilamiento de una parte significativa del mismo. Esta interpretación motiva a los tribunales a acercar aún más la lupa. Al sostener que el medio para esta transformación identitaria es la eliminación de una parte significativa del grupo, es necesario analizar cuál es esa parcialidad y qué rol juega su presencia o su ausencia en la conformación del grupo como tal. Es decir, que la lupa puesta sobre el grupo nacional, debe acercarse más para ver la parcialidad elegida por el perpetrador.

Si a más de 40 años de sucedidos los hechos los juicios siguen siendo una necesidad para sobrevivientes, familiares y para gran parte de la sociedad argentina, es justamente porque los tribunales se han convertido en escenarios privilegiados en la construcción de sentido. Llamar a las cosas por su nombre, pensar los “porqué” y los “para qué” habilitan a seguir profundizando el proceso de elaboración del genocidio. Este ha sido el objetivo, el compromiso y el logro de quienes sobrevivieron.

Para nosotros los juicios tienen el valor de la justicia contra la impunidad, tienen el valor de demostrar que es posible luchar contra la impunidad porque es necesario para nuestro pueblo, para que se reconstruya, pero también tienen el valor de ir construyendo una memoria propia del pueblo en donde se diga lo que pasó, pero para que con esa memoria se pueda transformar la realidad y que pueda transformar el futuro. Para nosotros los juicios tienen ese valor, que nos den la posibilidad de ser una herramienta de transformación hacia el futuro. (...) Porque esa es la historia de nuestro pueblo y es una historia que considerábamos que es importante que se apropien las nuevas generaciones, para ellas sí poder construir ese país, esa sociedad que soñaban mis compañeros, esa sociedad sin ninguna forma de opresión, sin ninguna forma de explotación. Por eso, es que vamos a seguir estando acá, vamos a seguir declarando y vamos a seguir luchando en todas las demás cuestiones que el abogado defensor de los genocidas puede decir que no tengan que ver con este juicio, pero que sí tienen ver porque son, justamente, las mismas cuestiones por las que luchaban nuestros compañeros. (Fukman, 3/07/2014, testimonio Juicio ESMA III)

Referencias bibliográficas

- Águila, G. (2008) *Dictadura, represión y sociedad en Rosario. Un estudio sobre la represión y los comportamientos y actitudes sociales en dictadura*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Prometeo
- Arceo, E. (2003). *Argentina en la periferia próspera. Renta internacional, dominación oligárquica y modo de acumulación*. Buenos Aires, Argentina: Universidad Nacional de Quilmes, IDEP, FLACSO.

- Argentina, Fukman, E.M. (2014). Causa ESMA III, TOF5 Ciudad de Buenos Aires. Testimonio: 3/07/2014.
- Argentina. Tribunal Oral Federal n.º 1 de la Plata. (2011) Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Causa n.º 1.627, 2011.
- Argentina. Tribunal Oral Federal Jujuy. (2011, 2014). Causa n.º 76000073.
- Argentina. Tribunal Oral Federal n.º 1 - La Plata. (2006). Causa n.º 2251, 2006.
- Argentina. Tribunal Oral Federal La Pampa. (2010). Causa n.º 8/10, 2010.
- Argentina. Tribunal Oral Federal n.º 5. (2011). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Causa n.º 1270, 2011.
- Argentina. Tribunal Oral Federal n.º 1- Córdoba. (2018). Expte. n.º FCB 35022396/2012/TO3, 2018.
- Argentina. Tribunal Oral Federal Posadas. (2010, 2012). Causa n.º 87/2010, 2012.
- Argentina. Tribunal Oral Federal Paraná. (2016). Causa n.º FPA 13000001/2012/TO2, 2016.
- Aronskind, R. (2008). *Controversias y debates en el pensamiento económico argentino*. Buenos Aires, Argentina: Biblioteca Nacional.
- Azpiazu, D., Basualdo, E. y Khavisse, M. (1986). *El nuevo poder económico en la Argentina de los años 80*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Legasa.
- Balvé, B. y Balvé, B. (1989). *El '69: Huelga política de masas. Rosariazo-Cordobazo-Rosariazo*. Buenos Aires: Editorial Contrapunto.
- Basualdo, E. (1987). *Deuda externa y poder económico en la Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Nueva América.
- Canitrot, A. (1983). El salario real y la restricción externa de la economía. *Revista Desarrollo Económico*, 23(91), 423-427.
- Carnovake, V. (2011). *Los combatientes. Historia del PRT-ERP*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.
- Corte Penal Internacional. (1998). Estatuto de Roma. ACONF183/9.
- Corradi, J.E. (1996). El método de destrucción. El terror en la Argentina. En Quiroga, H. y Tcach, C. (comp.), *A veinte años del golpe con memoria democrática* (pp. 87-106). Buenos Aires, Argentina: Homo Sapiens.
- Cortarelo, M. C. e Iñigo Carrera, N. (2005). *Algunos rasgos de la rebelión en Argentina 1993 - 2001 PIMS A Publicación del Programa de Investigación sobre la Sociedad Argentina*. Buenos Aires, Argentina, Vol. VIII p. 125 - 138
- Duhalde, E.L. [1984] (1983). *El Estado Terrorista Argentino. Quince años después, una mirada crítica*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Eudeba.
- Feierstein, D. (2007). *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.

- Feierstein, D. (2012). *Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Feierstein, D. (2015). *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Feierstein, D. (2018). *Los dos demonios (recargados)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Marea.
- Ferrajoli, L. [1989] (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferreira, M. (2012). El genocidio y su caracterización como “eliminación parcial del grupo nacional”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 84-102.
- Franco, M. (2012). “Un enemigo para la nación. Orden interno, violencia y ‘subversión’, 1973-1976”. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- García Villegas, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico de América Latina*. Bogotá, Colombia: Editorial Debate.
- Izaguirre, I. (1994). *Los desaparecidos: recuperación de una identidad expropiada*. Buenos Aires, Argentina: CEAL Ediciones.
- Izaguirre, I. (2002). Militancia, represión y genocidio. Historia reciente de una violencia de clase. *Revista Razón y Revolución*, 6.
- Izaguirre, I. (2009). *Lucha de clases, guerra civil y genocidio en la Argentina. 1973-1983. Antecedentes. Desarrollo. Complicidades*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Eudeba.
- Lemkin, R. (2009). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires, Argentina: Prometeo.
- Marín, J. C. [1976] (2007). *Los hechos armados: Argentina 1973-1976: la acumulación primitiva del genocidio*. Buenos Aires, Argentina: La Rosa Blindada.
- Naciones Unidas. (1948). Convención para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio.
- Schorr, M. y Wainer, A. (2005): “Argentina: ¿muerte y resurrección? Notas sobre la relación entre economía y política en la transición del «modelo de los noventa» al del «dólar alto»”, *Revista Realidad Económica*, (211), abril-mayo.
- Silveyra, M. (2016a). El genocidio argentino y sus representaciones. Aportes de los procesos judiciales en la construcción de la memoria colectiva. *Revista Crítica Penal y Poder*, 10, 28-52.
- Silveyra, M. (2016b). Los tribunales cuentan la historia. Los aportes de las sentencias judiciales en los sentidos y relatos del genocidio argentino. En Levy, G. (comp.), *De militares y empresarios a políticos y CEOS. Reflexiones a 40 años del golpe* (pp. 237-258). Buenos Aires, Argentina: Editorial Gorla y Facultad de Ciencias Sociales, UBA.

- Silveyra, M. (2018). Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino. *Revista Conflicto Social*, 11(20), 143-170).
- Vezzetti, H. (2002). *Pasado y presente. Guerra, dictadura y sociedad en la Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.
- Vezzetti, H. (2009). *Sobre la violencia revolucionaria. Memorias y olvidos*. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI.
- Villarreal, J. (1985). Los hilos sociales del poder. En Jozami, E. (ed.), *Crisis de la dictadura argentina. Política económica y cambio social* (pp. 201-281). Buenos Aires, Argentina: Editorial Siglo XXI.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. En medio del caos

A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi**

Johann Benfeld-Escobar**

Resumen

En este artículo se afirma que las reglas sobre carga de la prueba tienen un carácter jurídico-imperativo. Este se manifiesta, por una parte, en su formalización y, por otra, en el tipo de razones subyacentes para su establecimiento. Se sostiene, además, que la justificación de las tales reglas no se vincula directamente con la averiguación de la verdad en un determinado régimen de ponderación de la prueba judicial (tasado, mixto o libre), sino con un problema común a todos ellos: la insuficiencia de la prueba y la solución normativa frente a la misma. Finalmente, se muestra cómo la existencia de reglas imperativas sobre *onus probandi* tiene la virtud, entre otras, de proscribir la llamada equidad cerebrina.

Palabras clave: carga de la prueba; reglas jurídicas imperativas; razones subyacentes; teoría estándar; equidad cerebrina.

In favor of the burden of proof: on the legally binding nature of the rules of *onus probandi*

Abstract

This article states that the rules on the burden of proof are of a legally binding nature. This is manifested, on the one hand, in their formalization and, on the other, in the type of underlying reasons for their establishment. It is also argued that the justification for such rules is not directly linked to the ascertainment of the truth in a given legal proof weighting system (expressly allowed, mixed or free), but rather is linked to a problem common to all of them: the insufficiency of evidence and the normative solution to this. Finally, it is shown how the existence of imperative rules on *onus probandi* has the virtue, among others, of outlawing so-called cerebral equity.

Key words: burden of proof; legally binding rules; underlying reasons; standard theory; cerebral equity.

A favor do ônus da prova: Sobre o caráter jurídico-imperativo das normas de ônus probandi

Resumo

Neste artigo se afirma que as normas sobre o ônus da prova têm um caráter jurídico-imperativo. Isto se manifesta, por uma parte, em sua formalização e por outra, no tipo de razões subjacentes para seu estabelecimento. Sustenta-se também, que a justificativa de tais normas não se vincula diretamente com a averiguação da verdade num determinado regime de ponderação da prova judicial (avaliado, misto ou livre), mas sim com um problema relacionado a todos eles: a insuficiência da prova e a solução normativa diante da mesma. Finalmente, se mostra como a existência de normas imperativas sobre *onus probandi*, tem entre outras, a virtude de proscrever a denominada equidade cerebrina.

Palavras-chave: Ônus da prova; normas jurídicas imperativas; razões subjacentes; teoria padrão; equidade cerebrina.

* Artículo de reflexión derivado de investigación. La presente investigación ha sido realizada dentro de la ejecución del Proyecto Fondecyt Regular n.º 1200232, denominado: "El derecho en los hechos. Formulación de un concepto normativo-jurídico de sana crítica como sistema institucional de ponderación libre de la prueba judicial". Grupo de investigación Ciencias Jurídicas y Ciencias Políticas. Investigador responsable: Johann Benfeld; co-investigador: Jorge Larroucau. Proyecto financiado por el Fondo de Desarrollo Científico y Tecnológico de Chile (ANID).

** Licenciado en Filosofía por la PUCV; Licenciado en Ciencias Jurídicas por la PUCV; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de Teoría y Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (PUCV), Chile. Correo electrónico: johann.benfeld@pucv.cl. ORCID: 0000-0001-6109-3878

Cómo citar este artículo: Benfeld Escobar, J. (2020). A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*. *Estudios de Derecho*, 77 (170), 47-70

DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a02

Fecha de recepción: 4/02/2020 Fecha de aceptación: 24 /03/2020



A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*

I. Introducción

Todas las reglas jurídicas, en tanto disposiciones generales, tienen un carácter subóptimo. A veces regulan un caso que no debiese estar comprendido dentro de la regla y otras dejan fuera uno que, por su naturaleza, debiese haber sido regulado por la misma. Este carácter sobre o infra incluyente se verifica, a su vez, tanto dentro de las disposiciones de derecho sustantivo como dentro de las disposiciones de derecho adjetivo¹. En uno y otro caso la naturaleza subóptima de las reglas representa un desafío para los operadores jurídicos y, entre ellos, especialmente para el juez; pues este es el llamado a aplicarlas.

Tratándose de las reglas que disciplinan el proceso, el carácter sobre- o infraincluyente, tiene además el siguiente inconveniente: puede ocurrir que esta propiedad de la regla procesal afecte la correcta aplicación del derecho sustantivo mismo. Esto es lo que, algunos estiman, puede ocurrir con mayor prevalencia con las llamadas “reglas regulatorias de la prueba” (Bentham, 1825; Taruffo, 2010).

En efecto, puesto que ninguna regla probatoria está en condiciones de prever todos los elementos que eventualmente pueden, en un caso particular, servir de criterios para la prueba de las afirmaciones sobre hechos relevantes en el proceso, dichas reglas son potencialmente contrarias tanto a la determinación de la verdad de las proposiciones empíricas como a la correcta aplicación de las normas sustantivas.

Por las razones antes expuestas, algunos autores (antes y hoy) han señalado la necesidad de abolir (de manera total o parcial) las reglas legales sobre la prueba judicial (Stein, 2008, p. 108, not. 9). Por lo demás, es esto lo que ha venido ocurriendo progresivamente desde hace 200 años con el abandono de los sistemas de prueba legal y su reemplazo por los regímenes de libre valuación de la prueba.

1 No me interesa aquí la discusión sobre si la distinción entre normas de derecho sustantivo y normas de derecho adjetivo es o no correcta y cuál es el fundamento de la misma (vid. Calamandrei, 1996, pp. 366-373). Simplemente quiero, con el uso de estas categorías, distinguir las normas directamente concernidas con la regulación del proceso judicial de aquellas que no lo están.

En los regímenes de libre valoración de la prueba judicial, con todo, aún es posible encontrar reglas que impiden la búsqueda (y obtención) de la verdad de las proposiciones empíricas (reglas de forma, plazo, reglas de exclusión, etc.) y reglas que en este registro intelectual se han tornado inútiles. Este sería el caso, afirma Nieva (2019), de las reglas sobre *onus probandi*.

Sin embargo, para dar por bueno el razonamiento abolicionista es menester aceptar los supuestos teóricos sobre los que este descansa. Estos supuestos, me parece, pueden ser resumidos en los siguientes puntos: i. Las reglas que regulan la prueba judicial tienen un carácter técnico-instrumental; ii. Las razones que justifican la existencia de tales reglas son de naturaleza epistemológica; iii. Las reglas que regulan la prueba son transparentes a sus razones subyacentes y, por lo mismo, intercambiables con aquellas; iv. Para la correcta aplicación del derecho vigente, el juez debe libremente averiguar la verdad sin mayor restricción que su buen criterio y prudencia.

Ahora bien, si resulta ser que las reglas que disciplinan la prueba constituyen verdaderas razones (autónomas e independientes) para la acción. Si las razones que justifican su existencia no son de naturaleza epistemológica, sino político-jurídicas. Si hay buenas razones para pensar que la libertad concedida a los jueces no se traducirá necesariamente en una mayor realización de la justicia sino en arbitrariedad y falta de seguridad jurídica y control, entonces habrá que descartar, por lo menos en términos generales, el programa abolicionista.

En este trabajo exploraré el rendimiento teórico de las hipótesis del párrafo precedente, concentrándome en el contenido tradicional y esencial de las llamadas reglas sobre carga de la prueba², toda vez que ellas han sido recientemente objeto de cuestionamiento. Para la exposición de los argumentos, este artículo se divide en seis partes. La primera y la última corresponden a la introducción y conclusión. Entre uno y otro extremo hay otras cuatro. En la segunda expongo los argumentos que, me parece, conducen a la (propuesta de) abolición de las reglas sobre *onus probandi*. En la tercera, intentaré responder la pregunta: ¿Qué significa afirmar que las reglas sobre carga de la prueba son reglas jurídicas? Luego, me concentraré, en una cuarta parte, en precisar las razones subyacentes a las reglas sobre la carga de la prueba. Para ello me valdré, principalmente de los argumentos ofrecidos por Leo Rosenberg. En la quinta parte, la cuestión a discutir será la aptitud de las reglas imperativas de carga de la prueba para servir de antídoto contra la justicia cerebrina. Cierra este trabajo una pequeña conclusión que busca destacar, a la luz de lo expuesto, ciertas virtudes propias del razonamiento práctico guiado por reglas.

2 Es decir, en la presente investigación me concentraré en la idea básica de carga de la prueba (incumbe probar la existencia de las obligaciones o su correspondiente extinción, al que alega aquéllas o ésta), tal como ha sido recogida y desarrollada en sede civil. En consecuencia, no exploraré ni me detendré en los conceptos asociados a la misma (presunciones, régimen de ponderación, etc.).

Si algún valor tiene esta exposición de ideas, ella ha de buscarse en el desarrollo de los argumentos y no en su conclusión. De ahí que pueda afirmar desde el inicio de esta investigación que, de acuerdo a lo que expondré, existen muy buenas razones para descartar la propuesta abolicionista, por lo menos en lo que a las reglas sobre *onus probandi* toca. Ello, porque las referidas reglas entregan de forma autónoma e independiente razones para la acción que, en tanto tales, son opacas a sus razones subyacentes próximas o remotas. Razones subyacentes que, por lo demás, solo indirectamente se vinculan con aspectos epistemológicos. Finalmente, la existencia de estas reglas (como muchas otras reglas reguladoras de la prueba judicial) se justifica sistémicamente por su capacidad para limitar (en un grado no menor) la llamada equidad cerebrina. Que, como mostraré, con la excusa de realizar la justicia, deviene siempre en arbitrariedad y falta de seguridad para las partes en un proceso.

II. El razonamiento que conduce a la (propuesta de) abolición de las reglas sobre *onus probandi*

Desde los tiempos de Bentham en adelante, el derecho probatorio³ ha asumido progresivamente un compromiso científico con la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas afirmadas en un proceso judicial, a fin de garantizar la realización de la justicia mediante la correcta aplicación del derecho positivo al caso particular; pues, de acuerdo a esta orientación, “la exclusión de toda evidencia podría llegar a ser la negación de toda justicia” (Bentham, 1825, p. 227). Los herederos intelectuales de Bentham, reunidos hoy bajo el rótulo común de “tradicción racional del derecho probatorio” (Twining, 2017, pp. 35-98), han identificado, al igual que su maestro, un enemigo común a tan noble empresa: el formalismo jurídico, es decir, la aplicación acrítica del precepto jurídico, aun cuando aquella pueda estar reñida con el sentido común⁴.

3 Uso aquí la expresión “derecho probatorio” para referirme a una rama jurídica independiente del derecho procesal, concernida más bien con problemas de carácter analíticos, conceptuales, lógicos y epistemológicos presentes en la prueba de las proposiciones empíricas dentro de un proceso judicial. Aunque esta orientación del derecho tiene una larga tradición en el mundo anglosajón, en el contexto de la tradición jurídica continental es más bien reciente (Coloma, 2016, pp. 50-55).

4 Conviene aquí recordar la historia que el propio Bentham usó para ejemplificar aquella “loca erudición” que representaba el formalismo: “Estaba yo presente en el Tribunal del banco del rey, en la sala Westminster, cuando el célebre Wilkes, después de haberse sustraído algún tiempo a la sentencia que esperaba, se presentó de improviso para recibirla. No es fácil imaginar hasta qué punto esta comparecencia inesperada sorprendió y confundió a los jueces. La forma procesal requería, no que se presentase él mismo, sino que apareciese remitido por el sheriff; fallando esta forma, el desconcierto de la justicia era verdaderamente cómico. Al fin se le dijo: ‘señor, particularmente quiero creer que usted se encuentra ahí, ya que usted lo dice y yo lo veo; pero no existe ningún antecedente de que la corte, en situación parecida, haya creído que debía fiarse de sus propios ojos; por tanto, nada tiene que decirnos’. ¿Quién le dirigía ese discurso? Uno de los más grandes genios de Inglaterra; mas ¿de qué sirve el genio cuando se encuentra oprimido por reglas que obligan a que un hombre tenga ojos y no vea y orejas y no oiga?” (Bentham, 1825, p. 6.) El célebre Wilkes es John Wilkes (1725-1797); y el sabio juez al cual se refiere la cita es lord Mansfield (William Mu-

Por ello, el advenimiento (o renacer), en el siglo XIX, de los sistemas de libre ponderación de la prueba judicial, unido a su progresiva y creciente generalización (desde el ámbito penal a todas las otras ramas del derecho), supuso para los benthamianos un nuevo impulso para re-pensar el derecho probatorio y, sobre todo, para purgarlo de sus viejos hábitos (Taruffo, 2008, pp. 20-35; Taruffo, 2010, pp. 114-153; Nieva, 2019, pp. 23-25).

Destasada ahora la prueba, la discusión teórica sobre la misma se desplazó desde el problema de la determinación de los medios de prueba y su valor relativo, a la cuestión más amplia de la validez de las llamadas leyes regulatorias de la prueba en general. Entusiasmados como estaban, algunos teóricos (no todos, por cierto), rápidamente sostuvieron la necesidad de “abolir” (dentro de los dominios del derecho probatorio) toda restricción normativa a la libre averiguación de la verdad (Stein, 2008, pp. 108-116). Sir Rupert Cross, uno de los más prominentes académicos del derecho probatorio del siglo XX, comprometido como estaba con el proyecto abolicionista, incluso llegó a afirmar: “Estoy trabajando para el día en que mi objeto de estudio sea abolido” (Twining, 2017, p. 1).

Los menos radicales (la mayoría), con todo, optaron por realizar un análisis particularista de las disposiciones con incidencia probatoria a fin de resolver, caso a caso, la pertinencia y utilidad de las tales reglas dentro del programa racional. El criterio de validación de las normas con incidencia probatoria quedó, en este registro, circunscrito por tanto a su aportación, dentro de un procedimiento, a la búsqueda y obtención de la verdad material⁵ (Anderson, Schum & Twining 2017, p. 302).

Así las cosas, en un sistema de prueba libre, en el cual el criterio rector es la averiguación de la verdad de los hechos, todas aquellas disposiciones que obstaculizan dicha empresa debiesen ser, en principio, suprimidas (Laudan, 2013, p. 292), debido a que constituyen verdaderas “patologías” del procedimiento (Gascón, 2010, p. 111). Dentro de esta categoría patológica e inútil, al parecer, hay que incluir, ahora, a las normas reguladoras de la carga de la prueba.

Ese es justamente el resultado de mis investigaciones sobre la carga de la prueba. A lo largo del tiempo, tras haber estudiado sus orígenes y desarrollo, así como sus muchas veces funestas consecuencias prácticas, no me ha quedado otro remedio que defender su desaparición de nuestros procesos, igual que ha desaparecido en tantos lugares el juramento, el

rray, 1st Earl of Mansfield, 1705-1793). Véase también, Bentham, J. (1843). *The Works of Jeremy Bentham*. London: published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Simpkin, Marshall & co., pp. 45-46. Vid. Para una aproximación sintética sobre el formalismo jurídico y su pretendida superación en el ámbito de *Common Law*, véase: Tamanaha, B. (2014). The Mounting Evidence Against the “Formalist Age”. *Texas Law Review*, 92, 1667-1684.

5 En el contexto de la teoría racional de la prueba judicial, la “verdad material” supone cierta correspondencia entre los enunciados empíricos y la realidad. En tal sentido se opone a la denominada “verdad formal”, término con el que se alude a un cierto resultado obtenido por la aplicación de las reglas procesales, sea este correspondiente o no con la realidad.

sistema de prueba legal o la propia ordalía, que tanta seguridad provocaba entre los ignorantes que la observaban. (Nieva, 2019, p. 24)

Si la afirmación precedente es correcta, entonces (sostienen los críticos de tales reglas) la supresión de las normas⁶ sobre *onus probandi* no debiese tener ninguna incidencia en el diseño de un procedimiento ni en el resultado particular de un proceso (por lo menos, dentro de los sistemas que consagran un régimen de libre valuación de la prueba). Sin embargo, antes de dar por cierta la afirmación, ha de demostrarse que las reglas sobre carga de la prueba no son actualmente “reglas” en un sentido propio, dado que las razones subyacentes (próximas o remotas) para su instanciación se derivan solo de su aptitud para producir un determinado resultado: la averiguación de la verdad de los hechos (es decir, son más bien directrices técnico-instrumentales y no reglas). Por el contrario, si resulta que, a nivel de aplicación, las tales reglas son reglas jurídicas propiamente tales, y que, además, ni siquiera su instanciación (aplicación particular de la regla general) obedece o tributa a un compromiso epistémico con la averiguación de la verdad de las proposiciones empíricas que han de servir de supuesto a la aplicación de la norma; entonces resulta que el argumento empleado por los abolicionistas para desactivar dichas reglas no es adecuado y, por lo mismo, debe ser descartado.

Pero, he adelantado muchas ideas sin el debido desarrollo. En lo que sigue expondré, siguiendo el programa propuesto en la introducción de este artículo, qué significa afirmar que las reglas sobre carga de la prueba son verdaderas reglas formalizadas de derecho. Luego, exploraré las razones subyacentes para su establecimiento y el nivel (de generalidad) en que estas son instanciadas, por lo menos dentro de la llamada teoría estándar. Finalmente, intentaré mostrar en qué sentido (antes y hoy) las reglas sobre *onus probandi* constituyen, a fin de cuentas, normas jurídicas imperativas que expresan una opción política de reparto de jurisdicción que busca evitar, al igual que la mayoría de las reglas que regulan la prueba judicial, la llamada equidad cerebrina.

III. ¿Qué significa afirmar que las reglas sobre carga de la prueba son reglas jurídicas?

Dentro de los múltiples conceptos asociados a la idea de derecho, el de “regla jurídica” ocupa una posición de privilegio (Hart, 1968, pp. 23-61; Kelsen, 1979,

6 Una de las cosas interesantes de toda admonición abolicionista es, precisamente, que parte de la constatación de que efectivamente las normas jurídicas objeto de su ataque existen como tales y, en consecuencia, la crítica y los argumentos en que ella se sustenta representan un trabajo de *lege ferenda* que, en tanto tal, resulta difícil advertir su poder explicativo del fenómeno jurídico y, mucho menos, la utilidad práctica que tales teorías puedan prestar a los operadores jurídicos (Benfeld, 2018).

pp.15-70; Ross, 2005, pp. 34-42). Pues, sea este o no coextensivo con la idea, existe un amplio consenso en orden a que el derecho disciplina, mediante directivas de acción u omisión, las conductas de los miembros del cuerpo social.

Decir que la regla de derecho disciplina la conducta de los diferentes actores de una comunidad jurídica significa, entre otras cosas, que ella (por sí misma y de forma autónoma) ofrece razones o motivos para la acción (Raz, 2013, pp. 213-228).

Estas razones explican y justifican una acción u omisión dentro de un determinado contexto de actuación. ¿Por qué, como señala el artículo 1698 del Código Civil de la República de Chile, “*incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*”⁷?, es una pregunta que puede ser contestada mediante el señalamiento de la regla correspondiente dentro del sistema jurídico chileno, sin necesidad de hacer explícitas las razones por las cuales dicho ordenamiento ha sancionado la tal norma o determinados individuos la siguen (aun cuando tales cuestiones sean relevantes. Rawls, 1999, pp. 20-46).

Las reglas jurídicas, por tanto, se caracterizan por ser instanciadas de forma independiente de las razones subyacentes para su establecimiento. Esto quiere decir que ellas instancian una generalización (se aplican en su caso particular) que es, en principio, inmune a las razones últimas de la propia generalización contenida en la norma (Schauer, 2004, pp. 103-112). De modo tal que, por ejemplo, frente a la pregunta ¿Por qué *incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*?, la respuesta es simplemente porque el derecho así lo manda, más allá de si esta asignación de tareas es adecuada, justa o conveniente en un caso particular, o si esta “garantiza la realización del derecho sustantivo” o “hace posible la seguridad jurídica”.

La opacidad de la norma jurídica a sus razones subyacentes (por lo menos en su fase de aplicación) es lo que la diferencia, en cuanto regla, de otras meras generalizaciones instanciadas de forma dependiente de sus razones subyacentes (orientaciones técnico-instrumentales para la acción).

Esta característica de la regla jurídica (aunque no necesariamente exclusiva de ella), se manifiesta en su pretensión de apego estricto (más no absoluto) a las formas, de ahí que se suela hablar de “formalismo jurídico” para referirse al fenómeno de

7 Para un estudio pormenorizado del origen de este artículo, que consagra en sede civil la idea nuclear sobre carga de la prueba, y su conexión remota con la sentencia de Paulo dentro del proceso formulario romano, pasando por su recepción en el derecho común y su formalización en el artículo 315 del *Code*, véase Carvajal, P. (2012). *Non liquet!* Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 565-604. Carvajal, P. (2014). *Onus probandi*: la formación del artículo 1.698 del Código Civil de Chile. *Fundamina* 20(1), 125-133. Para un análisis sobre la influencia del *Code* sobre la codificación continental en general, véase Van Rhee, R. (2011). Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción. *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 15-42. Y sobre la influencia del mismo código en Sudamérica, véase. Guzmán, A. (2017). *La fijación y la codificación del derecho en Occidente*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

aplicación regular de la norma, incluso en aquellos casos en que dicha aplicación resulta contraintuitiva⁸, cuestión inherente a la idea misma de regla que no supone, como creen los abolicionistas, necesariamente un rasgo negativo (Schauer, 1998).

En toda generalización normativa, en consecuencia, es posible hallar razones subyacentes. Estas especifican un conjunto de elementos como relevantes para la generalización y, por cierto, descartan otros [(razones de primer y segundo orden (Raz, 2013, p. 225)]. En este juego de generalizar desde una cierta perspectiva puede ocurrir que la generalización contemplada en la regla no sea del todo aplicable al caso particular, ya porque la generalización que se pretendía universal no lo es; ya porque la regla contenía una mera generalización probabilística incorrecta; ya porque el punto de partida de la generalización descuida un elemento significativo en el caso particular. Este es el llamado carácter recalcitrante de las normas jurídicas (Schauer, 2004, p. 98).

Sin embargo, pese a este carácter recalcitrante, las reglas de derecho realizan generalizaciones que atrincheran razones para la acción en cierto nivel, tornando inaccesible para los operadores jurídicos los niveles de justificación subyacente remotos (en nuestro ejemplo, la correcta aplicación de la norma de derecho sustantivo, por ejemplo). Esto quiere decir que en algún momento la regla generaliza una, entre muchas razones subyacentes en competencia, como criterio para la acción. Pero, una vez instanciada la regla misma (aplicada al caso particular), ella se vuelve inmune a la generalización y esta (la generalización) se torna invencible frente a otras razones subyacentes (de segundo orden, por ejemplo).

Esto redundando en otras peculiaridades de las reglas de derecho: su carácter autónomo y subóptimo. Es decir, en su afán de generalización, por una parte, si las reglas son válidas (existen como tales) “constituyen razones que uno no tendría si no fuera por ellas. Mientras que las consideraciones que justifican una regla existen independientemente de la regla, no constituyen la misma razón para la acción que la constituida por la regla” (Raz, 2013, p. 224). Por otra parte, cuando actuamos guiados por una regla, siempre existe la posibilidad de que casos que deberían formar parte de su núcleo semántico queden fuera y casos que deberían excluirse queden comprendidos dentro de la regla (Schauer, 2004, pp. 160-162). En resumen, las reglas jurídicas son criterios autónomos para la toma de decisión de carácter general, atrincherados, pero sub o sobre incluyentes, potencialmente hablando.

Si esta aproximación a la idea de regla de derecho es correcta, y nos parece que lo es, la consecuencia inmediata es que las normas jurídicas no pueden nunca depender de sus razones subyacentes próximas o remotas, debiendo ser en algún punto opacas a ellas en su aplicación. Si ello no fuera así, en realidad no serían reglas del todo.

8 En teoría, y siguiendo con nuestro artículo 1698 (sobre carga de la prueba), habrá casos en que no será posible saber de forma clara a qué sujeto procesal corresponde en la especie la carga de la prueba.

Además, probablemente lo que en las reglas jurídicas justifica una instanciación particular y un atrincheramiento en determinado nivel sea, precisamente, que las propias razones subyacentes remotas son también razones de carácter normativo y no meras descripciones de hechos objetivos (Schauer, 2013, pp. 223-237)⁹.

Pues bien, volviendo ahora a nuestro asunto principal, ¿qué significa, entonces, afirmar que las reglas sobre carga de la prueba son reglas jurídicas? Conforme a lo que venimos diciendo esto significa que las normas sobre *onus probandi* son *reglas generales de derecho positivo (formalizadas e instanciadas por la autoridad), que funcionan de forma autónoma e independiente, como criterio para la toma de decisión mediante una instanciación que generaliza de forma necesariamente subóptima ciertas razones subyacentes en desmedro de otras.*

Así, lo importante de esta afirmación es que, en cuanto reglas jurídicas, las reglas sobre *onus probandi* por sí mismas justifican un curso de acción para sus destinatarios, es decir, son *opacas* a sus razones subyacentes. Esta opacidad se debe, con todo, no solo a su carácter de “reglas”, sino a que no existe una dependencia necesaria (de causalidad natural, por así decir) de la regla respecto a sus razones subyacentes (como sí ocurre con las impropriadamente denominadas “reglas técnicas”). En ellas, en efecto, lo que se generaliza como curso de acción es una decisión jurídico-política que en estricto rigor no mira tanto a la prueba judicial propiamente tal, sino a la seguridad jurídica a la que todo procedimiento y proceso tributa, la cual se ve realizada por la sola aplicación regular y uniforme de la *regla* y no por la obtención de un resultado determinado.

IV. Razones subyacentes de acuerdo a la teoría estándar sobre la carga de la prueba

Para Leo Rosenberg, precursor de la que hoy se considera la “teoría estándar” sobre la carga de la prueba¹⁰ (Prütting, 2010, p. 459), las reglas sobre *onus probandi*, en especial a partir de la proscripción del *non liquet*, vienen a resolver normativamente el problema de la falta o insuficiencia de la prueba, siendo su principal destinatario el propio juez.

9 Cuestión que explica por qué resulta también una impropiedad terminológica hablar de “reglas técnico-instrumentales” de carácter metodológico en el ámbito de las ciencias factuales. En ellas (las ciencias particulares), el compromiso con la averiguación de la verdad mediante la descripción objetiva de la realidad no permite que las estrategias coadyuvantes al proceso (pautas conductuales, por ejemplo) cristalicen en reglas propiamente tales, pues en la medida que los “hechos” indican el camino, las acciones y estrategias particulares deben acomodarse a los hechos y no al revés.

10 No se puede omitir en este lugar, por cierto, las aportaciones de G. Micheli en la conformación de la concepción moderna de la carga de la prueba. Véase Micheli, G. (2004). *La Carga de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis.

De ahí que, tomando distancia con la cuestión de la prueba de los hechos, Rosenberg (1956) haya afirmado que:

La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar; en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. (p. 2)

Pues,

No es la presión ejercida sobre la actividad procesal de las partes la que constituye el punto esencial de la carga de la prueba sino la instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia en caso de no probarse una afirmación de hecho importante. (p. 71)

Desde esta perspectiva, poco importa si el procedimiento en el cual se verifican las reglas de *onus probandi* consagra un régimen de ponderación tasada, mixta o libre de la prueba judicial, pues en todos ellos es perfectamente posible que haya incertidumbre respecto de la suficiencia de la prueba. Y, aunque es cierto que en los procedimientos que estatuyen un sistema de libre valoración de la prueba, la apelación a reglas sobre carga será menor que en aquellos procedimientos de prueba tasada o mixta, también es efectivo que:

La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que, si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de vida y de los hombres; la carga de la prueba enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. (Rosenberg, 1956, pp. 56-57)

Esta idea de distinguir, a mi juicio con acierto, entre dos “ámbitos” o “terrenos” dentro de la fase probatoria judicial, supone también una diversa asignación de funciones entre el “régimen de ponderación”, cuyas razones subyacentes están conectadas, epistemológicamente, con la averiguación de la verdad de las afirmaciones empíricas vertidas en un proceso y las “reglas de *onus probandi*” que se insertan por razones de seguridad jurídica dentro del régimen probatorio tanto a su inicio (carga subjetiva), como al final del mismo (carga objetiva), pero sin que cuenten dentro de sus razones subyacentes criterios epistemológicos vinculados con la averiguación de la verdad, sino todo lo contrario.

En efecto, lo que uno observa en la instanciación de las tales reglas (aplicación a un caso particular), es precisamente la generalización de una solución normativa que, en su dimensión subjetiva (al inicio del procedimiento), indica *quién* debe

probar y, en su dimensión objetiva (al final del proceso), determina de antemano *qué* sujeto procesal ha de ver frustrada su pretensión debido a la falta de prueba sobre las afirmaciones sobre hechos relevantes.

Nótese que la dimensión objetiva de la carga de la prueba, en consecuencia, encuentra su justificación (o razones subyacentes de primer y segundo orden) no en una cuestión de hecho (prueba), sino en una de derecho sustantivo o material (normas aplicables ante la falta de prueba). En otras palabras, conforme a la teoría estándar, el supuesto normativo a probar (y a quién ha de perjudicar la falta de prueba) es una cuestión que tiene que ver más con el derecho sustantivo y las decisiones normativas que sobre el mismo adopta el legislador, que con una cuestión de naturaleza procesal. En otras palabras, decir, por ejemplo, que “incumbe probar la existencia de una obligación a quien la alega”, significa que por la naturaleza del acto o contrato de que se trate, pesa sobre una de las partes la “carga” de probar. Y será también el propio derecho sustantivo quien revele en qué supuestos y contexto normativo¹¹ la parte que alega la existencia de una obligación se verá liberada de su prueba¹².

Las normas relativas a la carga de la prueba pertenecen al mismo sector de derecho que el precepto jurídico cuyos presupuestos deben resultar de los hechos litigiosos; pues cumpliéndose los presupuestos de sus preceptos el sector de derecho que determina el contenido de

11 En realidad, este asunto es, incluso más complejo, pues de alguna manera la “cuestión normativa” afecta también (más allá de la averiguación de la verdad de una proposición empírica) la propia idea de libre valuación de la prueba y su pretendida base epistemológica. Pues si en definitiva la “calificación” del hecho que sirve de supuesto a la norma está indisolublemente ligado con una consideración sustantiva de la misma, resulta que en la valuación del hecho pueden incidir no solo “razones empíricas”, sino también “conceptos” y “valores” que determinan con igual o mayor intensidad la calificación de un “hecho” como “supuesto” (González Lagier, 2018, pp. 16-19).

12 El desconocimiento de la naturaleza normativa de las reglas sobre carga de la prueba y las razones subyacentes que animan su establecimiento en cualquier sistema probatorio es lo que induce a error a los abolicionistas. Ellos, al parecer, piensan las reglas sobre *onus probandi* desde una perspectiva instrumental condicionada a un resultado: la prueba de la verdad de las proposiciones empíricas. Sin embargo, una vez que realizan el ejercicio hipotético de supresión de las reglas sobre carga de la prueba se ven obligados a introducir en el sistema otras normas de clausura que, con otro nombre, viene a realizar la misma función. Esto es lo que, creo, ocurre con Nieva cuando luego de descartar la regla general de carga, le asigna la misma función (en su dimensión objetiva) a la “cosa juzgada” (Nieva, 2019, p. 44). Algo parecido pasa con Ferrer, quien pese a reconocer la imposibilidad de prescindir de tales reglas, por lo menos desde una dimensión “objetiva”, sigue pensando que ellas, en su dimensión subjetiva no tienen cabida dentro de un sistema de libre ponderación de la prueba judicial. En este autor, lo que falla es la comprensión de la recíproca dependencia de ambas dimensiones de la carga de la prueba (Ferrer, 2019, p. 57). Igual confusión se observa en la llamada teoría procesal de la carga dinámica (sobre el desarrollo de esta teoría, sus partidarios y una extensa bibliografía, véase Falcón, 2009, pp. 314-321). Esta no solo falla en la identificación de la naturaleza de las reglas sobre carga de la prueba y de las razones que las justifican dentro de un sistema, sino que pretende justificarlas desde una perspectiva epistemológica asimilándola a criterios móviles condicionados por su resultado (obtención de la verdad), pero sin renunciar a la afirmación de que se trata de verdaderas reglas de derecho. Para complejizar aún más las cosas, a la confusión entre las cuestiones de hecho y derecho, suma esta teoría una constelación de conceptos (facilidad, disponibilidad, accesibilidad, etc., probatorias) que, a fin de cuentas, no conducen a ninguna solución diversa de la que se obtendría por la aplicación de las normas de derecho sustantivo (Palomo, 2013; Vidal y Brantt, 2012).

la sentencia judicial también debe responder a la cuestión de cómo ha de decidir el juez cuando la existencia de un presupuesto de sus efectos jurídicos no se ha probado. (Rosenberg, 1956, pp. 73-74)

Debido a que las cuestiones sobre carga de la prueba son de carácter normativo, no debe resultar extraño que en la justificación que realiza Rosenberg sobre las mismas no haya, en principio, una apelación a criterios epistemológicos. De hecho, de manera explícita desconecta la cuestión de la averiguación de la verdad, de las razones que justifican el establecimiento de las reglas sobre *onus probandi*, pues “el deber que tiene las partes a la verdad no hace superflua una regulación de la carga de la prueba” (Rosenberg, 1956, p. 59).

Las reglas sobre carga de la prueba se justifican así desde una perspectiva general, precisamente por solucionar el problema de la incertidumbre sobre los hechos de una manera reglada:

No sólo ponen al juez en condiciones de evitar el *non liquet*, sino que también le prescriben, en forma clara y categórica, el contenido de su decisión al imputar a una parte la incertidumbre de una circunstancia de hecho y al hacer que esta incertidumbre redunde en provecho de la otra. (Rosenberg, 1956, p. 58)

Esta forma “*clara y categórica*”, es la que se extrae, como razón subyacente, de la propia norma de derecho sustantivo, evitando que el juez, en su ánimo por impartir justicia, decida él mismo a *quién* corresponde la carga de la prueba. Ello, por la simple razón que:

Una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y, por consiguiente, a una sentencia errónea, aun cuando no está en cuestión propiamente la aplicación de una norma sobre carga de la prueba, creyendo el juez haber llegado (si bien a base de error) a una aclaración completa de la situación de hecho. (Rosenberg, 1956, p. 61)

Las consideraciones precedentes llevan a Rosenberg a la siguiente conclusión: “La distribución proporcionada e invariable de la carga de la prueba es un postulado de la seguridad jurídica, sostenidos justamente por los prácticos y defendido también por los partidarios de teorías discordantes” (Rosenberg, 1956, p. 59). Así, las reglas de *onus probandi* funcionan en este registro como una norma de clausura (con un contenido preciso, general y uniforme) que, más allá de su conexión con la prueba de la verdad de las proposiciones empíricas afirmadas y la pertinencia de las pretensiones de las partes, viene a precisar, bajo ciertos supuestos, el contenido de la sentencia judicial, indicando, de manera previa, *qué* parte ha de resultar vencida.

La conexión que realiza Rosenberg entre las ideas de “incertidumbre”, “aplicación regular y uniforme de las reglas” y “seguridad jurídica”, con todo, solo parece entregar razones que justifican la existencia de reglas sobre carga de la prueba desde una perspectiva objetiva, esto es, *quién* ha de soportar las consecuencias adversas por la falta o insuficiencia de la prueba. Una cuestión distinta es *¿Por qué* una parte ha de soportar las consecuencias adversas?

Ante esta cuestión, Rosenberg repasa una serie de teorías en competencia para explicar la opción: la justicia conmutativa; el principio dispositivo; el contradictorio; la estructura del proceso, etc., sin que ninguna resulte satisfactoria (Rosenberg, 1956, pp. 83-90). Sin darse por vencido en la búsqueda de un principio general llega finalmente a la idea de que “cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable” (Rosenberg, 1956, p. 91). Principio que, sin ser en lo esencial diverso a la sentencia de Paulo¹³, complejiza y desarrolla luego articulándolo con las ideas de normas *constitutivas*, *destructivas*, *impeditivas* o *excluyentes*. Así las cosas, la fórmula canónica cristaliza en la siguiente idea:

La declaración del juez, de que un derecho existe, y la consiguiente condena del demandado puede y debe hacerse sólo a base de la norma constitutiva de derecho, en cuanto no se comprueben también, los supuestos de una norma impeditiva o destructiva o exclusiva de derecho justificando la aplicación de esta norma con el resultado de que se declare la no-existencia del derecho y, por consiguiente, se rechace la demanda. (Rosenberg, 1956, p. 103)

Como se ve, se trata de una explicación normativa de la dimensión objetiva de la carga de la prueba que busca justiciar *qué* ha de probarse, *quién* ha de soportar el juicio adverso y *por qué* dicho juicio será, en efecto, adverso a una de las partes. Es decir, estas reglas instancian una generalización normativa que privilegia la seguridad jurídica frente a otros criterios en competencia y, a partir de esta decisión (legislativa), la regla se atrinchera con un carácter imperativo para el juez en la fase de aplicación del derecho positivo.

13 “(E) *incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” (“incumbe la prueba al que dice, no al que niega”) D. 22.3.2. A diferencia de lo que acontece con el artículo 1698, inciso primero, del Código Civil chileno, tanto el principio establecido por Rosenberg (como la propia sentencia de Paulo) parecen tener mayor extensión que el referido artículo. Esto permite, a su vez, que los problemas de sobre- o infrainclusión de la regla sean menores, toda vez que normativamente el contenido de las disposiciones de derecho sustantivo indicará en cada caso quién tiene interés en probar qué. Cuestión que puede perfectamente variar de un caso a otro. Aunque esta variación dependerá más del juego particular de las normas involucradas en la relación que de sus hechos particulares. De ahí que Rosenberg insista en que las reglas sobre carga de la prueba se derivan, en su dimensión objetiva, de las disposiciones de derecho sustantivo y, a su vez, que las reglas sobre carga en su dimensión subjetiva, dependen de su principio general objetivo.

Pero, aun suponiendo que la explicación precedente sea correcta en lo que a la dimensión objetiva toca; resta por ver si no habrá, desde una perspectiva subjetiva, razones subyacentes de carácter epistemológico.

En su dimensión subjetiva, las reglas sobre carga de la prueba nos indican *quién debe* aportar la prueba y no *quién debe* soportar la decisión adversa. Rosenberg, al subordinar la dimensión subjetiva a la objetiva, reconoce que las reglas sobre carga de la prueba en este ámbito son importantes, pero no se detiene en una consideración especial sobre sus razones subyacentes. Ello no implica, en todo caso, que ellas no existan.

Bravo, en un interesante estudio de 2013, luego de distinguir entre las razones subyacentes de primer y segundo orden, propone como candidatos de justificación de las reglas sobre *onus probandi* en su dimensión subjetiva, los siguientes: ilicitud; statu quo; normalidad; excepcionalidad y beneficio (Bravo, 2013, pp. 24-35). Y luego de realizar un examen atento sobre los argumentos comúnmente esgrimidos para justificar la adopción de uno de estos criterios por sobre los otros, concluye:

En suma, el criterio del beneficio es el mejor candidato como justificación subyacente de primer orden para las reglas generales de distribución del CC, por sobre el *statu quo*, la normalidad y la excepción. Y la justificación de segundo orden del criterio del beneficio, es que con él se logra que los hechos queden finalmente probados en juicio porque construye un entramado de incentivos para que la carga de la prueba quede en cada uno de los actores antagónicos que tienen mayor interés en ser diligentes con la prueba de esos hechos. (Bravo, 2013, p. 36)

Así, beneficio e incentivo (por lo menos desde la perspectiva del derecho civil) son los dos criterios que justifican la instanciación de las reglas de distribución. En otras palabras, esto quiere decir que el legislador asume que por “regla general” las partes tiene un interés comprometido en la prueba de los hechos y, por lo mismo, “en general” el sistema civil de distribución de carga probatoria incentiva a cada parte a probar los supuestos de hecho de la norma afirmada: el acreedor afirmará y probará así la regla constitutiva, mientras que el deudor, la correlativa extintiva, impositiva o exceptiva. Pero claro, llegados a este punto, resulta evidente la conexión entre el interés y los incentivos con la dimensión objetiva de la carga, sin la cual, como insiste Rosenberg, aquellas razones no se explican.

Ahora, me parece, estamos en condiciones de volver a la segunda cuestión que había movilizado nuestro trabajo: ¿Cuáles son las razones subyacentes para el establecimiento de las reglas sobre carga de la prueba?

En su dimensión objetiva, las reglas sobre *onus probandi* se justifican por su conexión necesaria con el derecho material que comanda la relación jurídica. De tal

suerte que ellas tributan, gracias a su predictibilidad, a la idea de seguridad jurídica. En su dimensión subjetiva, las reglas sobre *onus probandi* también tributan al derecho material que disciplina la relación entre dos sujetos de derecho, y es dicha conexión la que justifica la atribución de un interés y un incentivo para las partes. Como se aprecia, las reglas de carga de la prueba no se vinculan sino indirectamente con cuestiones propiamente probatorias (al modo como las entiende el derecho probatorio). Por lo mismo, su rendimiento teórico y práctico no puede depender de consideraciones meramente epistemológicas, sino de opciones normativas que se vinculan con la razón de ser de un ordenamiento jurídico. Ante todo, las reglas sobre carga de la prueba, como cualquier regla jurídica, promueven una ordenación regular de la vida social que requiere, para su normal desenvolvimiento, no solo de reglas, sino de mecanismos claros de producción, transformación y aplicación de las mismas. Siendo indispensable que, por lo menos a nivel de aplicación de las normas jurídicas, ellas sean opacas a sus razones subyacentes, pues, como he dicho al inicio de este trabajo, si ello no es así, no se las puede considerar verdaderas reglas. Y sin reglas de derecho que disciplinen la conducta, resulta difícil hablar de un verdadero “ordenamiento” jurídico.

Por lo anterior, la razón de ser de las reglas de carga de la prueba (al igual que todas las reglas jurídicas), como una y otra vez afirma Rosenberg, hay que situarla en la idea de *seguridad jurídica*. Es esta idea la que, por lo menos a nivel de aplicación de la regla, garantiza la corrección de un fallo judicial. Evidentemente habrá casos en los que el carácter subóptimo de las reglas de distribución suponga un perjuicio para una de las partes, pero ese es el precio a pagar por evitar un peligro todavía mayor: la equidad cerebrina.

V. Las reglas imperativas de carga de la prueba como antídoto contra la justicia cerebrina

Las reglas sobre *onus probandi*, como he pretendido mostrar, se justifican desde una perspectiva normativa (y no por su compromiso por la averiguación de la verdad de los hechos). Y, desde esa misma perspectiva, no solo le indican al decisor que tiene la jurisdicción para resolver; sino que le señalan *cómo debe* fallar. Es decir, las reglas que regulan la carga de la prueba tienen un carácter imperativo.

Decir que las reglas sobre carga de la prueba tienen un carácter imperativo implica que ellas no solo atribuyen a ciertos sujetos (de derecho) la potestad para tomar decisiones respecto a una determinada categoría de sucesos; sino que dicha toma de decisión está condicionada en su contenido por las propias reglas. Esta cuestión se funda en la distinción entre reglas que “crean” una cierta jurisdicción y reglas que señalan la “sustancia de su ejercicio” (Schauer, 2004, p. 231). Las reglas imperativas, por su propia naturaleza, están llamadas a colmar de manera

significativa el campo de ejercicio de una potestad decisoria, entregando razones por las cuales su destinatario ha de seguir un curso de acción en desmedro de otro.

La división entre reglas constitutivas y reglas imperativas descansa, desde una perspectiva metaepistémica, en una opción política de distribución del trabajo mediante la atribución de jurisdicción y competencia entre los diferentes poderes del Estado. Puesto que las reglas constitutivas atribuyen a ciertos sujetos la potestad para tomar decisiones respecto de una determinada categoría de sucesos sin mayores restricciones; ellas por regla general estarán reservadas para los poderes nomotéticos del Estado (Legislativo y Ejecutivo, en menor medida). Esto explica por qué el producto de la actividad propia del poder legislativo (la ley), supone un significativo grado de transparencia entre las razones subyacentes y la regla resultante. Es en la discusión nomotética que se verifica en sede legislativa donde las razones subyacentes en competencia son evaluadas de forma pública antes de atrincherarse en normas propiamente tales. Lo anterior no debe sorprender, pues las reglas constitutivas son propias y características de la función creadora de derecho y no de la función de aplicación del mismo.

En este reparto (político) de poder, a los órganos jurisdiccionales les ha tocado la función de “aplicación” de la regla (aun cuando ésta suponga, por cierto, la interpretación de la misma). En teoría esto se traduce en que el Poder Judicial y los órganos que lo integran, en el ejercicio de la función jurisdiccional (fallar conforme a derecho) pueden ser considerados como un poder *políticamente* nulo o inexistente (Atria, 2016, p. 213).

En efecto, la función jurisdiccional, en este sentido, carece de una finalidad exorbitante a la regla de derecho misma (a diferencia de lo que ocurre con la función legislativa y ejecutiva), constituyendo su razón de ser la aplicación correcta de la norma jurídica, pues:

La ley correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas, y la función del juez es declarar que un estado de cosas sometido a su conocimiento corresponde o no a un caso genérico correlacionado por la ley con una solución genérica (o si las propiedades que definen el caso genérico son o no verdaderas en el caso del que está conociendo) de modo que este deba o no ser correlacionado con la solución específica correspondiente a la solución genérica contenida en la ley. (Atria, 2016, p. 204).

Así, a diferencia de lo que ocurre con los otros poderes del Estado, la función jurisdiccional demanda una estructura preexistente (la ley, en sentido general) que, instanciada de forma legítima, expresa la voluntad soberana (del pueblo). Y, respecto a dicha estructura (la ley), su función se vuelve “opaca”, es decir, no le es dable en el cumplimiento de su función hacer al juez “transparentes” las razones subyacentes que justificaron legislativamente su establecimiento (Atria, 2016, p. 149).

Es desde esta perspectiva que hay que entender el carácter imperativo de las reglas sobre carga de la prueba: ellas representan, en tanto normas ancladas al derecho material, opciones políticas que por su propia naturaleza funcionan (o debiesen funcionar) como verdaderas reglas jurídicas y no como razones subyacentes, de primer o segundo orden, a la función jurisdiccional.

Pero no solo hay argumentos metaepistémicos para afirmar el carácter imperativo de las reglas sobre *onus probandi*. Desde una perspectiva epistémica, si se piensa ahora en los riesgos de error presentes en la secuela de un proceso judicial y la forma en que estos han de ser (normativamente) distribuidos entre las partes, nuevamente resulta que existen buenas razones para defender el carácter imperativo de las reglas sobre carga de la prueba.

Es cierto que, dado el carácter subóptimo de las reglas en general, las normas sobre carga de la prueba conducirán, a veces, a resultados no deseados. Y, puesto que ello necesariamente ha de ocurrir, tal vez, liberar al órgano jurisdiccional de las mismas, pudiese parecer una buena estrategia. Sin embargo:

Quando los decisores no se encuentran encadenados a reglas y tienen, por consiguiente, la potestad para inquirir sobre cualquier factor que pueda llevar a la mejor decisión para el caso particular, podría sencillamente ocurrir que no tomen la mejor decisión. Liberados para examinarlo todo, con frecuencia los decisores no emplean esa libertad con sabiduría, sino que hacen uso de factores que podrían producir el mejor resultado para generar, en su lugar, un resultado inferior: A diferencia de los errores que son consecuencia necesaria incluso de la aplicación correcta de reglas simplificadoras, los errores de los que ahora debemos ocuparnos surgen de la aplicación incorrecta de un procedimiento de decisión particularista teóricamente optimizador. (Schauer, 2004, p. 212)

Epistémicamente hablando, las reglas sobre carga de la prueba están diseñadas para identificar las afirmaciones sobre los hechos importantes (constitutivos, extintivos, impeditivos, modificatorios, etc.), señalando tanto *quién* tiene el interés en dicha prueba, dados los incentivos que ofrece el sistema, como *quién* ha de soportar los efectos adversos de un fallo judicial, cuando exista incertidumbre sobre la prueba. Desde una perspectiva lógica, estas reglas correctamente aplicadas debiesen conducir, por regla general, a un resultado epistemológicamente adecuado, sin necesidad de *inquirir sobre cualquier otro factor que pueda llevar a la mejor decisión para el caso particular*.

Pues bien, se trate de razones metaepistémicas o epistémicas¹⁴. Las reglas sobre carga de la prueba tienen un carácter imperativo. Dirigidas primeramente al

14 En realidad, lo que ocurre con las reglas de *onus probandi* es un entrecruzamiento de razones epistémicas y metaepistémicas que justifican, dentro del sistema procesal, la existencia de tales reglas, toda vez que ellas ofrecen una solución

juez le indican a este no solo cuándo ha de aplicarlas sino cuál ha de ser el contenido de su decisión. Con ello se busca que, en la aplicación del derecho, el decisor no se desvíe de la regla en virtud de lo que él cree es la *ratio iuris* de la misma.

Por desgracia, algunas veces los jueces olvidan la naturaleza propia de la función jurisdiccional y, por lo mismo, el carácter imperativo de las reglas de derecho. Las razones para esto pueden ser múltiples y variadas. Sin embargo, dentro de las más peligrosas (razones) hay que contar aquellas que justifican la desviación de la regla en función de la justicia de la decisión. El peligro de este tipo de desviación es que, potencialmente, tiene la aptitud de vestir la mera arbitrariedad con el ropaje siempre lustroso de la justicia.

Los juristas medievales llamaron “*aequitas martiniana*”, “*aequitas bursalis*”, “*aequitas cordis sui*”, “*aequitas de corde suo inventa*”, “*ficta aequitas*”, “*aequitas qui excogitat quis ex ingenio suo*”, “*aequitas capitanea*”, a este tipo de desviación en la interpretación y aplicación de la ley por parte del juez. Para que surgiera este problema, sin embargo, fue menester algún grado de formalización del derecho y que además dicha formalización fuera la que lo suscitara. Así lo muestra, por lo demás, la historia dogmática de tales acepciones de la equidad.

El punto de partida del problema se halla en una doble consideración del concepto de equidad. Por una parte, este se puede considerar como la *ratio iuris* presente en la regla de derecho que demanda la igual aplicación de la norma (uso la expresión norma como sinónimo de regla) en todos los casos similares. Esta acepción recibe el nombre de *aequitas constituta*, cuya fuente es el propio derecho positivo (uso este término para referirme al derecho sancionado por la autoridad y no en el sentido moderno del mismo). Por otra, la equidad puede ser entendida como un principio exorbitante a la regla de derecho cuyo propósito es, precisamente, salvar el carácter subóptimo inherente a la misma, mediante el uso de la razón natural. A este tipo de equidad se lo denomina, *aequitas non constituta* o *aequitas nuda* (Guzmán, 2011, pp.78-79).

La tensión entre ambas acepciones del concepto de equidad se produjo ya en la Edad Media a propósito de la interpretación de las leyes *inter aequitate* (Cod. Iust. 1,14,1), *Placuit* (Cod. Iust. 3, 1, 8) e *In ómnibus quidem* (Dig. 50, 17, 90). La primera de ellas le entregaba al emperador la potestad exclusiva para derrotar la norma de derecho positivo en razón de la equidad. Los dos restantes, conferían

normativa a un problema epistémico: la resolución de un caso en condiciones de incertidumbre sobre los hechos. “En esas condiciones de incertidumbre y responsabilidades divididas, la carga de la prueba y sus conceptos acompañantes de deferencia y presunción juegan un rol importantísimo. Esos conceptos nos dicen justamente cuán seguro ha de estar el sistema jurídico para alcanzar una conclusión particular y, de manera indirecta, le indican al sistema qué debe suceder en el caso en que no esté suficientemente seguro. Al especificar cuánta confianza debe tener el derecho para producir una solución jurídica particular, en especial la carga de la prueba refleja valores sustantivos más profundos, y no sólo procesales, que varían dependiendo de las consecuencias de esa solución” (Schauer, 2013, p. 224).

igual potestad a jueces y doctores de la ley. Así las cosas, había que resolver la incompatibilidad que existía, a primera vista, entre dichos textos.

Las soluciones fueron variadas, pero dos concentraron la discusión doctrinal: la de Búlgaro y la de Martino. Para el primero, en realidad no existía ninguna antinomia normativa, toda vez que la primera ley (*inter aequitate*) reservaba al emperador, y solo a él, la posibilidad de actuar conforme a la *aequitas non constituta* y mediante ella crear, modificar y derogar el derecho. Por el contrario, jueces y doctores de la ley únicamente podían moderar el rigor del derecho apelando a la *aequitas constituta*, es decir, a la equidad contenida ya en el derecho que permitía, en ciertos casos, que una misma disposición se interpretara de una forma diversa.

Martino, por el contrario, pensó que tanto la *aequitas constituta* como la *nuda* podían ser aplicadas por jueces y doctores, además del emperador. Para conciliar las tres leyes Martino simplemente distinguió el tipo de interpretación y la fuerza obligatoria de la misma. Si la interpretación la realizaba el emperador, ella era obligatoria y general; si la realizaba el juez, ella era obligatoria, pero particular, y si quien interpretaba era un doctor de la ley, dicha exégesis no era ni obligatoria ni general.

La disputa, finalmente, se zanjó a favor de Búlgaro y la propuesta de Martino fue descartada, no sin antes servir de rótulo para designar de forma peyorativa a toda doctrina sobre la equidad (judicial) que pretende justificarse más allá de la ley.

El recelo a la equidad martiniana no disminuyó con el tiempo, sino todo lo contrario. Y los juristas ilustrados, aún más involucrados con la racionalización del derecho, muy pronto comenzaron a referirse a la misma como *aequitas cerebrina* a fin de “aludir al uso, en la interpretación, de una falsa equidad, arbitraria, aparente o fantástica, forjada con la imaginación o el sentimiento, de modo que no resulta nada más que una suerte de pretexto para torcer el sentido de las leyes” (Guzmán, 2011, p. 241).

De alguna manera, es esta aversión a la equidad cerebrina la que en buena medida anima, también, la obra de Rosenberg. De ahí el sentido claro y preciso del siguiente párrafo que, por su importancia, reproduzco íntegramente:

El legislador que regula una relación de la vida no puede ni debe proponerse ningún otro fin mejor -a menos que le obliguen consideraciones históricas o de otra clase- que el de satisfacer las exigencias de la justicia y la equidad; en efecto, en los trabajos preparatorios del Código Civil vemos con frecuencia que deciden reflexiones de esta índole cuando la distribución de la carga de la prueba se presenta como dudosa. Pero si el juez quisiera gobernar el barco del proceso singular siguiendo la estrella de la justicia, se expondría a las tempestades e inseguridades propias de alta mar y zozobraría. Y se destruiría totalmente la esencia del proceso. El individuo que decide

libremente según la justicia, decide conforme a sus sentimientos, y no de acuerdo con principios. Desaparecería toda seguridad jurídica. Pues la justicia se manifiesta en cada cabeza de modo distinto. La sentencia así lograda parecería arbitraria a las partes, y tal vez no estuvieran tan equivocadas al respecto. Sólo la justicia acrisolada a través de los siglos y configurada por el legislador, sólo la propia ley puede ser pauta y guía para el juez. (Rosenberg, 1956, p. 85)

La propensión a la equidad cerebrina, por desgracia, no es fácil de erradicar. Y ello debido no solo al carácter subóptimo de toda regla jurídica, sino a la existencia de teorías que, bajo diversos rútilos y con argumentos bastante persuasivos, nos invitan a considerar (antes y hoy) las bondades de abolir las reglas, sobre todo cuando ellas no tributan de manera consistente a las razones subyacentes que dichas teorías les atribuyen. Sin embargo, me parece que, incluso en aquellos casos en que las reglas jurídicas son más sensibles a razones epistemológicas (sean estas de primer o segundo orden), como ocurre con las disposiciones relativas al derecho probatorio, los riesgos que conlleva la existencia de normas meramente constitutivas a favor de los órganos jurisdiccionales son mayores aun que aquellos derivados de un sistema de ponderación tasada o mixta (Benfeld, 2018; Stein, 2013; Summers, 1999). Con ello no afirmo, en caso alguno, que los sistemas de valuación tasada sean (epistemológicamente hablando) superiores a los de libre ponderación de la prueba judicial, sino simplemente, como dice Rosenberg, que las reglas que regulan la prueba judicial (entre ellas las de carga de la prueba) no han de ser evaluadas única y exclusivamente desde su aptitud o ineptitud para producir prueba, pues nunca hay que olvidar que la prueba judicial tributa al proceso y este al derecho en general. Y, la correcta aplicación del derecho no se reduce nunca a la verificación de las afirmaciones fácticas que activan las consecuencias normativas de un precepto particular, sino a la aplicación, en la especie, de todas las normas que como sistema condicionan los efectos de la norma particular en el caso judicial.

VI. Conclusiones

No me parece necesario añadir a esta investigación nada más sobre el carácter imperativo de las reglas sobre *onus probandi* y su justificación política y epistemológica como antídoto contra la equidad cerebrina. Sin embargo, quisiera sumar, a modo de cierre, que la sujeción del juez a la ley, más allá de las pretensiones de los abolicionistas, no solo garantiza la seguridad jurídica dentro de un determinado ordenamiento, sino que hace perceptibles dentro del mismo, lo que Schauer ha denominado, las “virtudes silenciosas”.

Cuando los jueces actúan guiados por el derecho (positivo), no solo están en mejor pie para realizar la justicia (por lo menos desde una perspectiva formal

conforme con el principio de universalización) y generar en la comunidad mayor confianza en el sistema, a través de una eficiente gestión de los recursos destinados a solucionar las controversias jurídicas de una manera estable en tiempo (seguridad). Sino que además de esto, las reglas jurídicas, y entre ellas las de carga de la prueba, tienen la virtud de simplificar significativamente los procesos decisorios, evitando que los jueces deban siempre (y en cada caso sometido a su conocimiento) considerar todos y cada uno de los factores relevantes en la toma de decisión. Esto permite, a su vez, que ellos se concentren solo en aquellos factores que en la regla aparecen instanciados como generalizaciones atrincheradas. Esta focalización, así mismo, es congenial con la idea de reparto de poderes en un Estado de Derecho democrático y constitucional que, junto con conferir poderes de decisión a los diferentes órganos públicos, estatuye mecanismos de control para garantizar la igualdad ante la ley a todos los miembros del cuerpo social. De forma tal que:

En la medida en que las reglas constituyen también con frecuencia mecanismos deseables para limitar la jurisdicción y, en consecuencia, para limitar el poder, y en la medida en que constituyen también con frecuencia mecanismos deseables para la distribución de la responsabilidad en un mundo complejo, su fuerza se hace sentir no sólo en el caso anómalo, sino en todos los casos. (Schauer, p. 2004, p. 299)

Así las cosas, si los abolicionistas insisten en su programa de desactivación (total o parcial) de las reglas reguladoras de la prueba, en general y de las de *onus probandi*, en particular, tendrán que ofrecer razones que no solo justifiquen la importancia de la averiguación de la verdad en un proceso judicial, sino que, por sobre todo, justifiquen el sacrificio de los valores político-jurídicos que funcionan como razones subyacentes al establecimiento de dichas reglas, cuyo efecto en el proceso es (desde su establecimiento) una morigeración del poder a favor de la seguridad jurídica, condición necesaria para la realización (formal) de la justicia (Radbruch, 2014, p. 44).

Referencias bibliográficas

- Anderson, T., Schum, D. & Twinin, W. (2017). *Analysis of Evidence*. Middletown: Cambridge University Press.
- Atria, F. (2016). *La Forma del Derecho*. Buenos Aires: Marcial Pons.
- Benfeld, J. (2018). Sobre el Carácter Normativo y Tendencialmente Vinculante de las Reglas de la Sana Crítica en la Ponderación de la Prueba Judicial. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (50), 159-185. DOI: 10.4067/S0718-68512018000100159
- Bentham, J. (1825). *Treatise of judicial evidence*. M. Dumont: London. Messrs. Baldwin, Cradock and Joy.

- Bentham, J. (1843). *The Works of Jeremy Bentham*. London: published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Simpkin, Marshall & co.
- Bravo, P. (2013). Derrotabilidad de la Carga de la Prueba en la Responsabilidad Contractual: Hacia la Facilidad Probatoria en Chile. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (21), 13-46. DOI: 10.4067/S0718-80722013000200002
- Calamandrei, P. (1996). *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Vol. I). Buenos Aires: Librería el Foro.
- Carvajal, P. (2012). *Non liquet!* Facilidad probatoria en el proyecto de un nuevo código procesal civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39(3), 565-604. DOI: 10.4067/S0718-34372012000300001
- Carvajal, P. (2014). Onus probandi: la formación del artículo 1.698 del Código Civil de Chile. *Fundamina*, 20(1), 125-133.
- Coloma, R. (2016). El Derecho Probatorio y su Torre de Babel: Sobre citas en revistas indexadas. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(2), 35-58. DOI: 10.4067/S0718-09502016000200002
- Falcón, E. (2009). *Tratado de la Prueba I*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrer, J. (2019). La Carga Dinámica de la Prueba. Entre la Confusión y lo Innecesario. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (Eds.), *Contra la Carga de la Prueba* (pp. 53-89). Madrid: Marcial Pons.
- Gascón, M. (2010). *Los Hechos en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2018). Distinciones, Estipulaciones y Sospechas sobre los Criterios de Valoración y los Estándares de Prueba. En Benfeld, J. y Larroucau, J. (Eds.), *La Sana Crítica Bajo Sospecha* (pp.15-356). Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Guzmán, A. (2011). *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes*. Madrid: Editorial Iustel.
- Guzmán, A. (2017). *La fijación y la codificación del derecho en Occidente*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Hart, H. L. A. (1968). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y Proceso Penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Micheli, G. (2004). *La Carga de la Prueba*. Bogotá: Editorial Temis.
- Nieva, J. (2019). La Carga de la Prueba: Una Reliquia Histórica que Debiera ser Abolida. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (Eds.), *Contra la Carga de la Prueba* (pp. 23-53). Madrid: Marcial Pons.
- Palomo, D. (2013). Las Cargas Probatorias Dinámicas: ¿Es Indispensable Darse Toda esta Vuelta?. *Ius et Praxis*, 19(2), 447-464. DOI: 10.4067/S0718-00122013000200015

- Prütting, H. (2010). Carga de la Prueba y Estándar Probatorio: la Influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el Desarrollo del Moderno Derecho Probatorio. *Revista Ius et Praxis*, 16(1), 453-464. DOI: 10.4067/S0718-00122010000100015
- Radbruch, G. (2014). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1999). *Collected Paper*. Cambridge: Harvard University Press.
- Raz, J. (2013). *Entre la Autoridad y la Interpretación*. Madrid: Marcial Pons.
- Rosenberg, L. (1956). *La Carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: Editorial Eudeba.
- Schauer, F. (1998). Formalism. *The Yale Law Journal*, 97(4), 509-548. Recuperado de <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylij/vol97/iss4/1>
- Schauer, F. (2004). *Las Reglas del Juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Schauer, F. (2013). *Pensar como un Abogado*. Madrid: Marcial Pons.
- Stein, A. (2008). *Foundation of Evidence*. New York: Oxford University Press.
- Stein, A. (2013). Contra la Prueba Libre. *Revista de derecho (Valdivia)*. 26(2), 245-261. DOI: 10.4067/S0718-09502013000200010
- Summers, R.S. (1999). Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding -their Justified Divergence in Some Particular Cases. *Law and Philosophy*, (18), 497-511. Recuperado de <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1186>
- Tamanaha, B. (2014). The Mounting Evidence Against the 'Formalist Age. *Texas Law Review*, 92, 1667-1684. Recuperado de <http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Tamanaha-92-6.pdf>
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la Verdad*. Madrid: Marcial Pons.
- Twining, W. (2017). *Rethinking Evidence*. Middletown: Cambridge University Press.
- Van Rhee, R. (2011). Tradiciones europeas en el procedimiento civil: una introducción. *Revista de Estudios de la Justicia*, (15), 15-42. DOI:10.5354/0718-4735.2013.29447
- Vidal, A. y Brantt, M.G. (2012). Cumplimiento e Incumplimiento de Responsabilidad del Deudor en el Código Civil: a Propósito de la Sentencia de la Corte Suprema de 7 de septiembre de 2010. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19(1), 271-291. DOI: 10.4067/s0718-97532012000100008



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Prado Centro

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio. Apuntes para una reforma procesal en Cuba*

Eduardo Antonio Sardá-Lloga**

Dariela Katia Desloy-Hechavarría***

Tahimí Beatriz Medina-Marcheco****

Resumen

El presente trabajo está dedicado al análisis de la ausencia de regulación de la regla del estándar probatorio en el ordenamiento procesal civil cubano, toda vez que resulta necesario ante los cambios que se avecinan con la reforma procesal en nuestro país, de ahí que se proyecte una fundamentación teórica en cuanto a la necesidad de regulación de una norma de aplicación de suficiencia probatoria tanto para la Audiencia Preliminar como para la práctica de prueba de los procesos de conocimientos.

Palabras claves: Audiencia preliminar; carga probatoria; estándar probatorio; fase probatoria.

Preliminary Hearing and lowering of the Evidentiary Standard Notes for a procedural reform in Cuba

Abstract

This paper focuses on analyzing the absence of regulation of the rule of the standard of proof in the Cuban civil procedure system, since this is necessary in view of the upcoming changes in our country's procedural reform. Hence, a theoretical foundation is proposed regarding the need to regulate a rule for the application of sufficiency of evidence both for the Preliminary Hearing and for handling evidence in hearings.

Key words: Preliminary hearing; burden of proof; standard of proof; evidence phase.

Audiência preliminar e diminuição do Padrão Probatório. Anotações para uma reforma processual em Cuba

Resumo

O presente trabalho está dedicado à análise da ausência de regularização de uma norma do padrão probatório na ordem processual civil cubana, sempre e quando seja necessária diante das mudanças que se aproximam com a reforma processual em nosso país, daí que seja projetada uma fundamentação teórica relacionada à necessidade de regularização de uma norma de aplicação de suficiência probatória tanto para a Audiência Preliminar como para a prática de prova dos processos de conhecimentos.

Palavras-chave: Audiência preliminar; carga probatória; padrão probatório; fase probatória.

* Artículo de Reflexión derivado de investigación. Proyecto científico: La resolución extrajudicial de conflictos en el marco de la modernización de la justicia. Línea investigativa: Institucionalidad y Ordenamiento Jurídico Cubano. Perfeccionamiento y retos ante la actualización del modelo económico y social. Investigador principal: Dra. C. Maidolis Labañino Barrera. Co-investigadores: Lic. Eduardo Antonio Sardá Lloga; Lic. Dariela Katia Desloy Hechavarría; Dr.C. Raúl Vega Cardona; Dra. C. Blanca Marcheco Rey; Dra. C. Ediltrudis Panadero de la Cruz; Dr.C. Rolando Pavó Acosta; Dra.C. Celia Araujo Quintero; Dra.C. Liuba Galbán Rodríguez; Dra.C. Noadis Milán Morales. Financiaron el proyecto la Universidad de Oriente, Cuba, por la parte cubana y por la parte extranjera, la Universidad de Valencia, España. Diciembre de 2018.

** Profesor Instructor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. Licenciado en Derecho, graduado de la VI Edición del Diplomado en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Actualmente cursa la maestría en Derecho Constitucional y Administrativo. Pertenecer a la línea de investigación: Institucionalidad y Ordenamiento Jurídico Cubano. Perfeccionamiento y retos ante la actualización del modelo económico y social. Correo electrónico: esarda@uo.edu.cu ORCID: 0000-0002-7195-4835

*** Profesora Instructora de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. Licenciada en Derecho, graduada de la VI Edición del Diplomado en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Actualmente cursa la maestría en Derecho Constitucional y Administrativo. Pertenecer a la línea de investigación: Institucionalidad y Ordenamiento Jurídico Cubano. Perfeccionamiento y retos ante la actualización del modelo económico y social. Correo electrónico: darielakatia@uo.edu.cu ORCID: 0000-0001-6110-1727

**** Profesora Instructora de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Cuba. Licenciada en Derecho, Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Pertenecer a la línea de investigación: Institucionalidad y Ordenamiento Jurídico Cubano. Perfeccionamiento y retos ante la actualización del modelo económico y social. Correo electrónico: tahimib@uo.edu.cu ORCID: 0000-0002-2658-7458



Audiencia Preliminar y disminución del Estándar Probatorio. Apuntes para una reforma procesal en Cuba

Notas introductorias

Indiscutiblemente el proceso civil cubano actual ha quedado atrapado en una concepción formalista impregnada de una excesiva escritura en su procedimiento y de largos periodos de tramitación que imposibilitan una adecuada administración de justicia por parte de los tribunales.

Ante esta situación es bien recibida la reforma procesal de la que será objeto el proceso civil cubano, la cual tendrá entre otras misiones, reformular la concepción normativa de la Audiencia Preliminar, como una figura técnicamente compleja que posibilita un abanico de oportunidades en materia de economía procesal y celeridad. Precisamente una de sus funciones, la delimitadora de la prueba, faculta a los tribunales de poder practicar algunos medios probatorios, práctica que sin desprestigiar la fase probatoria es indispensable en la preparación y mejor conocimiento del juez del caso, poniéndolo en una mejor posición para la toma de una decisión final. Sin embargo, la reforma procesal nada informa acerca de la necesidad imperiosa de que el legislador cubano se pronuncie en materias de reglas de estándar probatorio. Si bien es cierto que ya está incorporado en nuestros tribunales en la práctica y la experiencia de nuestros jueces, resultaría válido que la nueva ley procesal hiciera eco de esta regulación, toda vez que la Audiencia Preliminar, como momento procesal necesita de una regulación jurídica en cuanto a EdP¹ a partir de la posibilidad que tiene de practicar pruebas.

En consecuencia, a través de los beneficios que revisten un sistema bajo EdP, en esta Audiencia da cabida a algunos tipos procesales a partir de características específicas, en cuanto a su tramitación, se le puedan aplicar estándares de pruebas más elevados en búsqueda de esa verdad material a la que tanto aspiramos en nuestro ordenamiento.

1 El término Estándar de Prueba a partir de ahora se utilizará bajo las siglas: EdP.

Por todo lo anterior en nuestra reflexión utilizaremos una metodología investigativa que estará dirigida, en un primer orden, a abordar las cuestiones teóricas y doctrinales en relación con la Audiencia Preliminar, enfocándonos en el tracto evolutivo-normativo de la figura en Cuba; así como el estudio de su fase delimitadora de la prueba, como escenario complejo en el desarrollo de la actividad probatoria. Posteriormente, el estudio se enfocará en la institución de la carga de la prueba como categoría jurídica necesaria para poder determinar la suficiencia probatoria, para, a modo conclusivo, brindar algunos matices doctrinales en relación con el Estándar de Prueba y, por último, proponer una fundamentación teórica, que fungirá como resultado en aras de sustentar la idea de regulación de una disminución del Estándar de Prueba en la Audiencia Preliminar y su elevación en la fase probatoria del proceso civil.

1. Audiencia Preliminar. Precisiones teóricas-doctrinales

La Audiencia Preliminar como acto procesal. Momento de convocarla

Aun cuando es incompatible con su fundamento, doctrinalmente cabe la posibilidad de que la Audiencia Preliminar sea utilizada en los procesos donde prima la escritura en su tramitación, denominándolo la doctrina como procesos mixtos (proceso que actualmente tiene Cuba).

No obstante, resulta ineficaz e insuficiente la construcción teórica y normativa de la figura en Cuba, ya que la Audiencia Preliminar, como elemento insigne de la oralidad en los procesos, tiene como fundamento la concentración de actos procesales y trámites judiciales, garantizando así la materialización del debido proceso, reconocido actualmente en la Constitución de 2019.

En contraposición, doctrinalmente se ha reconocido que la Audiencia Preliminar es exclusivamente de los procesos orales, específicamente de los procesos por audiencia, siendo esta el primer contacto que tienen las partes con el órgano jurisdiccional, garantizando así la intermediación que se requiere entre los sujetos procesales.

Con la reforma procesal de la que será objeto el proceso civil cubano, se prevé lograr materializar la aspiración del tránsito en Cuba de un proceso escrito a un proceso civil por Audiencia.

Como efecto de tan anhelado tránsito se lograría la ponderación de la Audiencia Preliminar como momento cumbre del proceso, dada la importancia que reviste dicha figura a partir de su fundamento teórico, materializado en las funciones que realiza: garantizar una tramitación procesal sin obstáculo que la entorpezcan, avallando así la efectividad de la contradicción como principio procesal a través de la

depuración de óbices innecesarios que ralenticen el proceso, lo que se traduce en facilitar el trabajo de la magistratura en la actividad cognoscitiva que se despliega en los procesos de conocimiento.

Ahora bien, continuando el análisis sobre la base de la importancia de la Audiencia Preliminar como acto del proceso, resulta necesario abordar una de sus características más trascendentales.

La figura se construye sobre la base de un elemento que constituye su pilar fundamental y es su carácter litigioso. La presencia del litigio en el proceso es la causa fundamental de la existencia de la figura y una de las razones para convocarla.

La idea anterior sirve de soporte para poder afirmar que este tipo de Audiencia pertenece exclusivamente a los procesos de conocimientos, toda vez que son las únicas tipologías procesales donde se harían efectivas las funciones que desarrolla la institución objeto de análisis. No por gusto y se considera como un elemento muy positivo que la misma en todos los ordenamientos jurídicos esté ubicada después de la fase de alegaciones y antes de la apertura a prueba, marcando así la posición estratégica que tiene dentro del proceso.

En este sentido resulta técnicamente incorrecta la formulación normativa del apartado CUARTO de la Instrucción n° 216 (2012), el cual establece que sus reglas serán también aplicables, y complementarán las que dicho cuerpo legal regula para los procesos de jurisdicción voluntaria.

Recordemos que la jurisdicción voluntaria se caracteriza por la ausencia de litis, por lo tanto, no tiene cabida la realización de las funciones que vienen aparejadas con la Audiencia Preliminar.

Con la reforma procesal y el establecimiento de las tipologías procesales que quedarán recogidas en la nueva norma procesal se mantiene la jurisdicción voluntaria, por lo que dicha instrucción debería ser modificada o debe quedar por sentado en la norma en la Parte general de su Código, en el Título dedicado a la Audiencia Preliminar, que los contenidos de la figura no deberán ser extrapolados a la jurisdicción voluntaria.

Tenemos que ser conscientes de la influencia activa que se le atribuye al juez dentro de la tramitación del proceso y se coincide plenamente con Álvarez-Tabío (2016, p. 40) en cuanto es imperdonable una actitud pasiva del juez, esperando la oportunidad del fallo para declarar que no puede conocer del fondo del asunto por condicionamientos detectables al momento de iniciarse el debate.

La presencia y dirección por el juez de la Audiencia responde al principio de autoridad del juez en el proceso civil y reviste una importancia que trasciende al objetivo que se persigue con esta institución. Es el juez la voz líder, es él quien debe tener el control y desarrollar todas las acciones y trámites, inclusive asesinando a las partes. Cuando analizamos esta figura procesal vemos que todo recae

sobre este sujeto, es su persona la facultada por las legislaciones para realizar las diferentes funciones de la Audiencia.

Sin embargo, dichos actos judiciales exigen de él una mayor preparación tanto doctrinal como procesal y sustantiva, pues deberá enfrentarse a situaciones que tendrá que resolver en el propio acto, lo que no sucede en los actos donde prima la forma escrita. El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica se ha pronunciado sobre la creación de conciliadores especiales para asistir al juez en los actos de conciliación, preparando y siendo ellos mismos los que proponen a las partes la solución del litigio. No obstante, en dicho código se plasma que esta solución resulta errada. El juez, como técnico en Derecho y mejor conocedor que nadie del alcance de las pretensiones, con ese importante papel en la Audiencia, es el mejor conciliador. Se plantea que es discordante con el espíritu de la Audiencia Preliminar la introducción del conciliador especial, ya que la Audiencia es un *actum tripersonae*, un acto triangular que, junto a las partes y sus abogados, el juez en franca y leal colaboración procura una solución al conflicto.

Es a partir de ese papel trascendental que le atribuye al juez dentro del proceso, que se concibe a la Audiencia Preliminar como una potestad facultativa del tribunal. Desde la configuración del impulso procesal de oficio, se faculta al órgano jurisdiccional que una vez culminada la fase de alegaciones puede convocar a las partes a la celebración del acto procesal en estudio.

Se debe dejar claro que es un momento, un acto procesal, que en la estructura de un proceso civil por Audiencia tiene su ubicación, la cual es estática, y puede ser convocada solamente por el tribunal.

Es evidente que habrá expedientes en los que no se presente ninguna especie de obstáculos a su entrada en la fase probatoria sobre el fondo, por lo que la Audiencia más bien pudiera suponer un obstáculo que una utilidad. Es por eso que en tales casos y si no sirviere a otros efectos, se le podría suprimir. Como es el juez quien en ella ha de desempeñar el papel preponderante, a él correspondería determinar su necesidad, y el paso directo en caso contrario al tracto probatorio del proceso.

Se defiende por la doctrina y praxis cubana la idea de colocar en las manos de la magistratura un acto judicial que se convoca de forma obligatoria, decisión que técnicamente es errónea. La Audiencia Preliminar no es un deber, una obligación o una carga de manera generalizada, la no convocación de la misma para todos los procesos y solo en aquellos que su complejidad así los requiera, evita que los tribunales no tengan tiempo de fijarlas y entonces vayan señalándose, cada vez con más dilación para el futuro, de modo que el proceso se dilate en lugar de abreviarse.

Las causas por la que deberá convocarse la Audiencia Preliminar pueden ser las siguientes:

- Naturaleza disponible del asunto. (Acuerdo Circular n.º. 318, 2013)²
- La complejidad del caso (Existencia de un gran número de alegaciones por las partes que hace necesaria su depuración)
- Las pruebas ofrecidas por las partes en los escritos polémicos.

Existe un vacío tanto doctrinal como legislativo en cuanto a la concepción de la Audiencia Preliminar en la propuesta de reforma del Proceso Civil cubano. Sin embargo, en nuestra tramitación civil actual, se concibe como una diligencia judicial, concepción con la que no se coincide debido a la naturaleza misma de la Audiencia Preliminar.

La Instrucción n° 216 (2012)³ regula la posibilidad de que pueda ser pedida por las partes procesales, a partir de las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la norma procesal. El legislador obvia por supuesto la construcción doctrinal de la figura, que como se analizó anteriormente, es facultativa del tribunal, como medio de auxilio para desentrañar los intereses procesales y materiales de las partes ante la complejidad del caso.

El artículo 42 de la norma regula diligencias procesales, que si pueden ser pedidas por las partes, no siéndolo así el acto procesal de Audiencia Preliminar, que tampoco puede convocarse en otro momento del proceso como lo regula la misma instrucción, pues sería contradictorio con la estructura misma del proceso y con el principio de preclusión.

Funciones de la Audiencia Preliminar

Fairén Guillén (1995) considera que el contenido de la Audiencia responde a un principio fundamental: Concentrar en un momento procesal específico la resolución de las cuestiones que más tarde pudieran tornar al proceso ineficaz sobre el fondo o que pudieran dar lugar a su finalización sin más (p. 234).

Muy ligado al tema del contenido de la Audiencia Preliminar, se encuentran las funciones que desarrolla la misma, al fin y al cabo es la materialización, la traducción de su contenido.

2 "La comparecencia que se convoca con fines de conciliación en los procesos de familia no se admitirá en asuntos de naturaleza indisponible, en los cuales el sentido imperativo de normas de orden público limita la autonomía de la voluntad".

3 Instrucción n° 216 (2012). Metodología para la celebración de la "Comparecencia". Apartado SEXTO: Queda al arbitrio del tribunal, de acuerdo con el tipo de proceso y la complejidad del asunto que se ventila, la posibilidad de convocarla nuevamente, incluso en más de una ocasión, caso en el cual sus formalidades se ajustarán a la finalidad con que se señale. No obstante, cuando la parte interesada sea quien lo solicite, el tribunal podrá disponerla, con carácter excepcional, teniendo en cuenta la fundamentación de la petición

Doctrinalmente se ha reconocido una multiplicidad de funciones para este tipo de audiencia, sin embargo, el criterio a defender es que existen cuatro funciones básicas que debe desarrollar la Audiencia Preliminar:

1. Función de Evitación del Proceso.
2. Función Saneadora.
3. Función Delimitadora del Objeto del Debate.
4. Función Delimitadora de la Prueba.

El juez para lograr el cometido de abreviar el procedimiento y acelerar el trámite, debe seguir un orden lógico en la realización de la Audiencia, por tal motivo se le reconoce tanto doctrinalmente (Lluch, 2013, p. 3) como jurisprudencial⁴, un orden de prelación a dichas funciones, ya que el juez no puede al libre albedrío celebrar el acto judicial, sin antes determinar cuál es la finalidad o las finalidades del acto, de acuerdo al nivel de prelación existente.

Función delimitadora de la prueba

Una vez delimitados los hechos y las alegaciones por las partes bajo la dirección del juzgador, se procede a la última de las funciones de la Audiencia Preliminar, la cual ante la reforma procesal de la que será objeto el proceso civil cubano, adquiere una especial importancia en la configuración de la actividad probatoria que se avecina.

La concentración en la Audiencia Preliminar de los medios probatorios imprescindibles para el fallo por parte del tribunal, no desmerita la concepción tradicional de la fase probatoria del proceso civil, al contrario, su función es allanar el camino al tribunal en la tan compleja labor que supone la práctica de prueba, de ahí que se coincida con Palomo Vélez y Lorca Poblete (2016) en que esta función tiene como objetivo evitar la práctica de pruebas que resulten impertinentes o inútiles, que lo único que logran generar es confusión, complicación, y principalmente despilfarro de esfuerzos y pérdida de tiempo (p. 21).

Ahora bien, para poder garantizar esa concentración probatoria de la que es objeto esta función, se delimitan dos actividades fundamentales que constituirán el contenido de esta función, a saber: 1) admisión o rechazo de los medios propuestos y 2) práctica.

4 Sentencia de la Audiencia Provincial Málaga de 16 de febrero de 2012, la cual señala que la Audiencia Previa, tal y como está regulada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 414 a 430), no tiene como única función la meramente *conciliadora*. Y así, si bien ésta es la primera función de la Audiencia Previa, el párrafo primero del artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a otras funciones perfectamente diferenciadas de aquélla, tanto en su finalidad como en su regulación (...) España. SAP Málaga, secc. 4ª, JUR 2012\156988 (16 de febrero de 2012)

Con respecto a la proposición de los medios probatorios, la doctrina española sostiene la idea de que se efectúe en la misma Audiencia Preliminar (Lluch, 2013, p. 13), posición con la se discrepa, toda vez que considerarla como una de las actividades a desarrollar en esta función, entorpece en alguna medida la dirección y la preparación del juez sobre esta etapa procesal, de modo que su no inclusión dentro de la función probatoria responde a dos criterios cardinales:

Primero: con la reforma procesal en Cuba se mantiene la concepción actual de que el material probatorio del cual se intentará valer la parte sea propuesto en los escritos polémicos. Esta configuración responde a una mayor garantía a la parte contraria de un superior estudio del material probatorio de quien lo alegue y de esta manera cuando se convoque la Audiencia Preliminar los litigantes estén en condiciones de arribar a acuerdos sobre las pruebas propuestas, e incluso impugnar uno o varios de los que en su momento procesal oportuno fueron propuestos, todo ello dirigido a permitirle al juez una correcta dirección de este proceso contradictorio y así poder fijar las pruebas necesarias para formar su convicción.

Segundo: la doctrina cubana (Hierro Sánchez, Manso Lache y Mendoza Díaz, 2019, p. 109) con la reforma propone desconectar la carga de la prueba de la alegación, y esto presupone que el juez debe llegar a la función probatoria con un conocimiento amplio del objeto procesal, por lo que se configura uno de los presupuestos de la función delimitadora de objeto del debate de la Audiencia: el conocimiento a fondo del expediente por parte del tribunal, resultando en un estricto control por parte del juzgador de los medios probativos necesarios para la resolución del conflicto.

Con respecto a la primera de las actividades, el tribunal antes de adentrarse en el proceso valorativo que lo conduce a la toma de una resolución definitiva, necesita cumplimentar los dos presupuestos indispensables que configuran esta actividad: fijar los hechos contradictorios (función delimitadora, preparatoria como vemos de la probatoria) y recibir la proposición de prueba por parte de las partes (fase de alegaciones en el proceso civil), lo que sin duda alguna le otorga a la admisión de las pruebas por parte del juez la naturaleza jurídica de un deber judicial.

A la hora de admitir un material probatorio en la Audiencia, el juez deberá siempre atemperar esta decisión a los parámetros legales exigidos para la aceptación de una prueba en el proceso; por lo que a partir del uso que hagan los litigantes del principio de aportación de parte, el tribunal solo aceptará aquellas que sean pertinentes, de utilidad y lícitas.

Con respecto a la idea anterior es muy atinado el criterio de Lluch (2013) al destacar la importancia que reviste la facultad de integración de suficiencia probatoria en la función delimitadora de la prueba para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, ya que el juez determinará si un material probatorio es suficiente a partir de la admisión de aquellas pruebas propuestas siempre y cuando cumplan con los parámetros descritos.

Como última parada en el análisis que se brinda sobre esta actividad, se debe centrar la atención en la ponderación del auto como resolución judicial idónea para la admisibilidad de la totalidad de los medios probatorios en la Audiencia Preliminar. Si bien es cierto que la reforma debe contemplar modificaciones en cuanto a la forma escrita que se exige para estas resoluciones, Artículo 140 de la LPCALE,⁵ este auto en la reforma procesal debe reunir los siguientes requisitos, de acuerdo a Lluch (2013):

- Oral: permite la resolución instantánea en la misma Audiencia, sin posibilidad de diferirla en el tiempo.
- Motivado: este requisito sería exigible solamente en los casos en que se deniegue una prueba, no siendo así para aquellas que se acepten.
- Recurrible: Por las mismas características de la Audiencia objeto de estudio, la impugnación de este auto debe hacerse de forma oral. Pudiera mantenerse la actual utilización de la Súplica como remedio procesal, con su correspondiente protesto en casa de rechazo de lo impugnando por parte del tribunal. (pp. 18-19)

Una vez admitidos, se procede a la actividad que da por terminada la Audiencia Preliminar y se da la posibilidad de practicar algunos de los modos de pruebas admitidos por el tribunal.

Su práctica, dentro de esta etapa procesal, tiene como fin descongestionar la Audiencia Probatoria de aquellos medios que no necesitan de un accionar profundo por parte de los sujetos procesales y concentrar en esta Audiencia final los más complicados en cuanto a tramitación.

Sin embargo, no se trata de practicar cualquier prueba, dañando así la etapa probatoria del proceso; sino preferir los llamados medios de pruebas rápidos, que no necesitan de una complicada tramitación y que por sus características pueden ser practicadas en la Audiencia Preliminar (Parra Quijano, 2007, pp. 6-11)⁶. Nos referimos, por ejemplo, a la confesión judicial, la prueba documental y el reconocimiento judicial.

5 LPCALE: Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, laboral y Económico. Artículo 140: Las resoluciones judiciales se consignarán por escrito en forma de providencias, autos y sentencias

6 El cumplimiento de esta función garantiza que se consumen principios de la prueba como son: el de La Veracidad, el cual garantiza que la prueba esté exenta de malicia, falsedad o habilidad. El de Apreciación Libre, por medio del cual, la convicción del juez debe haberse formado libremente, teniendo en cuenta los hechos aportados al proceso por los medios probatorios y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El Principio de la Publicidad de la Persuasión Judicial: la prueba puede y debe ser conocida por cualquier persona; ya que, proyectada en el proceso, tiene un carácter social: hacer posible el juzgamiento de la persona en una forma adecuada y segura. Y el Principio de la Formalidad y Legitimidad de la Prueba: la prueba para ser aprehendida, para el proceso en forma válida, requiere el cumplimiento de formalidades de tiempo, modo y lugar y, además, su inmaculación, es decir, exenta de vicios como dolo, error, violencia.

Acercamiento a la construcción jurídica y normativa de la figura en Cuba

Desde su promulgación en 1977 la Ley 7 de Procedimiento Civil y Administrativo en nuestro país ha diseñado un proceso marcado por la supremacía de la escritura en su tramitación.

Las sucesivas modificaciones a la norma procesal no lograron tampoco subsanar esta deficiencia. Cuando ya las tendencias modernas del Derecho Procesal abogaban por una radicalización del proceso civil actual, dirigiéndolo hacia la oralidad como forma de tramitación idónea en aras de propiciar un mayor intercambio del tribunal para con las partes, nuestros procedimientos civiles seguían siendo excesivamente formalistas y desgastantes, tanto moral como económicamente, para las partes materiales involucradas.

Lo anterior no significa que al interior de la norma no pudiéramos encontrar rasgos de oralidad dentro del proceso, sin embargo, la norma reducía la presencia de la oralidad a la celebración de una Audiencia con fines parecidos, a la que se analiza en los casos del divorcio por justa causa, el sumario sobre reclamación de alimentos y el procedimiento para la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes.

Empero, no logró su cometido la oralidad en los supuestos antes descritos. La praxis demostró que nuestros tribunales eran y en alguna medida siguen siendo reacios a enfrentar la oralidad debido a la complejidad técnica que viene aparejada.

En el año 2006 el legislador cubano incorpora mediante el Decreto Ley 241 modificativo de la LPCALE⁷ el Proceso Económico en Cuba.

Una de las novedades de la reciente tramitación fue la incorporación de la Audiencia Preliminar dentro del campo del Derecho Económico adjetivo, siendo hasta la fecha desconocida esta institución por el proceso civil cubano.

Resulta llamativo y a la par contradictorio que un proceso que puede catalogarse de muy novedoso, como es el proceso económico, en comparación con el civil, haya sido pionero en la utilización de esta figura en los marcos del derecho procesal cubano.

No existen cuestionamientos por parte de la doctrina en cuanto al nacimiento en el seno del proceso civil de la Audiencia Preliminar, sin embargo, la nación en donde tuvo su génesis la institución sí ha sido objeto de debate y controversia por parte de los estudiosos de la figura.

La doctrina mayoritaria acepta que ha sido el derecho procesal civil austriaco el que crea la Audiencia Preliminar (Barrios de Angelis, 1988, p. 266) que, con rastros en el proceso romano y germánico, la misma ha sido insertada por Franz

7 Utilizado a partir de ahora para denominar a la Ley 7. Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico.

Klein en la Z.P.O (*Zivilprozessordnung*) austriaca de 1895, la cual es modificada principalmente en 1983, tomando por modelo al proceso inglés (Sardá Lloga, 2014, p. 23).

En otro orden de ideas, a partir del año 2007 el CGTSP⁸ tuvo una profusa producción normativa en aras de atemperar los procedimientos en Cuba a las más actuales tendencias en el derecho comparado.

De esta manera con el nacimiento de las instrucciones 187⁹ (216), nace en nuestro país un nuevo modelo procesal destinado a los procedimientos familiares, incorporándose por primera vez dentro de los mismos la “Audiencia Preliminar”, pero con el nombre de “Comparecencia”. En el CUARTO acápite, la Instrucción 216 instaura la Audiencia Preliminar para los procesos que tienen por objeto pretensiones de tipo privatistas, específicamente las familiares.

En el referido acápite, se establece que agotando las posibilidades que ofrece el artículo 42 de la LPCALE, el tribunal convocará a una “Comparecencia”, haciendo alusión así la norma a cuestiones como denominación de la figura, momento para convocarla y cuáles van a ser sus funciones. En momentos posteriores de este trabajo nos acercaremos detenidamente en el análisis de estas regulaciones.

Coincidimos con Manso Lache y González Chau (2015) en que con anterioridad a estos pronunciamientos por parte de nuestro más alto foro, los procesos familiares se decidían sin una materialización concreta del principio de intermediación, es decir, los jueces no escuchaban de viva voz las alegaciones de las partes, por lo que en este escenario el Tribunal Supremo franquea el camino hacia la acentuación de la oralidad en los procesos familiares.

Del análisis anterior se puede afirmar que con la ponderación del procedimiento familiar el Tribunal Supremo relegó a un segundo plano al proceso civil en Cuba, despojándolo así de una de sus características más importantes, la condición de proceso tipo o modelo.

La idea anterior viene a ser reafirmada por la emergencia de la Instrucción 217. Dicha normativa reafirma al proceso familiar como faro de guía para el resto de las tramitaciones no penales en Cuba y establece la extensión de las disposiciones de la Instrucción 216 al proceso Civil.

Dicho esto, es contradictorio como la Audiencia Preliminar en el proceso civil cubano, que según el tracto histórico de la figura, fue su lugar de origen, va a revestir características de subsidiaridad y transitividad de otras normas procesales como la familiar y la económica.

8 Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular.

9 Ya derogada por la Instrucción 216.

En cuanto a la observación anterior resulta paradójico que en las legislaciones foráneas encontremos en la parte dedicada al proceso civil, la construcción técnico normativa de la figura. En el caso de Cuba, en el proceso económico regulado en la LPCALE en sus artículos 771-774, se hace eco de esta regulación y se aplica al proceso civil a través de la supletoriedad inversa de la norma.

Ahora bien, análisis aparte requiere la Instrucción n.º 226 (2013), como punto culminante en todo este tracto histórico del nacimiento de la figura en Cuba.

Muy atinado fue el CGTSP con la aparición en el escenario jurídico cubano de la referida instrucción, si bien es cierto que la metodología que ofrece para la celebración de la “Comparecencia” va dirigida a estructurar lógicamente cómo el tribunal va a realizarla, podemos encontrar algunas discrepancias en cuanto a la fundamentación de aspectos como, por ejemplo, las funciones de la Audiencia y cómo se desarrollará el objetivo principal de la misma.

Al no contar la LPCALE con un diseño normativo lógico y funcionalmente estructurado, la metodología se vuelve entonces ineficaz, si de regulación jurídica de la Audiencia Preliminar hablamos.

2. Carga de la Prueba. Delimitaciones en cuanto su concepción teórica-doctrinal

Como resultado del transcurso evolutivo del Derecho procesal, la carga de la prueba es uno de los aportes de la doctrina alemana (Mendoza Díaz, 2005, p. 52) que más ha influenciado en la concepción actual de nuestro proceso civil. Ante la iniciación de una disputa en sede judicial, nace el deber del juzgador de darle un cierre a ese pleito, esto quiere decir que no le es autorizada una solución de *non liquet* sobre lo presentado por las partes, constituyendo este deber una de las principales armas de la concepción de teoría de la relación jurídica sobre el proceso.

Por lo tanto, si el juez está obligado a fallar sobre el pleito que se ha presentado ante él, las partes están en la misma obligación de presentar el material probatorio necesario que servirá de soporte a esas afirmaciones, alegaciones o hechos que según ellas es la base de sus pretensiones.

Con relación a lo anterior hay que dejar sentado que aun cuando se le atribuye un carácter de libre ejercicio a la parte vinculada a la carga de la prueba, existen consecuencias ante la inactividad probatoria del sujeto en particular.

La relación procesal, en general, no impone obligaciones a quienes se integran a ella, sino cargas, es decir, situaciones de necesidad de realizar determinados actos para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal (Mantecón Ramos, 2016, p. 48). Por lo que, si se pretende que se reconozca y se acepte como verdadero el fundamento del

ejercicio de una acción determinada, la persona que lo realice está bajo la sujeción de presentar al juzgador de esa acción todo el arsenal necesario e indispensable que soporte dicha iniciativa; esto quiere decir que el accionante se debe armar de un andamiaje probatorio tan resistente y tan evidente que despeje al juez de cualquier signo de duda ante la verosimilitud de su requerimiento.

Dicho esto, se puede concebir a la carga de la prueba como una regla de clausura que tiene una función sucedánea del juicio basado en pruebas, donde el juez, ante la insuficiencia probatoria en la sentencia, debe decidir en contra de la parte que asume el riesgo frente a tal insuficiencia (Ruiz Jaramillo, 2017, p. 159). Por otro lado, se puede afirmar que no es más que la responsabilidad que tienen las partes en un proceso judicial de aportar el material probatorio suficiente que evite crear en el juez alguna duda sobre la veracidad de su pretensión, con el objetivo de que la declare con lugar en su resolución que pone fin al asunto. En alguna medida la definición anterior resulta limitada en materia de garantismo y en correspondencia a la actual regulación, que del debido proceso como derecho fundamental regula nuestra vigente Constitución.

En el artículo 244 de la LPCALE¹⁰ podemos encontrar esa limitación, ya que con relación a la actividad probatoria en Cuba, la doctrina patria (Mantecón Ramos, 2010, pp. 32-34), sostiene que la carga de la prueba en nuestro ordenamiento está configurada sobre la base de la afirmación, imposibilitando de esta manera una concepción más amplia de la misma, es decir, aspirar a un modelo de búsqueda de la verdad.

En tal sentido las recientes modificaciones introducidas por las diferentes instrucciones del Tribunal Supremo Popular analizadas anteriormente y desde la introducción en Cuba del proceso familiar, la actividad de investigación judicial cobra una importancia significativa, toda vez que se amplía el espectro probatorio, ya que existen hechos que no necesariamente son introducidos por los litigantes, sino por el propio tribunal, para así despojarnos de una vez por todas de la ponderación de las partes en relación con la carga de la prueba.

En esta misma línea analítica se pronuncia nuestra doctrina (Hierro Sánchez *et al.*, 2019, p. 109) en cuanto a la reforma procesal, de la que será objeto nuestro proceso civil, pues se prevé desconectar la carga de la prueba de la alegación, al constituir en el artículo 244 una reminiscencia del modelo obligacional romano, y además, introducir la facultad de inversión o modificación de la carga de la prueba en función de la disponibilidad o facilidad probatoria.

Ahora bien, la noción de la carga de la prueba está íntimamente ligada a uno de los objetos de esta reflexión, específicamente a la Audiencia Preliminar, puesto

10 Artículo 244. A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigencia del derecho extranjero cuya aplicación reclame.

que esta correlación afecta parcialmente la concepción estructural de la subsidiaridad como característica de la carga de la prueba.

Cabe recordar que la jurisprudencia española, acertadamente ha reconocido que la aplicabilidad de la carga de la prueba es ante inexistencia de certeza judicial y que si los hechos han sido debidamente acreditados y probados no opera el supuesto de hecho de la carga de la prueba y sus reglas de distribución no serán aplicadas (García-Cuerva García, 2007, p. 54).

Empero, se cuestiona la sostenibilidad de la ubicación procesal de la aplicabilidad de las reglas de la carga de la prueba posteriormente a la valoración de las pruebas, específicamente, en el momento del dictado de la sentencia. Cabe destacar en este sentido la loable ubicación legal de la carga de la prueba en la parte correspondiente a la fase probatoria en nuestro ordenamiento jurídico procesal, la cual rompe con el modelo general del *onus probandi* (Hierro Sánchez *et al.*, 2019, p. 94).

La razón de este cuestionamiento es simple; recordemos que anteriormente en este trabajo analizamos las diferentes funciones que realiza la Audiencia Preliminar en el proceso civil, y una de ellas es la función delimitadora de los términos de la prueba.

En esta función, una vez que el tribunal admite los medios probatorios que considere válidos para el proceso, tiene la facultad de practicar algunos de ellos, específicamente los que la doctrina denomina como fáciles, de ahí que se pueda afirmar que en este momento procesal el tribunal realiza un proceso de valoración de prueba, el cual será de carácter *preliminar*.

De esta manera cabe la siguiente interrogante: ¿Es posible la aplicación de las reglas de la carga de la prueba en la Audiencia Preliminar?

La respuesta es sin duda afirmativa si se comparte la afirmación hecha por Lluch (2007), de que el origen de la carga de la prueba se sitúa en la duda fáctica del juez debido, no tanto a la ausencia de prueba en el proceso, sino a la ausencia de una prueba eficiente, esto es, una prueba que consiga la finalidad para ella propuesta: lograr la convicción psicológica del juzgador sobre la veracidad de los hechos afirmados por las partes; estamos hablando de lo que se conoce en la doctrina como la insuficiencia probatoria, y es a partir de esa oportunidad que tiene el tribunal de examinar el arsenal probatorio, incluso practicar algunos de ellos en la Audiencia Preliminar, que podemos advertir la presencia del nacimiento de la duda en la figura del juzgador, ya que como lo exige la jurisprudencia española, se ha desarrollado una labor mínima probatoria en el litigio¹¹.

11 España. Tribunal Supremo, RJ 2003/1165 (17 de febrero de 2002)

Esta misma autora refiere que no cualquier duda permite la aplicación de las reglas de la carga de la prueba, solamente la duda que provenga de hechos relevantes, los cuales clasifica en principales y secundarios, por lo tanto, indistintamente de la diferencia que existe entre estos en torno a la suficiencia probatoria, por el mismo hecho de catalogarse como relevantes y partir de la concepción de que son los hechos determinantes del fallo, los hechos necesarios para que el juez pueda adoptar su decisión relativa a la resolución del litigio, son generadores de duda en la convicción del juzgador y su introducción en la fase de la Audiencia Preliminar sienta las bases teóricas para que en esta etapa del proceso se le permita al tribunal aplicar las reglas de la carga de la prueba.

El análisis anterior sirve de base para considerar a la Audiencia Preliminar como una figura procesal técnicamente compleja, no por gusto, la presencia del abogado en ella es fundamental y, en algunos ordenamientos jurídicos, obligatoria ante la complejidad técnica de las diferentes funciones que realiza.

3. El Estándar Probatorio en Cuba. Insuficiencias y su disminución en la Audiencia Preliminar

Breves apuntes teóricos-doctrinales en relación al Estándar Probatorio

La incertidumbre jurídica es una de las consecuencias de acudir a la vía jurisdiccional en busca de amparo para la solución de un conflicto determinado. El resultado procesal es sin dudas desconocido y depende completamente del desenvolvimiento que tenga la parte en el trascurso del proceso.

Como resultado de lo anterior, coloquialmente se dice que quien mejor pruebe, gana. En ese sentido salta una interrogante crucial a nuestro análisis: ¿Cuándo considerar como suficiente el material probatorio con el cual cuento?

Para las partes materiales resulta indescifrable ese enigma, y por consiguiente tratan de aportar la mayor información posible con tal de lograr su cometido. Como barrera a ese accionar está el abogado, el cual cuenta con los conocimientos jurídicos y experiencia necesarios para saber cuándo el material probatorio es suficiente o no para alcanzar la pretensión.

No obstante, esa suficiencia está jurídicamente en manos del tribunal, el cual es el encargado de juzgar el asunto y determinar si lo que se le ha presentado alcanza o no para la toma de una decisión.

La regla anteriormente descrita es lo que se conoce como el estándar probatorio o estándar de prueba (EdP) y su observancia constituye una condición necesaria de la emisión jurídicamente válida de los mencionados enunciados probatorios.

Un sector de la doctrina procesal latinoamérica actual considera que dentro del seno del proceso civil no se puede hablar de la existencia de estándares de prueba, sino que el juez falla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir, que el juez le aplica a la prueba la racionalidad (Parra Quijano, 2019). Contrario a la idea anterior, Gascón Abellán (2005, p. 138), sostiene que el estándar está inserto en un proceso de valoración racional, mientras que Viale de Gil (2014, p. 133) es partidario de que resulta necesario en un sistema de libre valoración probatoria contar con un estándar para evaluar si las pruebas disponibles, valoradas racionalmente, son suficientes para considerarla probada. Por esa razón, la valoración racional de la prueba y la búsqueda de estándares que permitan objetivar la decisión son dos fenómenos que van de la mano para garantizar una correcta aplicación del derecho (Gallo Buriticá, 2016, p. 13). Por esa razón se coincide con Reyes Molina (2012), en que el EdP debe formularse de tal forma que permita llegar a una decisión racional sobre la acreditación de los enunciados sobre los hechos vertidos en el juicio, es decir, a una decisión susceptible de justificación (p. 233).

Podemos entender entonces al EdP como aquella herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho (Gascón Abellán, 2005, p. 129). Por otro lado, Hunter Ampuero (2017) lo define como esos instrumentos que sirven para tomar una decisión sobre los hechos (p. 251), pues nos indican cuáles son los grados de confirmación o probabilidad necesarios para que el hecho pueda considerarse verdadero en una determinada clase de proceso.

De las definiciones anteriores es posible asociar el EdP con un mecanismo procesal destinado a delimitar el umbral necesario para que un tribunal determine la suficiencia probatoria que necesita en la valoración de la prueba, con el objetivo de cumplir con el mandato normativo de la emisión de un fallo coherente con principios procesales *v.gr.* “el de congruencia”. Es importante destacar, con respecto a lo anterior, que el proceso valorativo que realiza el tribunal del material probatorio y su correspondiente suficiencia tiene una relación innegable con el objeto del proceso, toda vez que al declarar como verídicos los hechos de una de las partes, el paso siguiente es dictar una resolución judicial acorde a la pretensión que ha sido formulada, como lo establece el artículo 146 en relación con el 630.2 de la LPCALE.

Por lo tanto, los EdP implican dos elementos esenciales que no se deben para por alto en este análisis a saber:

- El nivel requerido para tener como demostrado un enunciado fáctico (grados del EdP), de ahí que tengamos estándares bajos, medios y altos.
- La forma: Que sería la manera en que se refleje correctamente el nivel de suficiencia. (Bustamante Rúa, 2010; Ferrer Beltrán, 2013).

El primero de los elementos responde necesariamente a una cuestión política, que según López Pinilla (2016) es en donde se define cuándo una hipótesis se

entenderá por probada, y en esa medida se tomará como si fuera verdad (p. 153); por lo que su determinación debe ser hecha por el legislador, de ahí que exista una disyuntiva en cuanto a su regulación jurídica o no. Varias son las legislaciones que carecen de una determinación normativa en cuanto a EdP, Cuba no es la excepción, cuestión que se espera sea considerada por el legislador en la reforma procesal que se aproxima. Es sin lugar a dudas una cuestión trascendental, desde luego, conocer el estándar de prueba, pues solo así el juez de la causa podrá decidir sobre el cumplimiento de la carga de producción de pruebas suficientes para la toma de decisión correspondiente (Ferrer Beltrán, Vázquez Rojas y Taruffo, 2018, p. 104).

Por otro lado; la forma responde a problemas de epistemología jurídica, así, el resultado en la determinación de si un hecho es probado o no, dependerá del proceso de razonamiento que hagan los juzgadores en torno a la apreciación del principio de aportación de parte como medio a fin en aras de lograr la suficiencia probatoria.

Del análisis anterior se pudiera inferir que la suficiencia probatoria es el motor impulsor para la aplicación de un determinado estándar probatorio. Así lo reconoce Viale de Gil (2014, p. 136), la autora sostiene que precisar cuál es el nivel de suficiencia requerido en un determinado procedimiento es, precisamente, la tarea propia de los estándares de prueba. De este modo, ellos determinan cuándo resulta justificado aceptar (o rechazar) una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre de todo juicio.

Ahora bien, hay que recurrir a la doctrina del derecho anglosajón (Von Hasselt, 2015) para encontrar la clasificación de los diferentes EdP; de ahí que según sea la materia objeto del litigio podemos encontrar tres estándares de prueba:

- Preponderancia de la prueba o regla de $P > 0,5$.
- El de convicción “más allá de toda duda razonable”.
- El de evidencia clara y convincente.

El primero de los sistemas es el más aceptado por la doctrina latinoamericana para su uso en los procesos civiles. Este sistema, clasificado como mínimo en cuanto a suficiencia probatoria, parte del principio de igualdad como referente para su aplicación, ofreciéndole a los justiciables las mismas oportunidades y el mismo tratamiento en cuanto a actividad probatoria, por lo que para que se pueda considerar a la proposición fáctica como suficientemente acreditada, establece diferentes modelos para su aplicación.

En primer lugar, la situación objeto del litigio debe ser más probable que su negación (Ferrer Beltrán, 2007, pp. 47-49); segundo, se exige cuantitativamente para la validez de los enunciados fácticos el 51 % mayor de probabilidad por encima de la contraparte que exhibe un porcentaje menor y, por último, si ninguna de las partes alcanza el 51 % requerido, se presume como fáctica la situación que menos

probabilidades de negación tenga. Como se puede apreciar este estándar fundamenta su aplicabilidad en la probabilidad, de ahí que como sostiene Perico Burgos (2017) cuando sobre un hecho existan pruebas contradictorias, el juez debe sopesar las probabilidades de las diferentes versiones sobre los hechos para elegir el enunciado que parezca ser relativamente más probable (p. 129); y al decir de Viale de Gil (2014) el nivel mínimo de suficiencia es el que requiere que se tenga por probada la proposición fáctica que resulte más corroborada por las pruebas disponibles (p. 136).

El segundo de los sistemas es el usado en los procesos penales y no será objeto de esta reflexión.

El último de los estándares tiene su nacimiento en el derecho norteamericano e implica un mayor umbral de exigencia probatoria, esta elevación del grado de suficiencia se hace por medio de los tribunales, ya que se aplica a materias en donde el error en torno a una decisión desacertada por parte del juzgador puede afectar importantes intereses individuales.

El estándar de prueba clara y convincente exige, entonces, que el juez para dar por acreditado un presupuesto fáctico, necesita que de la evidencia disponible se desprenda de forma relativamente categórica que es mucho más probable o altamente probable de que haya ocurrido a que no haya ocurrido el hecho (Clermont, 2004, p. 268).

Disminución del Estándar Probatorio en la Audiencia Preliminar. Premisas para su incorporación a la LPCALE

Tomamos como referente para esta última reflexión la función delimitadora de la prueba de la Audiencia Preliminar y los beneficios que con ella vienen aparejados. Como bien hemos explicado esta función permite al juez la posibilidad de que pueda practicar en esta Audiencia aquellos medios probatorios que la doctrina ha catalogado como fáciles, esto permite afirmar que la posibilidad de probar de las partes no comienza propiamente en la fase de prueba, sino que en este momento procesal se puede hablar de una actividad probatoria mínima.

De lo anterior se colige que como resultado se evidencia que en la Audiencia Preliminar el juez comienza a formarse una suficiencia probatoria mínima. Es válido acotar que aun cuando los términos valoración y eficacia de la prueba se distinguen entre ellos, como señala Pereira Campos (2003, p. 79), la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez, en tanto que la apreciación (o valoración) de la prueba, por su parte, es la operación intelectual de juzgarla, valorarla. La eficacia probatoria es sin dudas una derivación de esa valoración (Valentín, 2014a, p. 253) y, por lo tanto, el proceso intelectual de valoración racional de la prueba en la Audiencia Preliminar le permite al juzgador ir trazando las líneas principales en cuanto a lo posible eficacia o no de ese material probatorio, dado por supuesto debido a que cuenta con esa suficiencia probatoria mínima.

Este proceso de valoración previo que hace el juez en la Audiencia Preliminar, le permitiría entrar así a la fase probatoria con un mayor criterio de credibilidad sobre la verosimilitud o no de los diferentes supuestos fácticos.

Si bien es cierto que la valoración de la prueba como una de las formas de actividad probatoria es diferente a la delimitación de la suficiencia probatoria, son actividades que en su conjunto están íntimamente ligadas, ya que constituyen eslabones diferentes de ese proceso cognoscitivo propio del juzgador. Su singularidad en la Audiencia Preliminar radica en que no hay una convicción integral de la veracidad en cuanto a la totalidad de los supuestos fácticos presentados por la partes; es una convicción parcial, por lo que se está en presencia de un estadio prematuro, una fase preliminar en ese proceso complejo que es la cadena de razonamiento probatorio.

No obstante, esa valoración previa que realiza el juez, lo pone sin dudas en mejores condiciones de realizar la valoración final de las pruebas previo al dictado de la resolución que pone fin al proceso, ya que podrá según Valentín (2014b, pp. 187-188) o bien considerar que aquellos hechos están plenamente probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; o, en cambio, considera que tales hechos, o algunos de ellos, no han sido probados.

Se evita así que exista en el proceso una actividad probatoria deficiente, ya que el tribunal realiza una labor de control sobre el material probatorio al evitar que pasen a la siguiente fase aquellas pruebas que podrían describirse como ineficientes, contando de esta manera con aquellas que solo pueden catalogarse como indispensable, de este modo el juzgador, a partir del establecimiento de un mayor umbral en la valoración de ese material probatorio, buscaría la certeza jurídica propia de un fallo acorde a derecho.

Siguiendo esta línea de pensamiento, surge una interrogante indispensable en el cierre de esta reflexión: ¿Si el juez en la Audiencia Preliminar practica prueba y las valora; puede aplicar un estándar probatorio de terminado?

Muy bien explica Araya Novoa (2018) que un estándar probatorio puede perfectamente variar de un proceso a otro o variar dentro de un mismo proceso dependiendo de la trascendencia y relevancia de la decisión a la cual sirva (p. 119).

Con la afirmación anterior se puede entender que los EdP no son estáticos, son más bien mutables, transformables, de manera que se está en presencia de una modificación en la concepción de la aplicación de la teoría del EdP en el proceso civil cubano, en relación con los restantes procesos de Latinoamérica.

Anteriormente se había hablado de que el estándar probatorio que se aplica en los procesos civiles es el estándar de preponderancia de la prueba, de ahí que se infiera que existe una única tipología de aplicación de EdP en el proceso civil cubano actual.

Empero, con una correcta regulación de la Audiencia Preliminar y su función delimitadora de la prueba por parte del legislador nacional en la venidera reforma

procesal, permitiría hablar entonces de dos tipologías de EdP en el proceso civil, que se traduce en la siguiente regla:

Mantener para la Audiencia Preliminar el estándar de preponderancia de la prueba y cuando las características, que describiremos a continuación, lo ameriten, establecer para la etapa probatoria el EdP de evidencia clara y convincente, el cual tendría carácter de subsidiario. Como excepción a esa regla, cuando el tribunal por las características que se mencionarán no las aprecie, podrá continuar con el EdP de preponderancia de la prueba.

Esta disminución del EdP permite al tribunal la formación de un criterio previo en cuanto a la situación fáctica y el material probatorio propuesto, para así entonces reducir la posibilidad de que el juez cometa equivocaciones en la toma de la decisión final y así merma la posibilidad de la existencia del error entre las partes, es decir, los falsos positivos y los falsos negativos, de esta manera los litigantes transitan a la fase probatoria en una posición de mayor igualdad y les proporciona, incluso, la posibilidad de que cambien la estrategia probatoria, evalúen adecuadamente la posibilidad de hacer un mejor uso de la prueba para mejor proveer¹² y así lograr esa prueba contundente que necesitan.

De igual forma, la parte se replantearía su permanencia en el proceso y ante la posibilidad de no poder lograr el convencimiento requerido en el juez, puedan optar por la posibilidad de acudir a la vía alternativa de justicia donde podrán escoger fórmulas más equitativas.

Para la fijación del EdP de prueba clara y convincente en la fase probatoria del proceso, el tribunal deberá guiarse por las siguientes pautas, clasificadas de la siguiente manera:

- Razones de derecho sustantivo: 1. El tribunal deberá valorar la naturaleza del bien protegido, el acto o hecho jurídico en cuestión. 2. las posibles consecuencias que se deriven para las partes. (Larroucau, 2012, p. 785; Von Hasselt Garrido, 2015, p. 220).
- Razones de derecho adjetivo: 1. Suficiencia Probatoria. 2. El nivel de certeza o probabilidad que le fue dado por la aplicación del EdP de preponderancia en la Audiencia Preliminar. 3. Carga Dinámica de la Prueba.

12 Artículo 248. En cualquiera de las instancias el Tribunal acordará de oficio o a solicitud de parte, antes de dictar sentencia y para mejor proveer, las diligencias de prueba que considere indispensable para llegar al cabal conocimiento de la verdad en relación con las cuestiones planteadas.

No obstante, las partes solo podrán proponer pruebas para mejor proveer en los su-puestos a que se refieren los apartados 3) y 4) del artículo 623.

En la práctica de las pruebas para mejor proveer, las partes tendrán la intervención que el Tribunal expresamente autorice.

Conclusiones

- Lograr una adecuada regulación jurídica de la Audiencia Preliminar en Cuba, a partir de la utilización por parte del legislador de esta terminología, ya que sería la primera a desarrollarse dentro del proceso, permitiendo así una correcta aplicación de sus funciones, especialmente, la delimitadora de la prueba, mediante la cual el juzgador puede hacer uso de las prácticas de pruebas de los llamados medios fáciles.
- Lograr la regulación jurídica del estándar probatorio en la venidera Ley de Procedimiento Civil Cubana, que permita configurarlo como ese umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso, toda vez que se corresponda con el sistema de carga de prueba que se prevé en la reforma procesal.
- Estipular como regla general una disminución del EdP para la celebración de la Audiencia Preliminar, ya que la valoración previa de las pruebas que realiza el tribunal le permite tener un convencimiento preliminar y anticipado a partir de la suficiencia probatoria en cuanto a la certeza de los hechos facticos propuestos, antes de entrar a la fase de prueba a valorar las restantes pruebas propuestas.
- Siempre y cuando en el derecho material, la naturaleza del bien protegido, el acto o hecho jurídico en cuestión y las posibles consecuencias que se deriven para las partes, mientras que en el derecho adjetivo la suficiencia probatoria, el nivel de certeza o probabilidad que le fue dado por la aplicación del EdP de preponderancia en la Audiencia Preliminar y la carga dinámica de la prueba lo permita; establecer para la fase probatoria un estándar más elevado de prueba: prueba más clara y convincente, que le permita al órgano jurisdiccional arribar a la certeza jurídica que tanto anhela.

Referencias bibliográficas

- Álvarez-Tabío Albo, A. M. (2016). El papel activo del juez en el proceso. En Matilla Correa, A. (Coord.), *Perspectiva actual del Derecho Procesal (Civil y Administrativo) en Cuba* (pp. 26-43). La Habana: ONBC.
- Araya Novoa, M.P. (2018). Suficiencia, conclusiones sobre los hechos y estándar de prueba. *Revista de la Justicia Penal*, (12), 115-141.
- Barrios de Angelis, D. (1988). *Audiencia Preliminar: sistema y método*. Buenos Aires: LL.
- Bustamante Rúa, M. M. (2010). La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano. *Opinión Jurídica*, 9(17), 71-91.

- Clermont, K. (2004). Standards of Proof in Japan and the United States. *Cornell International Law Journal*, 37.
- Cuba. Asamblea Nacional del Poder Popular. Ley 7. (1977, 19 de agosto), por la cual se crea el proceso civil, administrativo y laboral. *Periódico Granma*, 1993.
- Cuba. Consejo de Estado. Decreto Ley 241. (2006, 26 de septiembre), por el cual se crea el Proceso Económico. *Gaceta Oficial Extraordinaria*, 2006.
- Cuba. Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Acuerdo Circular n.º 318. (2013, 17 de octubre). Complementario a la Instrucción 216.
- Cuba. Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Instrucción n.º 216. (2012, 21 de mayo), por la cual se regulan postulados acerca del Procedimiento de Familia. *Gaceta Oficial Extraordinaria*, 2012.
- Cuba. Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular. Instrucción n.º 226. (2013, 27 de noviembre), por la cual se regulan la metodología para la celebración de los actos judiciales en los procesos civiles, familiares, administrativos y económicos. *Gaceta Oficial Extraordinaria*, 2013.
- Fairén Guillén, V. (1995). *Estudios de Derecho Procesal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2013). *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J., Vázquez Rojas, M. del C. y Taruffo, M. (2018). *Teoría de la Prueba*. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional. Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales.
- García-Cuerva García, S. (2007). Las reglas generales del *onus probandi*. En Lluch, X. A. (ed.), *Objeto y carga de la prueba civil* (pp. 47-74). Barcelona: Boch.
- Gallo Buriticá, M. A. (2016). Valoración racional de la prueba científica en el proceso civil. *Revista dos mil tres mil*, (18), 13-24.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de Formular Estándares Objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), 138 y 139.
- Hierro Sánchez, L. A., Manso Lache, J. y Mendoza Díaz, J. (2019). Evolución, reforma y actualidad del proceso civil en Cuba. En Mendoza Díaz, J. y Manso Lache, J. (eds.), *Los retos del debido proceso ante los nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 75-97). La Habana: ONBC.
- Hunter Ampuero, I. (2017). Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?. *Revista Ius et Praxis*, 23(1), 247-272.
- Larroucau, J. (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3), 783-808.
- López Pinilla, A. M. (2016). Estándar de la prueba y defensas afirmativas en el proceso penal. Análisis con referencia al caso colombiano y español. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(86), 151192.

- Lluch, X. A. (2013). La función de proposición y admisión de prueba en La Audiencia Previa. *Estudios de Deusto*, 61 (1), 13-38.
- Manso Lache, J. y González Chau, A. L. (2015). Una mirada hacia el procedimiento familiar en Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, (46), 86-123.
- Mantecón Ramos, A. (2010). *Tutela ordinaria del derecho a la prueba en el proceso civil*. La Habana: ONBC.
- Mantecón Ramos, A. (2016). Teoría general de la prueba en el proceso civil. En Pérez Gutiérrez, I., *Derecho procesal Civil* (pp. 143-167). La Habana: Félix Varela.
- Mendoza Díaz, J. (2005). La prueba en el proceso civil cubano. *Justicia y Derecho*, (5), 49-67.
- Palomo Vélez, D. y Lorca Poblete, N. (2016). Juicio oral y audiencia preliminar en el nuevo proceso civil chileno: claves para evitar allanar el camino de una comparecencia inútil. *Revista da Faculda de Mineira de Direito - PUC Minas*, 19(37), 1-39. DOI: 10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p1
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.
- Parra Quijano, J. (2019). *Estándares de Prueba*. Ponencia presentada en el XV Congreso Internacional de Derecho procesal, Universidad Libre de Colombia [video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=jWxCsQhBLow>
- Pereira Campos, S. (2003). Los sistemas de valoración de la prueba. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, (1), 79-98.
- Perico Burgos, J. A. (2017). Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil colombiano para el cumplimiento del derecho sustancial. *Global Iure*, 5, 121-134.
- Reyes Molina, S. (2012). Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(2), 229-247.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2017). *El derecho constitucional a la prueba y su configuración en el código general del proceso colombiano* (tesis inédita de doctorado). Universitat Roviera i Virgilio, España.
- Sardá Lloga, E. A. (2014). *La Audiencia Preliminar. Retos del ordenamiento procesal civil y familiar en Cuba* (tesis inédita de pregrado). Universidad de Oriente, Cuba.
- Valentín, G. (2014a). La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba. *Revista de Derecho*, 9(10), 250-277.
- Valentín, G. (2014b). El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba. *Revista del Derecho del Trabajo*, (3), 187-188.
- Viale de Gil, P. A. (2014). ¿La prueba es suficiente cuando es suficiente? Aproximación a la construcción de la decisión de suficiencia de la prueba en materia penal. *Pensar en derecho*, 3(4), 131-160.
- Von Hasselt Garrido, R. (2015). El estándar de prueba en materia infraccional. *Revista de Estudios Tributarios*, (13), 209-236.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. *Punto de espera*

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?*

José David Posada-Botero**

Resumen

El legislador en los ordenamientos procesales establece supuestos en los cuales asigna consecuencias probatorias a las conductas de las partes, que son la confesión ficta o presunta, la presunción del hecho y el indicio grave; su asignación atiende a una razón de ser en el marco de la teoría general del proceso y de la prueba, que se deriva del actuar inadecuado de las partes que impiden o restringen la práctica de los medios de prueba, limitando el acceso a la fuente de prueba y con ello impidiendo que en el proceso se pruebe la ocurrencia o no de un determinado hecho. Este es el tema que se aborda en este artículo, que tiene como finalidad determinar si la consecuencia así establecida, consistente en generar un sucedáneo de prueba, es fruto del incumplimiento de una carga en virtud de la cual se genera una desventaja ante la afectación de su interés particular, o si se trata del incumplimiento de un deber que genera una sanción ante la vulneración de un interés público. El método bajo el cual se desarrolló atiende a un enfoque de la validez del derecho, asociado al positivismo jurídico, analizando la Constitución y el Código General del Proceso.

Palabras clave: confesión ficta; confesión presunta; indicio grave; indicio endoprocesal; deber de colaboración de las partes en la actividad probatoria.

Assigning evidentiary consequences to the parties' conduct. Failure to comply with a burden or a duty?

Abstract

In procedural systems, the legislator establishes cases in which it assigns evidentiary consequences to the parties' conduct, which are the fictitious or presumed confession, the presumption of the fact and the absolute presumption; its assignment is based on a reason for being within the framework of the general theory of process and evidence, which is derived from the inadequate actions of the parties that prevent or restrict the handling of the means of evidence, limiting access to the source of evidence and thus preventing the occurrence or non-occurrence of a certain fact from being proven in the process. This is the issue addressed in this article, which aims to determine whether the consequence thus established, consisting in generating a substitute for proof, is the result of non-compliance with a burden by virtue of which a disadvantage is generated as a result of the infringement of a particular interest, or whether it is a matter of non-compliance with a duty that generates a penalty as a result of the infringement of a public interest. The method under which it was developed takes an approach to the validity of law, associated with legal positivism, analyzing the Constitution and the General Procedural Code.

Key words: False confession; presumed confession; absolute presumption; endo-procedural presumption; duty of collaboration of the parties in the evidentiary activity.

A designação de consequências probatórias às condutas das partes: Incumprimento de um ônus ou de um dever?

Resumo

O legislador nas ordens processuais estabelece suposições nas quais designa consequências probatórias às condutas das partes, que são a confissão ficta ou presumida, a presunção de um fato e o indicio grave; sua designação atende a uma razão de ser no marco da teoria geral do processo e da prova, decorrente da atuação imprópria das partes que impedem ou restringem a prática dos meios de prova, limitando o acesso à fonte de prova e assim impedindo que no processo se comprove ou não, a ocorrência de um determinado fato. Este é o tema abordado neste artigo, que tem como finalidade determinar se a consequência estabelecida dessa maneira, consistente em gerar um substituto de prova, é produto do incumprimento de um ônus sobre o qual cria uma desvantagem diante da afetação de seu interesse particular, ou trata-se do incumprimento de um dever que leva a uma sanção relacionada à violação de um interesse público. O método sob o qual foi desenvolvido atende a um enfoque de validade do direito, associado ao juspositivismo analisando a Constituição e o Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Confissão ficta; confissão presumida; indicio grave; indicio endoprocesal; dever de colaboração das partes na atividade probatória.

* Artículo de reflexión derivado de investigación. Realizado con fundamento en el proyecto de investigación: "Las consecuencias probatorias que se asignan a las conductas de las partes producidas en el ámbito del proceso, en los Códigos de Procedimiento Civil y General del Proceso en Colombia", terminado en diciembre de 2016, el cual se presentó para optar por el título de Maestro en Derecho Público en la Universidad EAFIT, la cual, a su vez, financió su elaboración. Proyecto adscrito al grupo de investigación Derecho y Poder de la Universidad EAFIT, Colombia, en su línea "Derecho, Procesos, Estado y Territorio".

** Abogado y Especialista en Derecho Procesal de la Universidad Pontificia Bolivariana, Maestro en Derecho Público de la Universidad EAFIT. Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Colombia. Integrante del grupo de investigación Derecho y Poder de esta Universidad. Correo electrónico: jdposada@eafit.edu.co ORCID: 000-0003-1879-4999

Cómo citar este artículo: Posada Botero, J. D. (2020). La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?. *Estudios de Derecho*, 77 (170), 95-116

DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a04

Fecha de recepción: 10/02/2020 Fecha de aceptación: 14/04/2020



La asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes ¿Incumplimiento de una carga o de un deber?

Introducción

El presente artículo es presentado para participar en la convocatoria de la revista *Estudios de Derecho*, la cual tiene por temática la “carga de la prueba, tendencias actuales”, en este marco se considera que es pertinente abordar el tema de la asignación de consecuencias probatorias a las conductas de las partes, constitutivas de sucedáneos de prueba, que se han consagrado en el marco de las legislaciones procesales de nuestro país, específicamente en el Código General del Proceso (C. G. del P) (Ley 1564 de 2012) , como son la confesión ficta o presunta, la presunción del hecho a probar y el indicio grave; pues no solo se trata de identificarlas sino en ir más allá, pues al indagar sobre el tema, surge una pregunta que sin duda alguna contextualiza el presente artículo en la temática a abordar, la cual es: ¿La asignación de consecuencias probatorias se deriva del incumplimiento de una carga o de un deber de quien ostenta la calidad de parte? Ha de tenerse presente que el tema mirado desde la óptica de la parte que tiene asignado el cumplimiento de la carga de la prueba, constituirá un instrumento a través del cual podría cumplir con ella, mediante el sucedáneo de prueba establecido para cada caso específico por el legislador.

Si bien en legislaciones anteriores al C. G. del P. (Ley 1564 de 2012) se consagraban consecuencias probatorias derivadas del actuar de las partes, como se encuentran en el Código del Procedimiento Civil (C. de P.C.) (Decretos 1400 y 2019 de 1970) y en el Código Judicial (Ley 105 de 1931), es en el C. G. del P. en el artículo 280 donde se hace latente la preocupación del legislador, al hacer referencia al contenido de la sentencia, y establecer para el juez, de manera expresa, el deber de calificar la conducta procesal de las partes y, si es del caso, deducir indicios de ella, buscando con la regulación mencionada que en la valoración de la prueba sea explícita la referencia al actuar de la parte que da lugar a una consecuencia probatoria.

Si bien los objetivos de la investigación de la cual se parte para la elaboración de este artículo fueron más omnicomprendivos, para efectos del presente artículo, que da cuenta de uno de los apartes del resultado de la investigación, desde una

perspectiva analítica, ha de advertirse que el objetivo será el identificar las posibles razones que llevaron al legislador a establecer estas consecuencias, y en el propósito de cumplir ese objetivo se absolverá la siguiente pregunta ¿La parte llamada a colaborar con la producción de la prueba, se encuentra frente al cumplimiento de una carga o de un deber? Cuyo desconocimiento habrá de generar según la respuesta que se dé, o bien una consecuencia que genera una desventaja frente a su interés particular, o bien genera una sanción como consecuencia de vulnerar un interés público, la cual consistirá en establecer un sucedáneo de la prueba frente al actuar de la parte que no permite obtener la prueba.

La identificación de las conductas de las partes que dan lugar a que el legislador establezca una consecuencia probatoria, permite construir el marco teórico de este escrito. Estas conductas tienen en común el ser desplegadas por quien ostenta la calidad de parte, produciendo como efecto el imposibilitar o restringir la práctica de los medios de prueba mencionados, al limitarse el acceso a la fuente de prueba y con ello impidiendo que en el proceso se pruebe la ocurrencia o no de un determinado hecho. El tema se abordará en el marco de la teoría general del proceso y de la prueba, indagando por las posibles inferencias que explican las razones que llevan al legislador a derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes.

Considerando que las investigaciones en temas jurídicos pueden abordarse acudiendo a enfoques de validez, más asociados al positivismo jurídico (Kelsen, 1997; Hart, 1998); de eficacia o efectividad, más pertinentes en el marco de la sociología del derecho y los estudios críticos del derecho (Boaventura de Sousa, 1995; García Villegas y Ceballos Bedoya, 2016; García Villegas y Rodríguez, 2003; López Medina, 2004); o de justicia, más próximos a los asuntos de la filosofía del derecho (Dworkin, 1995; Rawls, 1997). Ha de advertirse que el enfoque planteado para la investigación fue el de validez, asociado al positivismo jurídico, al ser objeto de ella las normas que regulan las consecuencias probatorias de las conductas de las partes (la Constitución y el C. G. del P.), no se ocupó la investigación de abordar un enfoque de la eficacia¹ de las normas jurídicas ni de la adecuación de estas normas al ámbito moral.

Desde ahora se puede anticipar que lo que permite al legislador derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes es la implementación del principio de moralidad o lealtad procesal. Y que, para efectos de consagrar legislativamente las consecuencias probatorias, el legislador se puede valer de diferentes situaciones jurídicas, tales como obligación, carga y deber, siendo la

1 En el desarrollo de la investigación surgen inquietudes sobre la efectividad o no del efecto de las normas que establecen sucedáneos de prueba y su aplicación por los jueces al momento de proferir sentencia, las cuales podrán llegar a ser tema en un futuro de investigaciones, bajo un enfoque de eficacia o efectividad.

consagración de un deber la que efectivamente cumple el propósito, pues la dos primeras, obligación y carga, se encuentran en un ámbito propio de la protección y satisfacción de los intereses privados. En tanto que el deber, encuadra de manera adecuada, al protegerse un interés público y no uno privado, deber consistente en colaborar con la práctica de la prueba y que por ende protege el interés público de acceso al derecho a la prueba, y como consecuencia ante el incumplimiento del deber mencionado se va a generar una sanción, habilitando un sucedáneo de prueba, que podrá ser el presumir el hecho que se pretendía probar o el generar un indicio grave que permita deducir la ocurrencia del hecho que se intentaba probar.

El desarrollo del artículo estará dividido en cuatro partes, la primera hace referencia a las posibles inferencias que explican las razones que tiene el legislador para derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes de cara a los principios procesales; en la segunda, se aborda el concepto de situación jurídica y su articulación con las conductas de las partes que generan consecuencias probatorias, es de advertir que en ambas partes la aproximación se realiza bajo la teoría general, esto es, sin descender al derecho colombiano. Luego, en la tercera y cuarta parte, se examinan los mismos aspectos, de manera particular de cara a la Constitución Política de Colombia y en el C. G. del P. ordenamiento procesal civil vigente de Colombia.

1. Posibles inferencias para explicar la asignación de consecuencias probatoria a las conductas de las partes de cara a los principios procesales

Al examinar cuáles podrían ser las razones existentes para derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes en el proceso, se encuentran los principios del derecho procesal. El concepto de principio a seguir para este propósito, es el planteado por Clemente A. Díaz, quien los define como “los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera” (Díaz, 1963, p. 212), que como tal obedecen a imperativos de una filosofía política, que imponen el máximo respeto de la dignidad humana y de los derechos propios del derecho procesal que encajan con ella.

Si bien el número de principios propios del derecho procesal, dependerá del autor que se aborde para su estudio, al acoger el planteamiento del autor antes mencionado, estos se limitan a cinco: legalidad de la competencia o de autoridad, bilateralidad de la audiencia o legalidad de la audiencia o de la defensa, formalismo o legalidad de formas, economía procesal, y lealtad procesal o moralidad.

De estos, el principio de moralidad o lealtad procesal, es el que permite derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes; como tal es un principio modulador mediante el cual se busca que no se desdibuje la finalidad pública del

proceso jurisdiccional. Este entra en tensión con el principio de bilateralidad o contradicción, que es un principio de garantía que configura el debido proceso. Al respecto encontramos referencias en la doctrina:

La cuestión sobreviniente cuando el imperativo ético, concretado en formulas atingentes a la buena fe, la verdad, la lealtad o la probidad, que en su carácter de valores trascendentes no admiten la posibilidad de conducta contraria, se enfrenta en el ámbito procesal, con la bilateralidad del contradictorio, que por hipótesis implica la posibilidad de una conducta opuesta, sea del actor o del demandado, a los predicados de verdad, buena fe, etc.

El principio de moralidad no deroga la bilateralidad del contradictorio ni afecta al principio dispositivo; en todo caso, atempera el predominio absoluto de estos conceptos procesales, en tanto es inadmisiblemente científico que ellos permitan la malicia o la deshonestidad. (Díaz, 1963, p. 265)

El principio de moralidad o lealtad procesal, es un principio modulador del actuar de las partes en el proceso, lo cual determina su alcance. Es claro que las partes en el proceso defienden y protegen sus intereses parciales, pero ese derecho de defensa no puede concebirse como un actuar sin límite, y en tal sentido aparece como regulador de ese comportamiento el principio de moralidad, el cual en términos de Díaz (1963): “Es el conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales (...) Mediante el principio de moralidad se proscriben del proceso la malicia, la mala fe, la deshonestidad y la inmoralidad” (p. 264).

El principio de moralidad o lealtad procesal tiene un significado especial en lo atinente a la actividad probatoria; pues cuando en el proceso se va a practicar la prueba con la finalidad de llevar al juez el conocimiento sobre la ocurrencia o no de los hechos que hacen parte del tema de prueba, es necesario acudir a las fuentes de prueba que han de brindar el conocimiento al juez, y en el acceso a estas, podrá la parte que tiene el control sobre ellas pretender impedirlo u obstaculizarlo.

Al mencionar el concepto de fuente de prueba debe precisarse qué se entiende por tal. El tratadista Carnelutti (2000) lo concibe de la siguiente manera: “Llamar fuente al hecho del cual el juez obtiene (extrae) la conclusión y medio a la actividad que le sirve para obtenerla” (p. 196).

Si fuente de prueba es el hecho del cual el juez adquiere el conocimiento, esto lleva a que se presenten múltiples situaciones fácticas en las cuales para lograr el cometido de llevarle el conocimiento al juez, sea necesario contar con la participación de la persona que lo guarda en su fuero interno o que detenta materialmente las cosas en relación con las cuales se quiere llevar al proceso el conocimiento, en atención a que esa persona tiene control sobre el medio de prueba mediante el cual se hace posible la reconstrucción del hecho.

Ese conocimiento, podrá estar en el fuero interno de quien tiene la calidad de parte en un proceso, bien sea porque este se encuentre en su mente y como tal no es perceptible de manera autónoma; o bien porque está ínsito en su corporalidad; o podrá estar bajo su custodia personal porque se trata de bienes o cosas que estén bajo su órbita de cuidado, colocándolo en una zona de inmunidad que está salvaguardada por el derecho a la intimidad. Y es frente a estas situaciones respecto de las cuales el principio de moralidad o lealtad procesal tiene relevancia en el ámbito probatorio, en atención a que la parte debe actuar de buena fe y permitir que la actividad probatoria del proceso acceda a las fuentes de prueba que se encuentran bajo su control; el no hacerlo sería realizar una conducta contraria a la aplicación propia de este principio. Debe, por tanto, primar el interés público del proceso que se concreta en el acceso a la fuente de prueba, frente al interés parcial de la parte de que no se conozca la realidad fáctica que se encuentra bajo su control para evitar una decisión contraria a su interés particular; su obrar no debe ser, por ende, egoísta, de mala fe o malicioso, pues sería contrario al principio de moralidad.

Los siguientes serían los casos, a título de ejemplo, del saber que tiene la parte en su fuero interno, en tanto que esta con su actuar volitivo dio lugar a su ocurrencia: piénsese en la celebración o terminación de un contrato de carácter consensual; o en las negociaciones propias para llegar a la celebración o terminación de un negocio jurídico, en desarrollo de las cuales será posible que ocurran un sinnúmero de circunstancias fácticas, que bien pueden llegar a configurar un vicio en el consentimiento de la otra parte, o que den lugar a la celebración de un acto simulado. Cuando se hace referencia a su corporalidad, se encuentra la extracción de muestras del cuerpo humano que permitan realizar la prueba del ADN. Y en cuanto a bienes o cosas bajo su custodia, se podría mencionar el evento de una inspección judicial o un dictamen pericial, que han de recaer sobre bienes o elementos que están bajo el cuidado de una de las partes, tales como documentos, cosas muebles, el ingreso a la sede de una vivienda, oficinas o explotación fabril.

Si a pesar de la directriz trazada por el principio de moralidad o lealtad procesal, la parte obstruye o limita el acceso a la fuente de prueba, debe encontrarse un sucedáneo que permita obtener el resultado que se pretendía con la práctica del medio de prueba que fue frustrado, y es allí, con fundamento en el principio mencionado, que el legislador consagra la consecuencia probatoria frente a la ocurrencia de la conducta desviada de la parte.

2. El concepto de situación jurídica y la conducta de las partes que generan consecuencias probatorias

Sobre el concepto de situación jurídica, debe entenderse la relación existente entre norma y sujeto, en tanto que la primera lo incluye como sujeto del supuesto y de la consecuencia (Barrios de Ángelis, 1979, p. 142).

Por su parte, Emilio Betti, sobre el concepto de situación jurídica, dice:

La norma jurídica, considerada en su estructura lógica, consta de una previsión y de una disposición correlativa. Ella prevé, en abstracto y en general, hipótesis de hechos clasificadas por tipos, y orientadas así en las directrices de una valoración jurídica -hipótesis que, en términos técnicos, se denominan supuestos de hecho ("fattispecie")- les atribuye, en calidad de "efectos", situaciones jurídicas correspondientes. (Betti, 2000, p. 3)

El efecto establecido por la norma habrá de recaer sobre el actuar o la conducta de un sujeto, y dependerá del desarrollo que el legislador le dé, en tal sentido podrán ser múltiples las situaciones jurídicas que el legislador puede llegar a establecer.

Al indagar por las posibles situaciones jurídicas que pueden darse en el ámbito procesal, se identifican la carga, el deber o la obligación, a las cuales se hará referencia en adelante.

En relación con el tema de la investigación y el concepto de situación jurídica, surgen las siguientes preguntas, que han de formularse frente a la parte que detenta el conocimiento de un hecho que interesa al proceso: ¿Es autónoma para decidir si permite que el proceso acceda a tal conocimiento y que se tenga como fuente de prueba a través de los diferentes medios de prueba?² O, si por el contrario, ¿existe una situación jurídica que implique que la parte deba compartir ese conocimiento y en caso de no hacerlo se genere alguna consecuencia que supla tal negativa?

En lo atinente a las consecuencias probatorias derivadas de las conductas de las partes y su relación con el concepto de situación jurídica, existen en la doctrina diferentes posiciones. Vale la pena destacar los planteamientos de tres autores: el uruguayo Eduardo J. Couture, el argentino Clemente A. Díaz y el italiano Piero Calamandrei, pues abordando sus posiciones se podrán identificar las posibles situaciones jurídicas procesales establecidas en las normas que regulan el tema del cual se ocupa la investigación³.

Para Calamandrei (1973), se trata de una carga. Al respecto manifiesta:

-
- 2 Eduardo J. Couture, en su texto: *Estudios de Derecho Procesal Civil (Tomo I)* escribe sobre el alcance y vigencia del aforismo "*Nemo tenetur edere contra se*", el cual se considera un precepto del derecho probatorio, en virtud del cual nadie puede ser obligado a suministrar pruebas en su contra beneficiando al adversario, téngase presente que el texto original que se reedita viene del año 1947, concepción propia de la época en donde se consideraba que el proceso cumplía una función eminentemente privada y no pública como se considera hoy (Couture, 1979, p. 127 a 152).
 - 3 "En toda actividad jurídica, entre el sujeto y el acto media la situación jurídica. Dicho de otra manera, cada acto supone la existencia de una autorización legal, un poder, un deber, que se manifiesta o concreta en dicho acto" (Barrios de Ángelis, 1979, p. 141).

Así el deber de decir la verdad o el de prestarse a las inspecciones del juez, que para los terceros es una verdadera y propia obligación sancionada con penas (...), se convierte para las partes en una carga: se reconoce así la diferencia que tiene lugar entre la posición del tercero, que es en el proceso solamente un instrumento del interés público, y la de la parte, que es en el proceso, ante todo, un sujeto de derecho, que obra en tutela del propio interés individual.

(...)

Hay en todo esto algo de profundamente nuevo: se continúa hablando de cargas, pero son cargas que pueden resolverse, en lugar de en una egoísta defensa del interés propio, en una ventaja para el adversario, y, en todo caso, en una colaboración para la justicia. (p. 416)

Y sobre lo planteado por Calamandrei replica el autor Díaz (1963), para cuestionar la calificación que se da de carga a esta situación jurídica:

La opinión de CALAMANDREI contiene elementos positivos y negativos; su agudeza intelectual advirtió que el “proceder de buena fe” no puede ser una carga procesal, pues no se puede explicar el “espíritu de colaboración y solidaridad que anima todo proceso”, con la idea hedonística egoísta que predomina en el concepto de carga procesal; advirtió, en otras palabras, que existe una contradicción fundamental entre “colaboración y solidaridad” por un lado, y “egoísmo” por el otro.

CALAMANDREI maneja peligrosamente dos ideas antagónicas: el egoísmo del propio interés, consubstancial a la carga procesal y el espíritu de colaboración y solidaridad; entre ambas ideas no puede existir compatibilidad. (p. 270)

Couture, en un capítulo que tiene por título “El deber de las partes de decir la verdad”, que hace parte de su obra *Estudios de Derecho Procesal Civil*, desarrolla el tema y al respecto advierte:

Se trata de saber, en sustancia, si la verdad, la lealtad y la probidad procesales constituyen, en el campo técnico, un deber (tal como le venimos llamando por simple comodidad de expresión), una carga o una obligación. (Couture, 1979, p. 254).

Resumiendo, pues, debemos admitir que este fenómeno que venimos analizando puede asumir las tres formas de los imperativos jurídicos expuestos, y será obligación, deber o carga, según la estructura técnica de la ley que tal cosa instituya. (Couture, 1979, p. 256).

Díaz (1963), luego de abordar de una manera crítica la posición ya enunciada de los dos autores anteriores, se refiere al tema de la siguiente manera, para concluir que se trata de un deber:

El principio de moralidad se caracteriza por la implantación de deberes jurídico-procesales. Como se dijo con anterioridad, la lealtad, la probidad, veracidad y buena fe son predicados morales que como deberes éticos no interesan al Derecho Procesal el cual es ontológicamente ajeno a la virtud del justiciable y del juez; empero, esos deberes éticos forman la “norma secundaria”, cuya juridicidad es relativa a una norma que establezca la sanción que se aplicará a la conducta contraria. (p. 271)

Y este mismo autor enuncia como actos contrarios al principio de moralidad aquellos que afectan el deber de colaboración en la marcha del proceso, el deber de información correcta y plena, el deber de prestarse a reconocimientos e inspecciones y el deber de exhibición documental. En tal sentido toma partido por la tesis que postula que aquellas normas en las cuales se manifiesta este principio establecen un deber.

Plantea luego, que no es fácil determinar cuál es la sanción jurídica aplicable a la violación de este deber; enuncia como posibles sanciones la indemnización de daños y perjuicios, el acrecentamiento de la tasa de interés, las condenaciones conminatorias, la aplicación agravada de costas, la imposición del juez de una sanción disciplinaria, el establecimiento de una sanción punitiva propia del derecho penal, y el establecimiento de una presunción de falta de razón de la cual el juez puede deducir un argumento de prueba en contra (Díaz, 1963, p. 278).

Al determinar cuáles de estas sanciones son o no apropiadas, advierte que deben descartarse aquellas cuya fundamentación es ajena al derecho procesal, esto es, la indemnización del daño causado, acrecentamiento de los intereses, las condenaciones conminatorias, las sanciones penales; y dentro de las procesales hace mención expresa para advertir que no es adecuada “aquella que forzosamente introduce un nexo de causalidad entre inconducta procesal y fundabilidad de la pretensión litigiosa” (Díaz, 1963, p. 278), refiriéndose a que la conducta o inconducta de la parte en el marco del proceso no debe generar consecuencias probatorias. En su concepto, solamente sería adecuado que se establecieran como sanciones la agravación de las costas y las correcciones disciplinarias.

3. El principio de moralidad o lealtad procesal en la Constitución Política de Colombia y las consecuencias probatorias derivadas de las conductas de las partes

Ahora bien, si el análisis recae sobre las consecuencias probatorias derivadas de las conductas de las partes en el proceso, en el C. G. del P. de Colombia, es fundamental indagar si constitucionalmente se consagra el principio de moralidad o lealtad

procesal en la Constitución Política de Colombia de 1991, para determinar si ese principio tiene su desarrollo en normas establecidas en los ordenamientos procesales; pues el efecto necesario de consagrar este principio en la Constitución será el de establecer límites a la potestad de libre configuración normativa en materia procesal para el legislador, quien al momento de tramitar y aprobar la ley debería entonces maximizar el principio⁴.

Son varios los artículos de la Constitución que hacen mención al principio de moralidad o lealtad procesal, no se trata de una norma individual que de manera expresa lo consagre⁵. Pero tal como lo advierte Arango Rivadeneira (2005), al hacer alusión a las disposiciones que sirven de fundamento a los derechos fundamentales y, argumento que se pensaría, es extensivo a lo relativo a los principios, no solo las normas individuales sirven de fundamento de estos, “también varias disposiciones normativas (‘moleculares’), que mediante una interpretación sistemática han sido vinculadas en una red de enunciados normativos, pueden justificar otras posiciones jurídicas fundamentales” (Arango Rivadeneira, 2005, p. 125); en ese sentido sobre el principio de moralidad o lealtad procesal, se encuentran en la constitución varios artículos que permiten colegir su existencia y consagración constitucional. Entre los identificados están:

- El artículo 1 establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo cual implica que los poderes del Estado deben velar por la construcción de una sociedad más justa; ello se logra precisamente con una administración de justicia que propugne por la solución de los conflictos intersubjetivos de una manera justa a través de la sentencia; no se trata simplemente de la solución de estos sin atender el sentido de su decisión; el proceso no vela únicamente por un interés privado, comprende, sin duda alguna, un interés general que permita desarrollar ese Estado Social. El Estado Social de Derecho, incorpora: “El principio de prevalencia del interés general. El último segmento del artículo 1º de la Constitución dispone que Colombia es un Estado social de derecho, fundado ‘en la prevalencia del interés general’” (Quinche Ramírez, 2015, p. 57).
- El artículo 83 que se refiere expresamente al principio de la buena fe, al establecer que tanto los particulares como los funcionarios públicos en sus actuaciones deben ajustarse a los postulados de la buena fe.

4 Sentencia de la Corte Constitucional (2002) C-012/02, M.P. Jaime Araujo Rentería:

“La libertad de configuración normativa del legislador, aunque es amplia, tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales”.

5 Relación construida junto con el profesor Alberto Ceballos Velásquez de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, con quien se comparte la actividad docente en el área de derecho procesal.

- El artículo 95 que se refiere a los deberes de las personas y del ciudadano, en el numeral primero consagra como uno de ellos el de “Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” y en el numeral séptimo “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia”.
- Y el artículo 228 que consagra la tutela judicial efectiva y concibe el proceso como instrumento para realizar derechos.

A su vez, el principio es desarrollado en reglas concretas en el C. G. del P, cuando se refiere a los deberes de las partes y de los apoderados, en el artículo 78, allí en algunos de sus numerales hace mención a lo que podría considerarse el desarrollo del principio de moralidad o lealtad procesal: en el numeral primero, impone: “1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos”; en el numeral tercero, “3. Abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las audiencias y diligencias.” y en el numeral octavo, “8. Prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias”.

Y al regular los diferentes medios de prueba se desarrolla este principio, cuando el legislador establece consecuencias ante el no cumplimiento del deber de colaboración por las partes, las cuales bien podrán ser el de generar una presunción de ocurrencia del hecho o un indicio grave de carácter endoprocesal, que llevarán, en uno y otro caso, a considerar acreditados los hechos que se pretendía demostrar con los medios de prueba cuya práctica se vio frustrada o limitada por la conducta de la parte que no permitió llevar a buen término su práctica, bien sea porque permaneció inactiva sin realizar la conducta debida o bien, porque con su actividad la obstaculizó.

Así mismo, en los múltiples supuestos en los cuales el C. G. del P. (Ley 1564 de 2012), establece sucedáneos de prueba frente a distintas conductas de las partes, desarrollando del principio de moralidad o lealtad procesal: el artículo 97, regula que la falta de contestación de la demanda por parte del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda; el artículo 205, establece las conductas que dan lugar a la confesión ficta o presunta, o al indicio grave durante la práctica del interrogatorio de parte; el artículo 233, prescribe que si una de las partes impide la práctica de un dictamen pericial, ello hará presumir ciertos los hechos materia de este; el artículo 238, indica que si una de las partes impide la práctica de una inspección judicial hará presumir ciertos los hechos que la otra parte quería acreditar con esta, salvo que sea decretada de oficio, evento en el cual constituirá un indicio en contra; el artículo 241, consagra que el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes; el artículo 267, relativo a la exhibición de documentos, dispone frente a la oposición a la exhibición, que ella dará lugar a la confesión ficta o presunta o al indicio en contra; y el artículo 372, que regula la audiencia inicial, establece que la inasistencia a esta audiencia hará presumir ciertos los hechos que sustentan

la pretensión, si quien no asiste es el demandado, o los hechos que sustentan la excepción de mérito si quien no asiste es el demandante, siempre y cuando los hechos sean susceptibles de confesión.

4. Las situaciones jurídicas y las conductas de las partes que generan efectos probatorios según el Código General del Proceso

Una vez contextualizado el establecimiento del principio de moralidad o lealtad procesal en el ámbito constitucional, y su desarrollo en el C. G. del P., es procedente identificar bajo la óptica del concepto de situación jurídica, si este ordenamiento procesal consagra una obligación, una carga o un deber, cuando se genera como consecuencia un sucedáneo de prueba frente a las conductas de las partes.

Tal como se advirtió, por situación jurídica, para el derecho en sentido general, ha de entenderse aquella relación que se da entre la norma y el sujeto, en tanto que la primera lo incluye como sujeto del supuesto y de la consecuencia (Barrios de Ángelis, 1979, p. 142). Al delimitarlo en el ámbito del derecho procesal, se encuentran situaciones propias de este:

Situaciones jurídicas procesales son las que contempla la ley procesal. Son las posiciones que la norma procesal traza a los sujetos procesales. Las situaciones procesales corresponden al actor, al opositor, al tercero que se hace parte del proceso, al juez, al ministerio público, al fiscal, al testigo, al perito, al síndico de la quiebra, a la parte directamente, o a su representante, al defensor de oficio, al curador ad litem, por la parte. (Quintero y Prieto, 2008, p. 549)

Las situaciones jurídicas procesales se darán, atendiendo el rol desempeñado por el sujeto en el acto procesal, siendo diferentes cuando se tiene un rol activo⁶ y cuando se tiene un rol pasivo, en este último caso podrá ser una obligación, una carga o un deber. Una vez identificadas las posibles situaciones jurídicas, debe responderse a la siguiente pregunta: ¿Cuál de ellas permite ubicar la conducta o comportamiento de las partes en relación con los actos procesales tendientes a recaudar la prueba para el proceso? Ya se hizo mención a la manera como lo entienden Calamandrei, Couture o Díaz, sin que entre ellos exista armonía. Es, por tanto, un tema que entraña complejidad y al cual se le ha dado distinto tratamiento.

6 La situación jurídica puede mirarse por activa o por pasiva, en atención a la posición del sujeto respecto de la norma que comprende. Así son activas el derecho subjetivo y la facultad, y pasivas la obligación, la carga y la sujeción. Quintero y Prieto, 2008, p. 550).

Es necesario en este momento hacer el ejercicio con el objetivo de determinar, a la luz del ordenamiento procesal civil vigente, C. G. del P., cuál es la situación jurídica que acoge el legislador colombiano frente a las conductas de las partes que generan consecuencias probatorias.

Ya se identificaron en el numeral anterior las normas que hacen referencia a las distintas conductas procesales de las partes que generan consecuencias probatorias en el C. G. del P., para efectos de poder identificar qué tipo de situación jurídica es la que establece el legislador colombiano, se hace necesario hacer mención a alguna de estas de manera particular a título de ejemplo.

Se tomará el caso específico de lo que sucede cuando una de las partes no acude a la audiencia convocada para la realización del interrogatorio de parte (que si bien no es un medio de prueba, sí constituye el instrumento para lograr la confesión provocada), o lo hace pero no responde o da respuestas evasivas a las preguntas que se le formulan, situación frente a la cual el C. G. del P. en el artículo 205 establece dos clases de consecuencias de carácter probatorio, la confesión ficta o presunta (que constituye la presunción del hecho) o el indicio grave, la primera en relación con las preguntas asertivas⁷ cuando los hechos sobre los que versan son susceptibles de confesión, la segunda sobre estas mismas cuando los hechos sobre los que recaen no son susceptibles de confesión o cuando la pregunta no es asertiva, estableciéndose por lo tanto un sucedáneo probatorio de una eventual confesión provocada que podría darse en virtud de la manifestación expresa que sobre los hechos debe realizar la parte, cuando es citada a absolver el interrogatorio de parte.

Los doctrinantes hasta ahora mencionados la han conceptualizado en algunos eventos como una obligación, en otros como una carga o como un deber. Ahora es conveniente determinar cuál de ellas es la establecida por el legislador en Colombia; para alcanzar este propósito, en primer lugar, se caracterizarán los rasgos distintivos de cada uno de estos conceptos y luego se contextualizarán en el marco de una conducta específica; para lograr el cometido anunciado se hará referencia de manera individual a cada concepto.

a) La conducta como obligación

El concepto de obligación tiene su correlativo en el de derecho subjetivo, y ante el incumplimiento de la obligación por el sujeto pasivo, podrá el sujeto activo exi-

7 Si se trata de un interrogatorio de parte realizado en el curso de un proceso y no existe pliego de preguntas por escrito, la confesión ficta o presunta se generará ante la inasistencia del demandado sobre los hechos susceptibles de prueba de confesión de la pretensión o ante la inasistencia del demandante sobre los hechos susceptibles de confesión de las excepciones de mérito (C.G. del P. artículo 205, inciso segundo).

gir el cumplimiento de esta, bien sea *in natura* o por equivalente. Hay, por tanto, identidad entre la conducta debida y la conducta exigida.

Al respecto, ha de advertirse que las diferentes normas que consagran una consecuencia ante la no realización de la conducta establecida para lograr incorporar al proceso la fuente de prueba, no tiene tal estructura, pues no le es factible a la otra parte exigir el cumplimiento a la parte que no colabora. En la hipótesis mencionada del artículo 205 del C. G. del P., no puede la otra parte exigirle al demandante o al demandado citados, que comparezcan a absolver el interrogatorio y/o que den respuesta a las preguntas o que las respondan en la forma debidamente establecida en la ley, lo cual sería la exigencia del cumplimiento de la ejecución *in natura*; tal acontecer llevaría a forzar que la parte exteriorizara el conocimiento del cual es tenedora en su fuero interno, lo cual no sería más que el regreso a la obtención de la prueba mediante la tortura; ni tampoco se le habilita la posibilidad de exigir el cumplimiento de esta por equivalente, esto es valorándola en dinero, pues no se cumpliría su propósito de acceder a la fuente de prueba.

b) La conducta como carga

En lo atinente a considerar que se trata de una situación jurídica constitutiva de una carga, debe identificarse con claridad qué debemos entender por tal:

La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplir; sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. (Quintero y Prieto, 2008, p. 552)

Si se examina la hipótesis mencionada, de que las partes no acudan a la audiencia para la realización del interrogatorio de parte, o lo hagan, pero no respondan o den respuestas evasivas a las preguntas que se les formulan, a la luz del concepto de carga, atendiendo la incidencia que en el ámbito probatorio tiene el no cumplir con lo establecido en el artículo 205 del C. G. del P., bien podría decirse que no se ajusta a dicho concepto.

Cuando el legislador establece que el no asistir a la audiencia o hacerlo pero no responder o dar respuestas evasivas, dará lugar a la confesión ficta o presunta,

o a un indicio grave, se ha de llegar a la conclusión que el concepto de carga se desdibuja por dos razones: la primera, es que no solo se está frente al propio interés de la parte que no cumple con las conductas debidas, sino también del interés de la otra parte; esto es, de un sujeto diferente a aquél que debe realizar el acto, en atención a que del interrogatorio puede obtenerse una confesión provocada sobre los hechos fundantes de la pretensión o de la excepción de mérito, que ha de beneficiar a un sujeto diferente al llamado a cumplir con el acto; por ello es que se exige la comparecencia a la audiencia y además el responder a las preguntas y hacerlo en debida forma. Y la segunda, porque el cumplimiento del acto; esto es, el asistir a la audiencia y contestar las preguntas formuladas y hacerlo en debida forma, bien puede tener incidencia desfavorable para la parte que lo hace, pues si de esta se deriva la confesión de los hechos se generará para ella una situación de desventaja; en tal sentido la situación de desventaja no solo se daría ante la no realización de la conducta, sino que bien puede derivarse precisamente de la realización de esta. Las razones acabadas de plantear para el supuesto analizado son igualmente predicables en las diferentes hipótesis en las cuales las conductas de las partes pueden generar consecuencias probatorias.

Sobre la situación indicada en el párrafo anterior, el autor Gian Antonio Michelli en el libro: *La carga de la prueba*, hace el siguiente planteamiento, refiriéndose al valor probatorio del comportamiento de la parte en el proceso:

Se trata muy a menudo de actividades que están mandadas al sujeto procesal, el cual se ve forzado a seguir un cierto comportamiento, ordenado por la norma en interés ajeno (en interés público, en general), en lugar de en un interés propio. (Michelli, 2004, p. 135)

El cual lo aleja de la aplicación del concepto de carga, ya que lo que se protege no es un interés propio sino un interés público.

Por tanto, en relación con el concepto de carga como situación jurídica, debe considerarse que existen dificultades manifiestas para predicar su correspondencia con la norma que consagra las consecuencias probatorias, pues al establecerse estas no solo protege el propio interés de la parte que deja de realizarlas, esto es, un interés individual; sino que trasciende al proteger intereses propios del proceso, y de la otra parte, de manera específica, el derecho a obtener la prueba.

c) La conducta como deber

Queda por examinar el concepto de deber. Quintero y Prieto (2008), se refieren a este concepto de la siguiente manera:

Esta es la más conocida de las situaciones jurídicas pasivas. Coincide con la posición de aquel a quien la norma impone una conducta a la cual vincula, en caso de inobservancia, una sanción (por ejemplo, el deber de testificar). (p. 551)

Sobre el mismo concepto, Couture (1978) conceptualiza:

Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos en favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad. En ciertas oportunidades, esos deberes se refieren a las partes mismas, como son, por ejemplo, los deberes de decir la verdad, de lealtad, de probidad en el proceso... (p. 210)

Realizado el análisis de si la conducta de las partes que genera efectos probatorios se adecua a la "situación jurídica" de obligación o de carga, y advirtiendo que no es susceptible de encuadrarse en ninguna de las dos figuras, queda por analizar el concepto de deber. En relación con la situación jurídica deber, en las definiciones antes mencionadas es latente que con su consagración se protege un interés público, el cual en el caso que se analiza sería el acceso al derecho a la prueba. No se mira, por tanto, el interés particular de la parte que no realiza la conducta, pues, para el legislador establecer una consecuencia probatoria de la conducta de la parte que no la realiza, debe ser indiferente que esa parte se beneficie o se perjudique; lo que protege el legislador debe ser el interés público del proceso, que en el caso específico se ve reflejado en el acceso a la fuente de prueba y, por ende, la protección del derecho a la prueba.

En este orden de ideas, la situación jurídica regulada por el legislador cuando se generan consecuencias probatorias a partir de las conductas de las partes, se ubica frente al concepto de deber, lo cual va a traer como efecto que frente a la no realización de la conducta por la parte que la tenía a su cargo y que no la cumplió, se dé la aplicación de una consecuencia a título de sanción, que consistirá bien en que se presuma la ocurrencia de los hechos, o bien en que se genere un indicio grave en relación con estos, tal como lo establecen las normas sobre el tema.

En la hipótesis en análisis, se consagra para la parte el deber de asistir a la audiencia en la que se realizará el interrogatorio y/o contestar la preguntas o hacerlo en debida forma (artículo 205 del C. G. del P.), su participación mediante la realización de cualquiera de las conductas indicadas, permitirá que al proceso llegue el conocimiento intelectual que la parte detenta en su fuero interno, atendiendo el acceso al derecho a la prueba, constitutivo de un interés público. Es por ello que de no hacerlo se incumple el deber, y ante este incumplimiento el legislador establece como consecuencia la generación de una confesión ficta o presunta o de un indicio grave.

Para formular de manera completa el argumento, surge una pregunta ¿Será tal consecuencia una sanción? Para ello debe determinarse qué debe entenderse por sanción. El profesor Carnelutti (1993) la define, así:

Se llama sanción precisamente al *señalamiento de las consecuencias que derivan de la inobservancia del precepto*. Y puesto que la sanción ha de estimular a la observancia del precepto, tales consecuencias han de ser, como es natural, *desagradables*, es decir: han de consistir en *un mal*. (p. 26)

Advierte el autor que tratándose de las sanciones hay dos figuras extremas, la pena y la restitución, pero entre ellas pueden encontrarse un sinnúmero de sanciones intermedias, siendo la más conocida la del resarcimiento; y para la cabal comprensión del concepto es conveniente volver al autor citado:

El interés afectado por el resarcimiento no es el mismo que viene sacrificado por el precepto, sino un interés que se encuentra con él en una cierta relación, que puede ser, bien de equivalencia (en el sentido de que los dos intereses miren a la satisfacción de una misma necesidad), o bien de compensación (cuando los dos intereses miren a la satisfacción de necesidades diversas, pero de tal índole, que el placer proporcionado por la satisfacción de una de ellas compense el dolor ocasionado por la insatisfacción de la otra). (Carnelutti, 1993, p. 28)

Bien podría pensarse que la sanción establecida ante el incumplimiento del deber de colaboración de la parte para la obtención de la prueba, está en línea con el primer lineamiento, en el cual el interés afectado, que es el acceso a la prueba, termina siendo satisfecho con un interés de equivalencia, que bajo la mirada de la parte que se ve perjudicada y, por ende, no satisfecho su interés por la no realización de la conducta por la parte que debía realizarla, logrará, en consecuencia, satisfacer a este por un mecanismo de equivalencia que no es más que un sucedáneo de la prueba que buscaba obtenerse; sucedáneo que consistirá en considerar acreditado el hecho, no por el medio de prueba que resultó frustrado por la conducta de la parte, sino por el equivalente de la prueba a través de la presunción de la ocurrencia del hecho, o de la configuración de un indicio grave.

Una vez analizado el concepto de sanción y luego de concluir que es factible su aplicación frente a las consecuencias que el legislador establece al incumplimiento del deber de colaboración de la parte para la obtención de la prueba, surgen las siguientes preguntas: ¿Es posible que el legislador dentro de su potestad de configuración normativa establezca una sanción, mediante la cual se asigne una consecuencia probatoria ante el incumplimiento del deber de colaboración de la parte que controla el acceso a la fuente de prueba? ¿Podría esta consecuencia constituir un sucedáneo de prueba? ¿Cuál es la razón que justifica que el incumplimiento

del deber sea sancionado estableciendo una consecuencia probatoria adversa a la parte que incumplió con su deber?

Podría pensarse que la razón estriba en que solo de esta manera se tiene la posibilidad de acceder, a través de una inferencia, a la prueba del hecho, ante la negativa de la parte que detenta el conocimiento intelectual o que detenta materialmente el bien o las cosas, que constituirían la fuente de prueba, si la parte que detenta uno u otro se niega a exteriorizar su conocimiento intelectual o a permitir el acceso material al bien o a las cosas fuente de prueba. Ello, dado el supuesto que no hay otra manera para acceder a tal conocimiento, sino a través de tal inferencia, bien como una presunción o bien como un denominado indicio endoprosesal.

Es una garantía del debido proceso, que no podría obtenerse mediante la fuerza tal conocimiento porque la prueba debe ser lícita para tener cabida en el proceso, esto es, protegiendo los derechos fundamentales; en tal sentido no podría pensarse que la prueba obtenida con violación de estos pueda ser aceptada en el proceso; por el contrario, esta debe excluirse; la misma Constitución Política la considera nula de pleno derecho. En tal sentido, si solo se pudiera acceder al conocimiento que la parte que lo tiene se niega a entregar, a través de la tortura, ese conocimiento carecería de valor; por lo tanto, es necesario establecer un sucedáneo que permita adquirirlo para el proceso, y ese sucedáneo no es más que el conjunto de consecuencias que se infieren por el legislador de la conducta que desatiende el modelo procesal del deber de colaboración; y de allí se ha de colegir la ocurrencia del hecho alcanzando como tal, como una fuente de prueba autónoma en términos del derecho probatorio, fuente que será la conducta de la parte que se aleja del deber ser prescrito por el Derecho.

Conclusiones

Las siguientes son las conclusiones a las cuales se llegó atendiendo los lineamientos planteados y el desarrollo de la investigación:

- Al indagar por el fundamento que le permite al legislador derivar consecuencias probatorias de las conductas de las partes en el proceso, se encuentra el principio de moralidad o lealtad procesal, consagrado constitucionalmente, el cual establece que las partes en su actuar deben atender un imperativo ético. Este principio va a tener trascendencia al momento de legitimar y sustentar constitucionalmente las normas que, en el ordenamiento procesal civil (C. G del P.), le asignan una consecuencia a las conductas de las partes que impiden el acceso a la fuente de prueba, la cual, será constitutiva de un sucedáneo de la prueba, que la parte no permitió practicar o que obstaculizó.

- Para efectos de consagrar normativamente las consecuencias probatorias, frente a la conducta de la parte, el legislador puede optar, en teoría, por implementar diversas situaciones jurídicas posibles: la obligación, la carga y el deber. La que parece más plausible es aquella que establece el actuar de la parte como un deber, al radicar la razón de su consagración en la protección de un interés público. El incumplimiento del deber genera una sanción, que en el caso específico será la de establecer un sucedáneo de prueba que permita cumplir el propósito, que la parte con su conducta no permitió, al impedir el acceso a la fuente de prueba. Este sucedáneo consiste en generar un instrumento que permita llegar a la verificación del hecho, el cual en el C. G. del P. consistirá en el establecimiento de una presunción sobre ocurrencia del hecho o de un indicio.
- Analizar de manera específica el tema de los sucedáneos de prueba derivados de las conductas de las partes en el proceso, en el contexto de “la carga de la prueba: nuevas tendencias”, tema de la publicación que incorpora este artículo, permite dilucidar si el actuar de la parte en el sentido contrario al de contribuir a la obtención de la prueba, es una carga o un deber. Encontrando, como la respuesta más viable, que se trata de un deber y no de una carga en el ámbito de producción de la prueba, cuyo incumplimiento deberá ser calificado expresamente por el juez, de conformidad con lo establecido por el artículo 280 del C. G. del P. que se refiere al contenido de la sentencia, y establece expresamente que el juez debe calificar la conducta procesal de las partes y, si es del caso, deducir indicios de ella.
- Los sucedáneos de prueba, derivados de las conductas de las partes en el proceso, le permiten a la parte que tiene asignado el cumplimiento de la carga de la prueba, contar con un instrumento a través del cual podrá llegar a cumplir con ella, esto es, mediante el sucedáneo de prueba establecido por el legislador frente al actuar de la parte que ostenta el control de la fuente de prueba y que incumple con su deber de colaborar en la producción de la prueba.

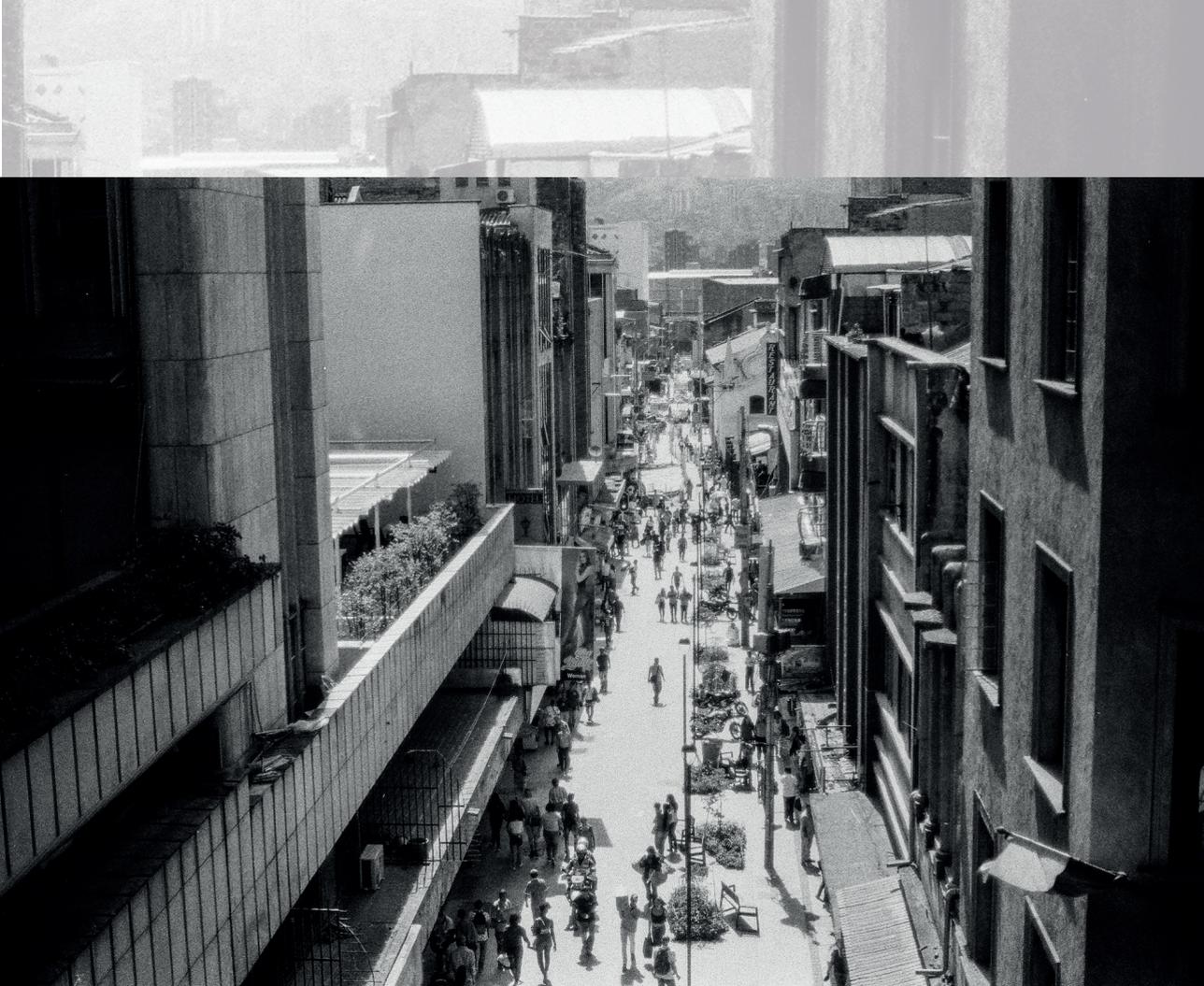
Referencias Bibliográficas

- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Barrios de Ángelis, D. (1979). *Teoría del proceso*. Buenos Aires: Depalma.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Editorial Comares.

- Boaventura de Sousa, S. (1995). *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil* (Tomo I). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (1993). *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA.
- Carnelutti, F. (2000). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Ceballos Velásquez, A. (2015). *Curso de relación jurídica procesal* (inédito). Medellín. Colombia. Corte Constitucional. (23 de enero de 2002). Sentencia C-012/02. [MP Jaime Araujo Rentería].
- Colombia. Corte Constitucional. (27 de octubre de 2005). Sentencia T-1098/05. [MP Rodrigo Escobar Gil]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1098-05.htm>
- Colombia. Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de febrero de 2005). Expediente D-5324. Bogotá.
- Couture, E. (1978). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Couture, E. (1979). *Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso* (Tomo IV, Volumen 3). Buenos Aires: Depalma.
- Díaz, C. A. (1963). *Instituciones de Derecho Procesal, Parte general* (Tomo I). Buenos Aires: Abelado - Perrot.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- García Villegas, M. y Ceballos Bedoya, M. A. (2016). *Democracia, justicia y sociedad*. (García Villegas, M. y Ceballos Bedoya, M. A., Edits.). Bogotá: Dejusticia.
- García Villegas, M. y Rodríguez, C. (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios críticos*. Bogotá: ILSA; Universidad Nacional de Colombia.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal. (s.f.). *Observatorio a la implementación del Código General del Proceso*. Recuperado de <http://www.cej.org.co/observatoriocgp/>
- Kelsen, H. (1997). *Teoría Pura del Derecho*. México: Porrúa.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría Impura del Derecho*. Bogotá: LEGIS, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.
- Michelli, G. (2004). *La carga de la prueba*. Bogotá: Editorial TEMIS.
- Quinche Ramírez, M. (2015). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Quintero, B. y Prieto, E. (2008). *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Sin Título
(Serie Medellín en picada)

Estudios
de Derecho
Fundada en 1912



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA

Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado*

Jordi Nieva-Fenoll**

Resumen

La carga de la prueba y los estándares de prueba son dos instituciones que provienen del antiguo sistema de valoración legal o tasada de la prueba, en el que tenían todo su sentido. Sin embargo, en el sistema de valoración libre, la institución de la carga de la prueba deja de tener cualquier utilidad, y los estándares de prueba se convierten en simples remedos de las antiguas categorías "*probatio plena*" y "*probatio semiplena*" que resultan imposibles de objetivar. En el presente artículo se detallan y justifican extensamente las anteriores conclusiones.

Palabras clave: prueba plena; prueba semiplena; carga objetiva; motivación; valoración.

Burden of proof and standards of proof: two reminiscences of the past

Abstract

The burden of proof and the standard of proof are two institutions that come from the old system of legal or expressly allowed assessment of evidence, in which they made full sense. However, in the free assessment system, the institution of the burden of proof ceases to be useful, and the standards of proof become simple imitations of the old categories "*probatio plena*" and "*probatio semiplena*" that are impossible to objectify. This article provides extensive detail and justification for the above conclusions.

Key words: full proof; half proof; objective burden; motivation; assessment.

Ônus da prova e padrões de prova: duas reminiscências do passado

Resumo

O ônus da prova e os padrões de prova são duas instituições que provem do antigo sistema de valorização legal ou avaliada da prova, no qual tinha seu sentido completo. Porém, no sistema de valorização da prova de forma livre, a instituição do ônus da prova perde qualquer utilidade, e os padrões de prova se transformam em simples sombras das antigas categorias "*probatio plena*" e "*probatio semiplena*" que são impossíveis de ser objetivas. Nesse artigo, são amplamente detalhadas e justificadas as anteriores conclusões.

Palavras-chave: prova plena; prova semiplena; ônus objetivo; motivação; valorização.

* Artículo de reflexión.

** Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de Barcelona, España. Correo electrónico: jordinieva@ub.edu ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3052-1267>.

Cómo citar este artículo: Nieva-Fenoll, J. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, 77 (170), 117-148

DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a05

Fecha de recepción: 9/03/2020 Fecha de aceptación: 6/04/2020



Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado

1. Introducción

El destino de la prueba presentada en un proceso es valorarla racionalmente, es decir, de veras. No se pueden establecer atajos en este camino, aunque con frecuencia esa actividad de valoración sea tan sumamente difícil que, ciertamente, el jurista desearía disponer de algún tipo de herramienta, casi una piedra filosofal, para conocer cuál es la realidad de los hechos. Porque valorar la prueba consiste justamente en eso: en averiguar la realidad¹.

La dificultad no es nueva. Históricamente se intentaron ofrecer ayudas a los jueces. Las arcaicas normas de prueba legal del código de Hammurabi² dan buena prueba de ello, y todos los ejemplos establecidos en el *Corpus Iuris Civilis*³ -luego

1 Lo explico *in extenso* en Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

2 Vid. las traducciones originales, que he alterado en parte, en Lara Peinado (1997):

“§7 Si alguien manifiesta haber adquirido o recibido en depósito plata, oro, esclavo o esclava, buey, oveja o asno o cualquiera otra cosa, sin testigos ni contrato, será considerado reo de robo y condenado a muerte.

§10 Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió la cosa, ni a los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que atestigüen (la preexistencia de) la cosa (y el dominio) de dicho propietario, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad.

§11 Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que presten testimonio sobre dicho objeto, es un farsante, y puesto que denunció falsamente, será castigado con la muerte.

§13 Si los testigos del anterior denunciante no estuviesen localizables, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del mismo no presenta sus testigos, será considerado un farsante y sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

§150: Si el marido donó a su esposa campo, huerta o casa, y le escribió un documento al respecto, después de la muerte del marido sus hijos no podrán reclamarle nada; la madre dejará en herencia esos bienes al hijo que prefiera, pero no a un extraño.

§182 Si un padre tiene una hija que sea sacerdotisa de Marduk de Babilonia y no la dotó escribiéndole un documento sellado, a la muerte del padre le corresponderá un tercio de la herencia, que podrá dejar en sucesión a quien prefiera.

§183: Si un padre tiene una hija concubina, y le da dote, le concede marido y le otorga documento sellado al respecto, a la muerte de su padre no heredará ningún bien. pp. 6 y ss.

3 Por ejemplo, Codex, Libro IV, título XX, n.º 9, §1: *Simili modo sauximus, ut unius testimonium nemo iudicium in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiat, etiamsi praeclarare curiae honore praefulgeat.*

reproducidos en leyes medievales⁴- van por esa misma línea. Pero justamente en la Edad Media surgen dos institutos, no tanto llamados a hacer la vida más fácil a los jueces en este sentido, como más bien a poner fronteras a su labor⁵, en la línea iniciada por el *secundum allegata et probata*⁶ que configuraron Azzone (1567) y Accursius (1604)⁷. Así surgieron, como veremos seguidamente, tanto el *onus probandi* como las medidas de prueba, el antecedente de los actuales estándares de prueba y del *Beweismaß* alemán.

Sin embargo, sea cual fuere el origen de las instituciones, estas van cambiando con el tiempo, y finalmente pueden acabar transformándose en algo irreconocible para sus creadores. Y es justamente esto lo que ha sucedido con las dos instituciones en cuestión. Probablemente si a un jurista medieval le habláramos de algo “más allá de toda duda razonable”, o bien de “carga objetiva de la prueba”, y le dijéramos que, junto con la subjetiva, es algo a utilizar solamente al final del proceso cuando aparece una situación de ausencia de prueba -*Beweislosigkeit*⁸-, no entendería absolutamente nada.

A continuación, explicaré poco a poco todo lo anterior, acompañando la exposición de un relato ligero de la historia, pero sin ninguna clase de prejuicio histórico. Al contrario, comenzaré la explicación concretando las definiciones que de ambos conceptos ofrece ahora mismo la doctrina. Después, las someteré a la

-
- 4 Fuero Juzgo, Lib. II, tít. II, VI. *En los pleytos que el iues oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas é sus pruebas, y el iuez debe catar qual prueba mejor. E si por las pruebas non pudiere saber la verdad, estonze debe mandar el iues á aquel de quien se querellavan, que se salve por su sacramento, que aquella cosa quel demandan, non la ovo, nin la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello quel dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V. sueldos.* Vid. también Partida III, tít. XVI, Leyes 29 y 32.
 - 5 Lo explico en Nieva Fenoll, J. (2017a). La actuación de oficio del juez nacional europeo. *Diario La Ley*, (9000). Traducido al italiano en Nieva Fenoll, J. (2019a). I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, pp. 1223 y ss.
 - 6 Vid. Nörr, K.W. (1967). *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat.* München: Münchener Universitätschriften.
 - 7 Azzone (o Azo o Azón). (1567): “*Iudex debet ex conscientia iudicare, & econtrà. Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend.1 surreptionem. & de minor. 25. anno.l.minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testificationes & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica*” (p. 237). Accursius (1604): “*Iudex debet ferre sententiam, secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*” (p. 17)
 - 8 Vid. Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast.* Berlin: C.H., pp. 35 y 55. Leipold, D. (1997). Comentario al §286 ZPO. En J. Stein, *Kommentar zur ZPO.* Tübingen., p. 525. Rosenberg, L., Schwab, K.H. & Gottwald, P. (2018). *Zivilprozeßrecht.* München: C.H. Beck, p. 698. Montero Aroca, J. (2005). *La prueba en el proceso civil.* Cizur Menor: Thomson-Civitas, p. 112. Serra Domínguez, M. (1991a). Comentario al art. 1214. En M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.* Madrid: Edersa., p. 55. Nieva Fenoll, J. (2016a). Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. En J. Nieva Fenoll (ed.), *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (pp. 261-280). Madrid: Marcial Pons, p. 271. Nieva Fenoll, J. (2019b). *Derecho procesal II. Proceso civil.* Valencia: Tirant lo Blanch., p. 201. Escaler Bascompte, R. (2017). *La carga de la prueba.* Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, p. 83.

comprobación histórica y práctica, y, finalmente, de los resultados que objetivamente se obtengan extraeré conclusiones precisas.

2. Concepto y variedades de la carga de la prueba

La carga de la prueba no tiene en absoluto una definición unívoca. En realidad, se trata de una expresión que condensa diferentes ideas que no tienen tanto que ver entre sí como se piensa. De hecho, vamos a ver a continuación que realmente tienen bastante poco que ver.

En la Edad Media se construyó la noción de *onus probandi* recogiendo restos del proceso romano⁹ sacados del contexto original¹⁰. Pero sea como fuere, se asentó la idea de que cada parte tenía que aportar prueba de lo que decía. Dicho de otro modo, que cada litigante poseía la carga de probar lo que afirmaba para tener una expectativa de ganar el proceso¹¹. Ese fue el *onus probandi* y ese es, por tanto, el primer concepto de la carga de la prueba: la obligación de cada parte de traer pruebas al proceso en defensa de su posición. Era, además, una obligación muy antigua (Kaser, 1996, p. 118) y realmente bastante lógica, casi intuitiva. Si se parte de la máxima de la experiencia de que, salvo casos excepcionales, el adversario siempre obra en su propio beneficio y nada hace por su enemigo, la prueba era, en esa antigua concepción, una de sus principales armas para ganar el proceso.

El concepto es coincidente con la primera acepción moderna del descrito *onus probandi* medieval: la llamada *carga subjetiva de la prueba*, también denominada carga formal¹². Supone precisamente eso, que cada parte debe aportar al proceso la prueba de los hechos que le son favorables (Weber, 1805, p. 154), tal y como dispone de modo muy sintético, por ejemplo, el art. 196 del Código Procesal Civil peruano de 1993¹³. La doctrina incluso trazó un mapa de dichos hechos para orientar a los litigantes, estableciendo que el demandante debe probar los hechos constitutivos de su pretensión y el demandado los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de dicha pretensión (Leipold, 1997, p. 527)¹⁴. Sin tanto detalle, pero con la misma idea de fondo, se habló en el *Common Law* de la *burden of production* en EE. UU (Redmayne, 1999, p. 172) o *evidential burden* en el Reino Unido

9 Kaser (1996, p. 493). Prütting (2010, p. 457).

10 Vid. Nörr, K.W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*. Berlin: Springer., p. 78 y ss.

11 Lo explico en Nieva Fenoll, J. (2019c). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. En J. Nieva, J. Ferrer y L. Giannini (eds.), *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales., pp. 25 y ss.

12 Vid. Sundelin, P. (1860). *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*, Anklam., p. 121.

13 Artículo 196. -Carga de la prueba-. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

14 Vid. también, D'alessandro, E. (2018). Onere della prova e legge applicabile. *Giurisprudenza italiana*, p. 2546.

(Dennis, 2013, p. 442), que son simplemente un remedo de la carga subjetiva con su mismo contenido.

Se confirma que se trata, por tanto, de la concepción originaria de la carga de la prueba después de la Edad Media. La doctrina posterior, consciente de lo injusto de la regla entendida de manera estricta, dibujó diferentes formas de suavizarla¹⁵. Arrancó Bentham (1823, p. 163) con una antigua idea medieval¹⁶ que rescata en su conocido libro sobre la materia, y que establece que debe tener la carga -siempre subjetiva- de la prueba la parte a la que le resulte más fácil probar un hecho, es decir, lo que la doctrina posteriormente llamó *facilidad probatoria*¹⁷ o en Italia *vicinanza probatoria* (Besso-Marcheis, 2015, p. 93). Esa idea, obviamente, alteraba el original y estricto reparto.

En esa misma idea se basaron después las llamadas inversiones de la carga de la prueba -que si bien se piensa no tienen nada de inversiones-, y aún más adelante esa idea cargada de inseguridad jurídica que constituye la llamada *carga dinámica de la prueba*¹⁸, que ha quedado reflejada en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española¹⁹, o en el art. 167 del Código General del Proceso colombiano de

15 Vid. su estricto -y sorprendente- funcionamiento en el antiguo periodo en Lessona, C. (1928). *Teoría general de la prueba en Derecho Civil* (Parte General) (Trad. Enrique Aguilera de Paz). Madrid: Editorial Reus S.A., pp. 118 y ss.

16 De Fano (1548): ("Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatío personae standi in iudicio per quem probanda"): "*Quarto fallit, quando illud quod negatur, esse quodmodo impossibilis probationis quo ad ipsum negantem, et facilis probationis quo ad adversarium. Exemplum, si teneris mihi quolibet anno pro anima patris dicere unam missam, nam si allego te non dixisse hoc anno, impossibilis mihi esse talis probatio, et quo ad te facilis probatio censetur, merito tibi tale onus incumbit propter facilitatem. ad hoc induco Bald. in l. cum mulier in sua repeti solu matri*" (p. 12).

17 Serra Domínguez, M. (1991b). Comentario al art. 1252 del Código Civil. En Albaladejo (dir.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales tomo XVI, vol. 2*. Madrid: Edersa., pp. 66-68.

18 Peyrano, J.W. (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores., en especial pp. 13 y ss, 19 y ss y 75 y ss.

19 Artículo 217. Carga de la prueba. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. 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.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2012²⁰ o en el art. 214 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de 2019²¹. En realidad, como vienen a reconocer estas normas, no se trata más que la mismísima facilidad probatoria designada con un nombre quizás más atractivo para algunos observadores. Pero en todo caso seguimos hablando de lo mismo: de la carga subjetiva y de sus matizaciones. Curioso a veces el empeño de la doctrina por complicar terminológicamente conceptos que bastantes problemas traen por sí mismos. Un último ejemplo de esta tendencia es la llamada por algunos autores *tactical burden of the proof*²² que, ni más ni menos, significa que conforme va avanzando el proceso y las partes exponiendo sus pruebas, dependiendo de la fuerza que pueda tener un argumento probatorio de una parte, la contraria se ve forzada a presentar un medio de prueba más convincente. Pura lógica de estrategia probatoria de cualquier proceso elevada a una categoría doctrinal que tampoco tiene la más mínima utilidad. Dicho de otro modo, seguimos en el ámbito de la carga subjetiva.

Sin embargo, todo lo anterior ya apunta al siguiente concepto, probablemente el más oscuro de todos los que afectan -podría decirse "aquejan"- a la carga de la prueba: la *carga objetiva*, originalmente denominada carga material (Glaser, 1883, p. 364) o carga de averiguación²³, denominación, esta última, muy indicativa de lo que significa (Rosenberg, 1923, p. 34). Con la misma se designaría, no al litigante

-
6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.
 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.
 - 20 Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.
 - 21 Artículo 214.- Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Incumbirá a cada una de las partes la carga de probar el presupuesto fáctico de las normas favorables a su pretensión, defensa o excepción. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al ordenar las pruebas, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Se considerará en mejor posición para probar a la parte en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. A la parte a quien se imponga la carga se le otorgará el plazo suficiente para ofrecer la prueba.
 - 22 Gordon & Walton (2011, pp. 644 y ss). Prakken & Sartor (2009, pp. 223 y ss). Bex & Wlaton (2012, p. 118).
 - 23 Sobre la cuestión terminológica, vid. Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*. Berlin: C.H., pp. 26-27.

que debe probar un hecho, sino directamente a los hechos que deben ser probados en el proceso para poder emitir el juicio. El concepto, según la concepción original de Glaser (1883, p. 364), haría frente al riesgo de que el juez, al no poderse probar un hecho, dé por probado automáticamente el contrario. Ese riesgo lo sufriría el litigante beneficiado por ese hecho. Por tanto, la carga objetiva de la prueba consistiría en determinar, no a qué litigante le es más fácil probar un hecho -esa es la carga subjetiva-, sino a qué parte perjudicará la falta de prueba de un hecho.

Sin embargo, es muy importante saber que esa noción -algo extraña y, en buena medida, tautológica de la de carga subjetiva²⁴- provenía del proceso penal, y servía sobre todo para explicar por qué el acusado, sin tener la carga subjetiva de la prueba y, por tanto, sin tener que cumplir con la obligación de aportar medios de convicción, podía finalmente resultar condenado. Sea como fuere, el concepto pasó al terreno del proceso civil y sufrió una intensa reelaboración por parte de Rosenberg (1923, p. 34), que es quien, en mi opinión, le da auténtico contenido, aunque también aquel que, llevando la lógica de sus ideas hasta el final, le acaba sustrayendo ese contenido, como vamos a ver.

Dice Rosenberg (1923, p. 28), hablando de la carga subjetiva de la prueba, que el concepto inicial habría evolucionado en el sentido de superar la concepción original de *onus probandi* en el sistema de prueba legal. En ese sistema, como se explicará después, los pleitos se decidían en función de si cada parte había aportado o no sus pruebas, y no en razón de su valoración. Es decir, se verificaba solamente si la parte demandante había aportado su prueba y la demandada la suya. Y después, para ver quién ganaba el proceso, se pesaba o sumaba la prueba aportada por cada parte en función de los estándares *plena probatio* y *semiplena probatio* que veremos en el siguiente epígrafe, pero nada más, es decir, no se valoraba “realmente -es decir, racionalmente- la prueba.

Pues bien, Rosenberg (1923, p. 30) nos dice que a partir de la introducción de la frase “*unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen*” (p. 37)²⁵ en el §286 ZPO²⁶, ya habría dejado de importar quién aportaba la prueba, ya que el tribunal la valoraría con independencia de ese hecho, es decir, tomaría en consideración todo el material aportado por las partes sin tener en cuenta cuál de ellas lo había aportado. Ese precepto, por cierto, fue el que introdujo el

24 La carga subjetiva indica a qué parte le es más fácil probar un hecho y, si no lo hace, esa será la parte perjudicada por la falta de prueba del hecho, lo que es la carga objetiva, pero supone una identidad con la carga subjetiva en gran medida, con la principal excepción del acusado en el proceso penal, como vamos a ver.

25 Traducción: “Considerando el contenido global de las actuaciones”.

26 **§ 286 Freie Beweiswürdigung.** (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

sistema de libre valoración en Alemania. Y estamos también ante la tenebrosa génesis que nunca explicó Chiovenda (1923) -que lo expuso sin citarlo- del llamado “principio de adquisición” (p. 748) por las doctrinas italiana²⁷ e hispana, que es importantísimo en la materia que estamos analizando. Ese origen no es más que la consecuencia lógica de la introducción del sistema de libre valoración. Con el mismo se dejaba atrás el antiguo sistema -el de prueba legal- y se introducía el nuevo, el de libre valoración, en el que el *onus probandi* -la carga subjetiva- había dejado de tener, como se acaba de evidenciar, sentido alguno. Ya no importaba en absoluto qué litigante aportaba las pruebas al proceso. En ese momento debió haberse eliminado por la doctrina el concepto de carga de la prueba porque era una pieza de un sistema, el legal, que en gran medida había dejado de existir.

Hubo quien señaló esta fatal consecuencia en su día²⁸, pero Wach (1872)²⁹, siendo muy joven³⁰, descalificó con evidente soberbia a quien sostuvo esa tesis, muy probablemente por considerar que la misma abría las puertas a la vigencia del principio inquisitivo en el proceso³¹, cuando no es así. Sea como fuere, es muy probable que Wach influyera en buena parte de la doctrina por la difusión de sus ideas, y también en Rosenberg en este particular -no así en otros muchos aspectos del mismo tema- cuando este redactó la primera versión de su libro al respecto en 1900. De hecho, Wach, entre otros, recensionó el libro de Rosenberg en 1925³² y consta que se conocían (Gräfe, 2011, p. 46 y ss). Quién sabe si esas circunstancias influyeron en Rosenberg para perpetrar un auténtico acto de nostalgia científica difícilmente explicable, reafirmando con mayor influencia que ningún otro autor la idea de Glaser (1883). Y así se dispuso, primero, a no plantear -sorprendentemente- la abolición del concepto de carga subjetiva -pese a lo que había dicho al respecto- y, segundo -en contra de la opinión de Wach (1901)³³-, a asentar el concepto de carga objetiva o de carga de averiguación, que debe hacerse notar

27 Vid. Taruffo, M. (2012). La valutazione delle prove. En M. Taruffo (dir.), *La prova nel processo civile. En la serie Cicu / Messineo / Mengoni / Schlesinger, Trattato di Diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè Editore., pp. 249 y ss.

28 Kohler (1904, pp. 315 y ss). Bar (1867, p. 46 y ss).

29 Wach (1872): “Eine der größten Thorheiten der Reformjurisprudenz ist die Behauptung, die freie Beweisetheorie führe zur Beseitigung der Grundsätze über Vertheilung der Beweislast. Sie beruht auf einer groben Verwechslung des inquisitorischen Princips des Strafprocesses, der Pflicht des Richters zur selbstthätigen Beschaffung der Beweise und der Emancipation von Beweisregeln bei Beurtheilung des von der Parteien gelieferten Materials. Die vielgehörte Erwägung, weil der Richter aus dem Ergebnis der ganzen Verhandlung unter Würdigung aller Umstände sich seine Ueberzeugung zu bilden habe, so kann nur noch darauf ankommen, ob bewiesen ist, nicht wer zu beweisen und bewiesen habe, ist ein Trugschluss. Dem Richter kann es allerdings gleich sein, wer bewiesen hat, wenn bewiesen ist, aber nicht wer zu beweisen hatte, wenn nicht bewiesen ist. Die Sätze *actore non probante reus absolutur* und *reus excipiendi actor fit* bleiben unerschütterter (...)” (p. 357).

30 Había nacido en 1843 en Kulm (la actual Chełmno), por lo que en el momento de publicarse su escrito tenía 29 años.

31 Se deduce claramente del texto de la nota anterior. Wach (1872): “*Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*” (pp. 331 y ss), 357-358.

32 Wach, A. (1925). Rez. Rosenberg, *Beweislast*, 2. Auflage. *Juristische Wochenschrift*, 54, p. 722.

33 Wach (1901), definió la carga material como un “*gegenstandsloser Begriff*”, es decir, un concepto sin objeto.

que no es sino una consecuencia de la abolición del concepto de carga subjetiva y que, en el fondo, trata de mantener doctrinalmente esa antigua idea aunque sea pendiente de un hilo. Y así afirmó que, aunque ya no interesaba, en realidad, quién había aportado la prueba en el proceso a efectos de valoración, aún era interesante determinar a quién iba a perjudicar la falta de prueba de un hecho con independencia de su actuación en el proceso. Y ese es el único contenido de la carga objetiva. No tiene más³⁴.

Y digo que no tiene más porque a partir de ese momento, como viene a reconocer el propio Rosenberg, el concepto se separa definitivamente de la definición de “carga”, porque en realidad la carga no la tiene nadie, sino que sin la prueba de esos hechos, no es que el proceso no pueda resolverse, sino que, en realidad, la noción de carga objetiva supera por completo el reparto de responsabilidades probatorias entre los litigantes y describe un espacio de incógnitas fácticas que debieran ser resueltas para poder emitir el juicio jurisdiccional. El concepto podría ser relevante en los procesos en los que puede practicarse prueba de oficio, porque de algún modo puede decirse que sirve para orientar la labor del juez -aunque estaría perfectamente orientada sin el mismo, como se verá después-, pero fuera de ello solo marca el campo de actuación de la carga subjetiva, lo que provoca la -casi completa- tautología a la que antes me referí. Es decir, la carga objetiva expresaría los hechos que deben probarse, y la subjetiva quién debe hacerlo. Por ello se ha dicho que en un orden lógico, primero se considera la carga objetiva, y después la subjetiva³⁵.

Pero como decía, ello obscurece definitivamente el concepto de “carga”, alejándolo por completo del originario *onus probandi*. Con el concepto de “carga” objetiva estamos más bien ante un listado de hechos a probar, que deben ser demostrados a través de los medios de prueba que serán objeto de valoración judicial. Y es justo en ese punto en el que se abre la pregunta de qué fuerza debe tener la prueba que se obtenga en el proceso para satisfacer la convicción judicial. Es como si de repente, la palabra “carga”, de designar una especie de “obligación” para las partes, adoptara una significación más literal y pasara directamente a ser un “peso” que debe tener la prueba para ser convincente.

Sin embargo, se trata de un salto argumental realmente insalvable, porque se pasa de la cuestión de quién aporta la prueba a su valoración, que son cosas

34 Vid. el propio Rosenberg, L. (1929). *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*. Berlin., p. 368. Y detrás de él, toda la manualística: Pohle, P. (2014). *Zivilprozessrecht*. München., p. 153. Lüke, W. (2011). *Zivilprozessrecht*. München., p. 273. Jauernig, O. & Hess, B. (2011). *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck., pp. 202-203. Musielak, H.-J. (2002). *Grundkurs ZPO*. München., p. 279. Grunsky, W. (2003). *Zivilprozessrecht*. Bielefeld, p. 40. Schilken, E. (2006). *Zivilprozessrecht*. München: Carl Heymanns Verlag KG. pp. 271-272, o la propia edición actual del manual de Rosenberg, L., Schwab, K.H. & Gottwald, P. (2018). *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck., p. 697.

35 Vid. Rosenberg, L., Schwab, K.H. & Gottwald, P. (2018). *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck., p. 697. Laumen, H-W. (2009). Grundbegriffe der Beweislast. En Baumgärtel, Laumen, Prütting (eds.), *Handbuch der Beweislast*. München: Carl Heymanns., pp. 42-43.

absolutamente diferentes y que solo cabría relacionar, como veremos después, en un sistema de prueba legal en el que, precisamente, la cuestión de quién aporta la prueba, no es solo que asista a la valoración del juez, sino que sustituye a dicha valoración³⁶. De esa consciencia implícita viene que Rosenberg (1923, p. 55), completamente orientado por el sistema de valoración libre y tratando de superar el legal, dijera que las normas de carga de la prueba no son necesarias cuando el hecho es notorio, cuando ha sido confesado por un litigante o cuando un juez utiliza máximas de la experiencia para construir su convicción (p. 55).

Poco a nada consciente fue Rosenberg de las consecuencias de esta última frase, que influyó, por cierto, en el art. 139 de Código General del Proceso de Uruguay de 1988³⁷ o en parte al art. 136 del Código Procesal Civil boliviano de 2013³⁸. Si la incógnita sobre los hechos se resuelve a través de máximas de experiencia, es decir, a través del razonamiento lógico del juez expresando en su sentencia la impresión que le provoca la práctica del medio de prueba, se acaba sustituyendo a la carga -ahora objetiva- de la prueba por el sistema de libre valoración. Algo querrá decir que Laumen (2009, p. 308), recogiendo la opinión de Bender, Nack & Treuer (2007, p. 145), reconozca que casi todas las pruebas -salvo el reconocimiento judicial- son indirectas, es decir, indicios³⁹.

No deja de resultar curioso, y hasta revelador, que Rosenberg (1923) en la página inmediatamente anterior de su obra diga que no se puede distinguir la respuesta a la pregunta “¿Qué se debe probar?” De la que tenga la pregunta “¿Quién debe probar?” (p. 54), ya que la respuesta a la primera pregunta da la respuesta también a la segunda, dado que no se puede separar la respuesta a ambas preguntas. De ese modo, carga objetiva y subjetiva irían de la mano. Es también revelador que, cambiando de sistema jurídico, el concepto complementario al de *burden of production* en el *Common Law* sea el de *burden of persuasion* -o *persuasive burden* o *probative burden* en el Reino Unido- (Dennis, 2013, p. 441), pensado sobre todo para el jurado, y que justamente el mismo se centre en qué “estándares de prueba” deben alcanzarse para dar por probado un hecho en cada proceso. Es

36 Es absolutamente fundamental leer a Taruffo, M. (1970a). *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM., pp. 14-18, para entender hasta sus últimas consecuencias los antecedentes y esencia de lo que acabo de afirmar, que también confundieron a Micheli, G.A. (1966). *L'onere della prova*. Padova: CEDAM., pp. 141 y ss.

37 Artículo 139.- Carga de la prueba. 1. Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

2. La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba.

38 Artículo 136. (carga de la prueba). I Quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión. II. Quien contradiga la pretensión de su adversario, debe probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos del derecho de la parte actora. III. La carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.

39 Enfoque ya expresado en Bender & Nack (1980, p. 121) y que comparte con Muñoz Sabaté (1993, p. 20).

decir, como vamos a ver en el apartado siguiente, qué niveles de convicción debe tener el juez para dar por probado un hecho (Bex & Walton, 2012, pp. 113-117). Y ello conduce al paso final no tan claramente dado por la doctrina alemana: se acaba identificando la carga de la prueba con la valoración de la misma, lo que deja sin contenido al concepto de *carga objetiva* y al de *burden of persuasion*. Es decir, bajo ambas nociones se está describiendo en realidad la valoración de la prueba, centrándose en el nivel de convicción, es decir, en la propia esencia de la valoración de la prueba.

En consecuencia, el concepto, o deja de llamarse “carga” -salvo que se la identifique con un peso, como se dijo-, o simplemente se convierte en redundante del de valoración.

Pero se deduce aún otra consecuencia importante del concepto de carga objetiva, a la que ya se hizo referencia, pero que merece la pena recordar, y que es un nuevo resultado del sistema de libre valoración y que supera la versión originaria del principio dispositivo en el que estaba basado el sistema legal como forma de controlar al juez. En el proceso se identifican hechos que deben probarse, pero, como hemos visto, por mor del principio de adquisición ya no importa quién los traiga, de manera que las pruebas aportadas por una parte y que en principio le benefician, pueden contener detalles que acaben beneficiando a la parte contraria. Y ello es relevante a efectos de valoración, porque lo que importa es que el hecho sea objeto de prueba para esclarecerlo, con independencia de quién contribuya a aclararlo, que como ya se dijo era lo único que importaba en el sistema de prueba legal. Sucede constantemente que un documento tiene detalles que pueden beneficiar al adversario, o bien que un testigo se convierte en hostil. Y ello no importa, puesto que la información que aportan esos medios de prueba es útil para el proceso, con independencia de quién aporte la prueba. Todo lo descrito, ya se ha dicho, es el llamado desde Chiovenda (1923) “principio de adquisición”, que curiosamente ha sido objeto de un estudio bastante superficial, dado que su contenido se considera simplemente lógico⁴⁰.

Y en realidad, lo es. Es una simple consecuencia del sistema de libre valoración, en el que se espera de las partes que colaboren con el juez en el esclarecimiento de los hechos (Rosenberg, Schwab & Gottwald, 2018, pp. 14-18), y no solamente que aporten medios de prueba que les beneficien, como ocurría bajo el dominio del sistema de prueba legal. Y es que finalmente el proceso, en nuestra época, se ha convertido en lo que nunca debió dejar de ser: un espacio que ponga al juez en las mejores condiciones para recibir las alegaciones de las partes y la prueba de los hechos, valorándolos libremente sin recurrir a los atajos de la carga subjetiva de la prueba, que muchas veces provocan resultados absurdos.

40 Vid. nuevamente Taruffo, M. (1970a). *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM., pp. 14-18.

Con ello se completa una evolución, pero a la vez desaparece un concepto⁴¹. Bajo el sistema de prueba libre, la utilidad de la carga objetiva se identifica con la valoración de la prueba, y la carga subjetiva deja de tener sentido con el principio de adquisición. Era quizás el único destino posible para dos instituciones que derivaban del sistema legal y tenían su lógica en ese sistema. Lo vamos a ver a continuación.

3. Concepto y variedades de estándares de prueba

Hay que profundizar en los entresijos de esa “carga” objetiva, tan similar a la *burden of persuasion* si se mira la esencia de ambas y no se atiende solamente a las definiciones doctrinales, que solo hacen que disponer fronteras artificiales entre nociones análogas o idénticas.

A lo largo de la historia y en diversas culturas jurídicas ha existido la referencia a los que actualmente se llaman, por influencia anglosajona, “estándares de prueba”⁴². Resulta sumamente interesante tomar en consideración que se trata de una temática abordada recurrentemente, a veces de manera cerrada y otras de modo más abierto, como sucede actualmente. Se ha llegado a decir que: “*Standards of proof are a simple concept, unless you stop to think about them*” (Clermont, 2018, p. 2). No es una mala orientación de partida, aunque quizás sea errónea en su destino.

Los primeros en surgir en la historia fueron los estándares del sistema de prueba legal. Conocía solamente dos de esos estándares⁴³, más un tercero que a veces se citaba pero que tenía una definición sumamente imprecisa para el proceso penal. Me refiero a la *plena probatio*, la *semiplena probatio* y, finalmente, a ese tercer estándar que conocían algunos autores llamado *probatio plenissima*, al que apenas me referiré por ser extraordinariamente impreciso su contenido⁴⁴ (Nörr, 2012, p. 129).

41 Lo apuntó o intuyó en su día Muñoz Sabaté (1967, p. 46).

42 Una perspectiva comparatista, aunque con errores, puede verse en Clermont, K.M. & Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 243-275., pp. 243 y ss. Vid. los errores de este artículo señalados y debidamente subsanados por Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, 51(3), 659-677, pp. 659 y ss. Vid. también Clermont, K.M. (2009). Standards of Proof Revisited. *Cornell Law Faculty Publications*, 33, pp. 469 y ss.

43 Cfr. Ortiz de Zúñiga, M. (1856). *Práctica general forense* (T. II). Madrid: José Rodríguez., pp. 239, 255, 257 y especialmente 271. De Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid: Imp. de Gaspar y Roig., ed p. 133.

44 La clasificación de *plenissima*, *plena* y *semiplena* era de Azzone (1581). 1 (De iudicis), 18, 19. Durante (1602). *De summaria cognitione*, 1, 2 y 3.

La *plena probatio* fue el estándar de convicción -en principio- máxima que se podía alcanzar en el proceso. Se llegaba al mismo disponiendo de un documento público -muchas veces se decía cuál debía ser exactamente⁴⁵-, o bien dos testigos presenciales, o bien a través del juramento. En realidad, en todo caso se trataba de un mismo trasfondo: el juramento. Y es que detrás de un documento público había un fedatario que juraba que era cierto, o bien los dos testigos juraban, o bien el propio litigante juraba. Por tanto, se trataba de un estándar netamente religioso para ser exactos, que hacía depender la convicción judicial de la fe, lo que lo relacionaba con la ordalía. De hecho, el juramento es una civilización de esa ordalía que suprimía el bestialismo⁴⁶. Y como se ha dicho, el nivel de convicción es máximo (Garnot, 2010, p. 29). En la época no se podía dudar de la fe, esto es, de la voluntad de la divinidad.

La *semiplena probatio* era todo lo demás, es decir, el documento privado, un solo testigo -o testigos de referencia- o un litigante que afirmaba sin jurar. Ello daba lugar a los indicios, más tarde incluidos en el estudio de las presunciones. En este punto, la valoración de estas pruebas hubiera debido de ser libre, pero en realidad se acababa sumando simplemente el número de pruebas semiplenas⁴⁷, sin valorarlas en absoluto a través de la lógica. En todo caso, se trataba de un nivel de convicción menor que el anterior. Es por ello por lo que en el proceso penal se prohibieron los testigos de referencia⁴⁸, e incluso con frecuencia la “prueba de indicios”⁴⁹, porque se trataba de obtener la *plena probatio*, es decir, un nivel de convicción máxima que permitiera alcanzar las exigencias de Ulpiano⁵⁰ de no condenar por sospechas, sino por lo que más adelante se llamaron “pruebas directas”. De hecho, la *probatio plena* era la única prueba directa, siendo indirecta el resto, es decir, la *semiplena probatio*.

Se trata, sin duda, del primer intento de estandarización de la valoración de la prueba, a fin de controlar más que de ayudar al juez, huyendo de su conciencia o intuición y haciendo que lo que ocurriera en el proceso fuera patrimonio de las partes, como pretendió con éxito el remoto *secundum allegata et probata*

45 Siguiendo las indicaciones del Codex sobre todo, aunque luego las leyes de cada territorio concretaban esos documentos a su realidad. Vid. Partida III, Tít. 18.

46 Lo explico en Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons. p. 41 y ss.

47 Vid. Jaumar y Carrera (1840): “Por regla general el conjunto de dos pruebas semiplenas equivale á una de plena, pero carecen de esta fuerza en las causas criminales y aun en las civiles cuando obsta á las dos semiplenas una de plena” (p. 48). Y Nörr (2012, p. 128).

48 Partida III, tít. XVI, Ley 28. *Constitutio criminalis Carolina* de 1532, art. 65: *Art. 65. Wie zeugenn sagen sollen. Item die zeugen sollenn sagen von jrem selbs eigen waren wissenn mit antzeigung jrs wissens gruntlicher vrsach. So sy aber vonn frembden hören sagenn wurden, das soll nit genugsam geacht werden.*

49 Partida III, tít. XIV, Ley 12.

50 Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”

(*partium*⁵¹). Pero paralelamente, ya en el siglo XVIII, en el mundo del *Common Law* surgió un estándar para el proceso penal que tendría un larguísimo recorrido, llegando hasta nuestros días, y que en su origen sólo buscó orientar a los jurados. Es el *beyond any reasonable doubt* o “más allá de toda duda razonable”⁵², en expresión española, no hay que negarlo, un tanto pintoresca, aunque recogida en estos términos por el art. 340 del Código Procesal Penal chileno de 2000⁵³ y por el art. 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano de 2014⁵⁴.

Se trata de un estándar que está demostrado que surgió de otro estándar anterior del Derecho canónico: la *certeza moral* (Whitman, 2005)⁵⁵. La misma supone que si un proceso se celebra de acuerdo con lo alegado y probado en el proceso -aspecto objetivo- ante un juez debidamente instruido que actúe racionalmente -aspecto subjetivo-, quizás no podamos asegurar que averiguemos la verdad en el proceso, pero tendremos la “certeza moral” de haberlo hecho. Pues bien, con el *más allá de toda duda razonable* se trataría de expresar en una frase las bondades de ese concepto de un modo comprensible, de manera que se transmitiera a los jurados la idea de que tenían que estar muy seguros de la culpabilidad de un reo para condenarle⁵⁶. Es decir, que la condena solo procedía con una máxima seguridad de la convicción que sienta cada jurado, esto es, con una parte esencial -el aspecto objetivo- de esa certeza moral. En la época en que se enunció, el *beyond any reasonable doubt* no fue, por tanto, realmente pensado como un estándar máximo, aunque luego se convirtiera en dicho estándar, sino como una simple instrucción para jurados. No es de extrañar que poco después los revolucionarios franceses lo expresaran en traducción libre⁵⁷ como *intime conviction*, expresión que ya tenía cierto uso en Francia antes de ese momento⁵⁸.

51 Sobre el “*partium*” me remito a cuanto indiqué en Nieva Fenoll, J. (2016b). El mal nombre del principio inquisitivo. En J. Nieva Fenoll (ed.), *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (pp. 27-48). Madrid: Marcial Pons, pp. 30 y ss.

52 Vid. Dalia, G. (2018). *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Milano: CEDAM., pp. 1 y ss.

53 Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.

54 Artículo 359. Valoración de la prueba El Tribunal de enjuiciamiento deberá hacer referencia en la motivación que realice, de todas las pruebas desahogadas, incluso de aquellas que se hayan desestimado, indicando las razones que se tuvieron para hacerlo. La motivación permitirá la expresión del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones contenidas en la resolución jurisdiccional. Sólo se podrá condenar al acusado si se llega a la convicción de su culpabilidad más allá de toda duda razonable. En caso de duda razonable, el Tribunal de enjuiciamiento absolverá al imputado.

55 Llobell Tuset (1998, p. 771). Aliste Santos (2010, pp. 667-667). Aliste Santos (2011, pp. 309 y ss).

56 Así se hizo hacia 1780 en el *Old Bailey* de Londres, como relata Whitman (2005) en *The origins of reasonable*.

57 La primera vez que lo hicieron, al traducir la obra de Blackstone, W. (1776). *Commentaires sur les lois anglaises* (traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford, t. V). Bruselas: J. L. de Boubers., p. 176, lo tradujeron simplemente como “*connoissance*” (sic).

58 Vid. por ejemplo, De la Tour, B. (1776). *Oeuvres*. Colonia., p. 41.

En realidad, se trataba de que expresaran su convicción según *the best of their knowledge*, expresión inglesa corriente que está en la base de la concepción moderna del sistema de libre valoración⁵⁹.

Pero conforme fue pasando el tiempo, el mundo del *Common Law* sintió -aunque no unánimemente⁶⁰- la necesidad de determinar mejor los niveles de convicción a fin de intentar evitar -creo que vanamente- veredictos erróneos, y así surgieron la “probabilidad preponderante” -*preponderance of evidence*- (Redmayne, 1999) o *balance of probabilities* en el Reino Unido (Murphy, 2005, p. 102) y la *clear and convincing evidence* (Redmayne, 1999, p. 187). La primera sería el estándar mínimo para dar por probado un hecho en una sentencia, que podría representarse intuitivamente con un porcentaje del 50,01 % de convicción (Guerra, Luppi & Parisi, 2019, p. 2). El segundo sería más exigente, pero un escalón por debajo del “más allá de toda duda razonable”. Surgen así, como se ve, tres estándares que recuerdan muy poderosamente a la *semiplena probatio* y a la *probatio plena*, quedando el *beyond any reasonable doubt* en el terreno de una especie de *probatio plenissima*, tan difícil de definir como aquel antiguo concepto⁶¹.

También se ha hablado de estándares inferiores a la *preponderance of evidence*, que sirven, sobre todo, en el proceso penal para iniciar actuaciones policiales. El más conocido sin duda es el de la *probable cause*⁶², pero se han desarrollado algunos más, sobre todo en la jurisprudencia estadounidense, pero que no son ni tan conocidos ni tan utilizados.

59 Blackstone (1794): “As to such evidence as the jury may have in their own consciences, by their private knowledge of facts, it was an ancient doctrine, that this had as much right to sway their judgment as the written or parol evidence which is delivered in court. And therefore it hath been often held, that though no proofs be produced on either side, yet the jury might bring in a verdict. For the oath of the jurors, to find according to their evidence, was construed to be, to do it according to the best of their own knowledge. This seems to have arisen from the ancient practice in taking recognitions of assise, at the first introduction of that remedy; the sheriff being bound to return such recognitors as knew the truth of the fact, and the recognitors, when sworn, being to retire immediately from the bar, and bring in their verdict according to their own personal knowledge, without hearing extrinsic evidence or receiving any direction from the judge. And the same doctrine (when attaints came to be extended to trials by jury, as well as to recognitions of assise) was also applied to the case of common jurors; that they might escape the heavy penalties of the attaint, in case they could shew by any additional proof, that their verdict was agreeable to the truth, though not according to the evidence produced: with which additional proof the law presumed they were privately acquainted, though it did not appear in court. But this doctrine was again gradually exploded, when attaints began to be disused, and new trials introduced in their stead. For it is quite incompatible with the grounds upon which such new trials are every day awarded, viz. that the verdict was given without, or contrary to, evidence. And therefore, together with new trials, the practice seems to have been first introduced, which now universally obtains, that if a juror knows anything of the matter in issue, he may be sworn as a witness, and give his evidence publicly in court” (pp. 373-374).

60 Son bien conocidas las críticas de Wigmore (1905) en *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law* §2497-2498, pp. 3540-3547, sobre el particular.

61 Laudan (2006, pp. 29 y ss). Doak & McGourlay (2000, pp. 82 y ss). Keane (2000, pp. 92 y ss). Choo (2009, p. 49).

62 IV enmienda de la Constitución de los EEUU. Sobre el mismo, Miranda Estrampes, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales., pp. 17 y ss.

Finalmente, en Alemania habla la doctrina de la medida de prueba -*Beweismaß*⁶³. En realidad, se trata de diferentes medidas de prueba, y ofrecen también distintos niveles de convicción, que en parte son conocidos por el Derecho continental y en parte por el *Common Law*. De este último se ha adoptado la probabilidad preponderante -*Überwiegensprinzip*- (Schweizer, 2015, p. 455) y el más allá de toda duda razonable, como estándares de convicción respectivamente del proceso civil y del proceso penal, pero existe un tercer estándar que es la *Glaubhaftmachung* (Scherer, 1996), que equivaldría a la prueba *prima facie* del Derecho español o italiano, entre otros. Significa, este último, un estándar mínimo de convicción, suficiente para la adopción de medidas cautelares en general, salvo las más graves del proceso penal, que requieren un grado de convicción superior. Se discute si debe existir también una medida de prueba en los casos del *Anscheinbeweis* -prueba de la apariencia-⁶⁴, es decir, en los supuestos donde claramente la decisión del proceso en favor del actor depende de indicios derivados de una prueba que habitualmente sería considerada insuficiente, pero que en determinados supuestos-tipo frecuentes, puede servir para dar lugar a la demanda⁶⁵. No falta quien intenta cuantificar con guarismos el *Beweismaß*.⁶⁶

Como se ve, parece que ninguna familia jurídica ha sido ajena al tema de los estándares. Quizás sea por nostalgia de las falsas seguridades que ofrecía el antiguo sistema de la *probatio plena/semplena probatio*, o probablemente por darle algún tipo de pauta a los jueces a la hora de cumplir la difícilísima labor de valorar la prueba, una vez superada la vocación de control del *secundum allegata et probata*, y habiendo asumido ya la confianza que deposita en el juez el sistema de libre valoración de la prueba. Aunque hay que tener en cuenta algunos hechos que son importantes.

En primer lugar, hablar de la probabilidad preponderante y determinarla como una conclusión más probable que improbable, no es ninguna herramienta que ayude al juez, sino que se trata de una simple descripción de su labor cotidiana. Desde luego, que para no ser arbitrario, el juez debe declarar probado lo que puede justificar a través de la motivación que le parece más probable, y no lo que le parece menos factible. Es tan obvio que no haría falta ni decirlo.

63 Leipold (1985). Gottwald (2000, p. 165 y ss). Schweizer (2015). Brinkmann (2005).

64 Me ocupé del concepto en Nieva Fenoll, J. (2016a). Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. En J. Nieva Fenoll (ed.), *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (pp. 261-280). Madrid: Marcial Pons, p. 268 y ss., traducido al alemán en Nieva Fenoll, J. (2008). Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, (13), 297-317, p. 297 y ss.

65 Vid. Brinkmann, M. (2005). *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*. Köln: Carl Heymanns Verlag KG., p. 54 y ss. pp. 54 y ss.

66 Vid. La sorprendente enumeración de autores y porcentajes que reproduce Schweizer (2015) en *Beweiswürdigung und Beweismaß*, p. 454.

En segundo lugar, debe tenerse muy presente que la definición de los estándares está sobre todo pensada para el jurado⁶⁷, a fin de ofrecer puntos de referencia que ayuden a construir la intuición inmotivada que expresa con su veredicto⁶⁸, habiéndose estudiado la posibilidad de que los jurados quizás podrían verse influidos psicológicamente por las palabras empleadas en cada estándar⁶⁹. Sin embargo, el método es tan inseguro que últimamente hasta se ha llegado a sugerir a los jurados que midan su sensación de sorpresa ante la hipótesis de que el relato de la acusación no fuera cierto⁷⁰, a fin de acreditar la contundencia de su convicción de culpabilidad. En fin, un capítulo más en la historia de una reliquia histórica -el jurado- que por absurdas razones políticas se resiste a morir.

Sea como fuere, los estándares forman parte de la *burden of persuasion*, es decir, del momento de la decisión, a diferencia de la *burden of production*, que opera solamente para los jueces en el momento de admitir las pruebas antes de que las vea el jurado, y que tiene por objeto que los jurados presencien solamente material de calidad, y no pruebas falsarias como por ejemplo dictámenes periciales basados en *junk science*, como recordó la serie de sentencias Daubert⁷¹. Es importante recordar que en el sistema estadounidense nadie debe motivar el cumplimiento de los estándares, tampoco el juez, por lo que su virtualidad se agota precisamente en ese

-
- 67 Lo reconocía Wigmore (1905) citando la opinión del Juez May: "Nevertheless, when anything more than a simple caution and a brief definition is given, the matter tends to become one of mere words, and the actual effect upon the jury, instead of being enlightenment, is rather confusion or, at the least, a continued incomprehension. In practice, these detailed amplifications of the doctrine have usually degenerated into a mere tool for counsel who desire to entrap an unwary judge into forgetfulness of some obscure precedent, or to save a cause for a new trial by quibbling, on appeal, over the verbal propriety of a form of words uttered or declined to be uttered by the judge. "No man can measure with a rule he does not understand; neither can juries determine by rules obscure in themselves and made yet more obscure by attempted definition." The effort to perpetuate and develop these unserviceable definitions is a useless one, and serves to-day chiefly to aid the purposes of the tactician. It should be wholly abandoned" §2497, pp. 3543-3544.
- 68 Vid. Dane, F.C. (1985). In Search of Reasonable Doubt. *Law and Human Behavior*, 9(2)141-158, p. 142.
- 69 Con esta idea se hizo la experimentación de Kagehiro, D.K. & Stanton, W.C. (1985). Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*, 9(2), 159-178, pp. 160 y ss.
- 70 Ginther & Cheng (2017, pp. 1081 y ss). Pardo (2018, p. 1039 y ss). Vid. también Risinger, D. (2018). Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it. *Seton Hall Law Review*, 48(4), pp. 965 y ss.
- 71 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (1993), General Electric Co. v. Joiner, 522 U.S. 136 (1997), Kumho Tire Co. v. Carmichael, 526 U.S. 137 (1999). Sobre esta jurisprudencia, vid. Faigman, D.L. (2013). The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Managing Scientific Evidence in the Age of Science. *UC Davis Law Review*, 46, p. 104. Fournier, L.R. (2016). The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5(3), 308-313, p. 308. Garrie, D.B. (2014). Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 12, pp. 122 y ss.122. Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons. Dondi, A. (1996). Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 261. Auletta, F. (2002). *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*. Padova: CEDAM. Ansell, V. (2011). *La consulenza tecnica nel processo civile*: Milano: Giuffrè Editore. Taruffo, M. (2017). Prova scientifica e giustizia civile. En AAVV *Giurisprudenza e scienza* (pp. 241-257), Roma: Bardi Edizioni., pp. 241 y ss.

punto: la convicción inmotivada de los jurados⁷². Quiero decir con ello que no hay nada realmente científico detrás de esos estándares, en el sentido de que no describen la realidad, sino un mero *desideratum* psicológico que no va a ser comprobado.

De todos modos, aunque sí se procediera a esa comprobación y confirmación a cargo de un juez, el resultado podría ser finalmente el mismo. Pese a que ha habido muy apreciables esfuerzos para dotar de contenido científico a esos estándares⁷³, lo cierto es que esos esfuerzos solo sirven para intentar guiar al juez más en su motivación que en su convicción, en el sentido de que tendrá -teóricamente- que ajustarse al contenido de los estándares a la hora de redactar sus razonamientos⁷⁴. Pero es fácil deducir que por intensos que sean los esfuerzos del juez en esa redacción, al final se van a centrar más en la argumentación de la que sea su decisión, basada en una sensación subjetiva (Rosenberg *et al.*, 2018), que en un auténtico ejercicio epistemológico, construyendo su convicción de forma gnoseológicamente correcta. Ciertamente, en cualquier cálculo existe una parte subjetiva⁷⁵, pero para ser válido ese cálculo, esa subjetividad no puede acabar siendo tan sumamente predominante como en este caso⁷⁶.

Este resultado decepcionante⁷⁷ -también para quien escribe- se comprueba no solamente leyendo las motivaciones de demasiados jueces en cuanto a su convicción probatoria, observando cómo seleccionan la información de la práctica de la prueba que les sirve para asentar su conclusión preconcebida, soliendo descartar inmotivadamente el resto. Es que, además, obrar de otra forma sería muy complicado porque es difícil incluir en la motivación de la sentencia absolutamente todos los extremos de un documento o todas las respuestas de la declaración de todos los testigos, explicando por qué le parecen al juez más o menos convincentes.

A lo más a lo que se puede aspirar es a que la motivación del juez sea intersubjetivamente razonable, en el sentido de que pueda convencer a la mayoría de observadores. Y en esa tarea es preciso realizar generalizaciones que desbordan

72 Vid. Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, 51(3), 659-677, p. 677.

73 Aparte de la doctrina estadounidense que se está citando, vid. Ferrer Beltrán, J. (2018). *Prolegomena to a theory on standards of proof: The test case for State liability for wrongful pre-trial detention* (inédito), pp. 19 y ss. Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

74 Cfr. Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28), p. 137.

75 Vid. Loevinger, L. (1992). Standards of Proof in Science and Law. *Jurimetrics Journal*, 32(3), 323-344, pp. 328-335.

76 Vid. la ilustrativa conclusión de Clermont (2009): “*The psychological mechanism for implementing standards of proof remains to be discovered. For the time being, science gives law no reason to abandon its traditional hope that its intuitive fact-finder roughly estimates the subjective probability of the burdened party’s version of fact, and then compares the probability to a set scale of coarse gradations of probability, such as asking whether the version appears more likely than not or whether the version appears almost certain*” (p. 487).

77 Cfr. Ball, V.C. (1961). The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof. *Vanderbilt Law Review*, 14, p. 830.

el contenido de los estándares, porque no se puede clasificar a través de los mismos esa convicción judicial de manera que el juez diga que está convencido, más convencido o muy convencido, lo cual, además, no deja de ser una sensación absolutamente subjetiva.

En el fondo, la lógica de los estándares, como vamos a ver enseguida, está basada en la misma lógica matemática⁷⁸ de todo el sistema de valoración legal. Recordemos que se sumaban y se pesaban pruebas, lo que hoy nos parece aberrante, pero entonces era considerado razonable. Es fácil decir que 90⁷⁹ es más que 75 y 75 más que 50, pero esa lógica aritmética no se puede hacer realidad en un sistema de libre convicción judicial⁸⁰, salvo que se pueda medir científicamente la intensidad cerebral de la convicción humana, cosa que hoy no es posible (Pečarič & Kozjek, 2016), y ni siquiera puede decirse que fuera útil (Clermont, 2018, p. 3).

Lo que intento decir se observa con la apreciación del probablemente único estándar probatorio utilizado en España con cierta conciencia de que lo es: la prueba *prima facie*⁸¹. Se trata de una convicción superficial, rápida, aunque no precipitada, que concede una tutela -habitualmente cautelar- a alguien que todavía tiene que demostrarla en un proceso. O que sirve para admitir a trámite una denuncia o querrela, o una declinatoria o una tercería de dominio, al considerar mínimamente creíble la historia que cuenta el solicitante. En realidad, esa formulación es muy probable que sea una simple secuela de la antigua *semiplena probatio*.

Pero si nos acercamos al lado práctico de esos enjuiciamientos nos daremos cuenta de que en su mayoría exigen una convicción judicial total, al menos con los datos que en ese momento están sobre la mesa, que salvo en el caso de la denuncia -y no siempre- suelen ser todos los datos que se aportarán también en el proceso. Quizás es más exacto decir que el juez, para tomar cualquier decisión, debe tener una convicción que pueda motivar razonablemente con los datos de que disponga en cada momento. Intentar medir el nivel de convicción judicial es simplemente imposible. Es una sensación tan subjetiva como los intentos de objetivar el contenido de cada estándar (Ferrer Beltrán, 2018). En realidad, cuando se intenta esa objetivación se cae en la misma subjetividad, al contener dicha objetivación elementos valorativos difícilmente justificables hasta las últimas consecuencias (González Lagier, 2018, p. 13).

78 Vid. DeKay, M.L. (1996). The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards Of Proof. *Law & Social Inquiry*, 21(1), 95-132, p. 97.

79 Es el porcentaje que suele citarse como referencia del *beyond any reasonable doubt*. Vid. Vars, F.E. (2010). Toward general theory of standards of proof. *Catholic University Law Review*, 60(1), p. 2.

80 Aunque algunos sugieren la interesante conclusión de que una referencia numérica puede orientar eficazmente a los jurados. Magnussen, Eilertsen, Teigen & Wessel (2014, pp. 196 y ss).

81 Sobre el concepto, Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

En suma, como antes se dijo, bien parece que en este contexto se esté expresando una añoranza por las seguridades del pasado de la prueba legal. Esas seguridades pueden obtenerse a veces, cuando todo el material probatorio es unívoco. Pero si no lo es -y a veces no lo es-, inevitablemente se entra en el subjetivismo para intentar -no nos engañemos- adivinar lo que ocurrió. Y justamente ahí es cuando olvidamos la afirmación de uno de los pocos juristas que, a mi juicio, sin llevar la cuestión al cumplimiento de ningún estándar, centró el tema de manera más correcta y útil.

Me estoy refiriendo a Ulpiano y su referencia a las sospechas: “Pero Trajano respondió por rescripto a Adsiduo Severo que nadie debía ser condenado por sospechas: es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente”⁸².

No es controvertido lo que es una sospecha. Es lo contrario de una certeza, es decir, una incertidumbre. Lo que dijo el jurista romano es bien fácil de entender, aunque suene duro a los punitivistas. Es preferible que se escapen delincuentes a que condenemos a un inocente. Si no podemos afirmar tajantemente que alguien ha cometido un delito, debemos absolverlo. Y por supuesto, podríamos decir que Ulpiano -pese a la época a la que pertenece- era un “inocentista” y, por tanto, un exagerado, y que lo correcto es condenar cuando existen datos probatorios que involucran a un sujeto con el crimen, pero también datos en sentido contrario igualmente fiables. No obstante, seguimos respetando la máxima de Ulpiano, es decir, la presunción de inocencia, porque nos sigue pareciendo -ojalá que por mucho tiempo⁸³- lo más justo.

Por ello, creo que ha sido más certera la estrategia de la probabilidad inductiva (Cohen, 1977, p. 121), tanto en su método como en sus resultados, compatibles además con las orientaciones de la psicología sobre el particular (Johnson-Laird, 1994) y hasta con algunos desarrollos doctrinales sobre los estándares de prueba. La idea consiste en trazar hipótesis bien construidas que expliquen un relato de hechos relevante para el proceso. Solo si logramos descartar razonablemente todas las hipótesis alternativas a la del relato de culpabilidad, podremos condenar, y siempre que este relato sea también razonable. Eso es justo lo que reclamaba Ulpiano. Pero, intentar elevar este acertado *modus operandi* o estrategia a la ca-

82 Dig. L. 48, tít. 19, 5. Ulpiano: “*Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescripsit: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”.

83 Aunque existen ya voces que empiezan a pronunciarse parcialmente en contra, sugiriendo emplear un estándar de prueba más bajo para los reos reincidentes, lo que puede esconder una intención de orillar finalmente la presunción de inocencia. Vid. Laudan, L. (2018). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously. *Seton Hall Law Review*, 48(4), pp. 1243 y ss.

tegoría de estándar me parece desacertado, porque no es posible explicarlo con el detalle que precisa la seguridad que debiera dar un estándar.

Bien al contrario, tanto a un juez como -muy especialmente- a un jurado, sería mucho más útil decirles que deben elaborar hipótesis diferentes sobre cómo sucedieron los hechos, procediendo al descarte de las que no les parezcan razonables. Si ninguna les parece razonable, deben absolver, aunque no hayan logrado configurar un relato. Solo si una hipótesis inculpatoria parece razonable y se pueden descartar, no por intuición, sino con argumentos, las hipótesis de inocencia, se podrá condenar legítimamente. No hay que dejarse llevar por la rabia contra alguien que prejuzgamos como delincuente y que nos produce coraje que pueda escaparse. Esa debería ser la segunda advertencia, insisto, tanto a jueces como a jurados, allí donde todavía existan.

Y lo mismo debe ocurrir en un proceso civil, aunque sin la referencia de la presunción de inocencia, lo que, por cierto, hace las cosas más complicadas. En un proceso civil aparecerán varias hipótesis de lo que es razonable. El juez debe escoger la que pueda fundamentar mejor, sin deber preferir por defecto la opción que beneficia a una de las partes. En el proceso penal sí debe existir esa preferencia para compensar la desigualdad que en el proceso le produce al reo el enorme poder investigador del Estado -particularmente de la policía- que puede convertir muy fácilmente a un inocente en culpable. Y, además, para combatir el enorme prejuicio social de culpabilidad que padece toda la población humana, y que es la principal razón de existencia de la presunción de inocencia (Nieva Fenoll, 2013, p. 75).

En consecuencia, en mi opinión es conveniente huir de la lógica de los estándares de prueba. Fueron pensados, primero, para controlar a los jueces, y más adelante para orientar a jurados, sobre todo. Pero ni aquellos lograron una mejor justicia, ni estos han logrado poseer el empirismo necesario para ser considerados realmente científicos, más allá de una posible virtualidad en la orientación del comportamiento de un juez (Demougin & Fluet, 2005). Bien al contrario, es mejor enfrentarse con la realidad y sus múltiples caras tal y como es, seleccionando la que el juez pueda justificar que es más razonable. Poco más -y no es poco- puede hacerse.

4. Las razones del sistema de prueba legal

Se han dicho ya algunas de las razones del sistema de prueba legal y se ha explicado sumariamente cómo funcionaba este absurdo escenario probatorio. Pero conviene profundizar en esas razones del sistema, que ciertamente las tenía.

Aunque no se ha dicho habitualmente de ese modo, cuando se repasan las resistencias doctrinales que durante el siglo XIX se sucedieron para suprimir el

sistema de prueba legal⁸⁴, sobre todo en el proceso civil, se descubren claramente cuáles fueron esas razones de por qué la doctrina concibió un sistema en el que el juez no pudiera introducir hechos en el proceso, no pudiera ser proactivo con las alegaciones de las partes y no pudiera valorar la prueba a su voluntad.

En el siglo XIX temían los abogados que los procesos se les fueran de las manos. Lo siguen temiendo aún hoy muchos cada vez que oyen hablar de prueba de oficio. Pues bien, ese terror en el siglo XII estaba perfectamente justificado en la época⁸⁵. Los jueces eran simples delegados del poder político. Por tanto, carecían de independencia y además adolecían de una preparación muy precaria, básicamente la que cabe suponer en un jurista antes del nacimiento de las Universidades, y, sobre todo, en alguien que es designado por el poder político, lo que hace pensar en él como un “amigo” o protegido, es decir, un inepto. En alguien así no podían confiar los primeros juristas universitarios de la historia y, mucho menos, para encomendarles las controversias comerciales propias de su nivel estamental, que no era el de la nobleza o realeza que había designado al juez.

Por tanto, diseñaron un sistema en el que el juez tiene que trabajar lo menos posible. No puede utilizar su intuición o consciencia ni tampoco su conocimiento privado de los hechos, sino que solamente podía juzgar *secundum allegata et probata (partium)*. Así nació el principio dispositivo⁸⁶, del que mucho después emanó el principio de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*) (Jauernig & Hess, 2011, p. 97). No se le permitió tampoco ir *ultra petita partium*. En el fondo, se trata de una expresión medieval del derecho de defensa. En ese contexto las partes podían atacarse y defenderse sin que el juez interfiriera o se decantara por una u otra. Y así consiguieron, además de garantizar el derecho de defensa, a un juez independiente e imparcial.

Pero, aunque el juez no interfiriera en lo que alegaban y aportaban como prueba las partes, siempre podía escapar del control de los litigantes sobre el objeto del juicio valorando la prueba libremente. Justamente esto último es lo que impidió el sistema de prueba legal. Solo se daría por probado lo que dijera la ley, a través de la *plena probatio*. Todo el resto sería una prueba imperfecta, es decir, la *semiplena probatio*, que sí que era claramente susceptible de valoración libre, aunque en general los jueces se limitaban a “pesar” dicha prueba (Jamar y Carrera, 1840, p. 48).

84 Vid. Gneist, R. (1849). *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*. Berlin: L. Oehmigke., p. 62. Bähr, O. (1887). Die Grenzen der freien Beweistheorie. En *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (T. 25), p. 413. Heusler, A. (1879). Die Grundlagen des Beweisrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, 62(H. 2), 209-319, p. 305.

85 Lo explico en Nieva Fenoll, J. (2017a). La actuación de oficio del juez nacional europeo. *Diario La Ley* (9000).

86 Jauernig & Hess (2011, p. 93). Rosenberg *et al.* (2018, pp. 425 y ss). Serra Domínguez (1972, p. 520). Etxeberria Guridi (2003, pp. 31 y ss).

Sin embargo, entonces entró en juego otro factor que aún se observa en algunos lugares en los que se conserva la prueba legal, y que de hecho explica las decisiones de no pocos servidores públicos y a veces también privados: la minimización de la carga cognitiva (Garnham & Oakhill, 1994, p. 288), o ley del mínimo esfuerzo. Dicha “ley” dicta que ante una perspectiva de decisión, el ser humano tiene la tendencia a adoptar la que le cuesta menor esfuerzo cognitivo. Pues bien, el sistema legal era un sistema realmente fácil de aplicar en la práctica. Solamente había que sumar testigos, tomar juramentos y comprobar que un documento es público. No es de extrañar que este sistema provocara el absentismo de los jueces, porque no hacían la más mínima falta. En realidad, el juez pasó a ser lo que es ahora todavía en demasiadas latitudes. Un sujeto cargado de un halo de autoridad que simplemente firma el trabajo mecánico que hace el personal de su juzgado.

No es nada extraño que varios autores quisieran que el sistema cambiara para que los jueces, por su propio sentido común, acreditaran la realidad al margen de las injusticias de las pruebas legales. El mismo Voltaire (1829, pp. 104) fue uno de los más destacados en contra del sistema y que, por tanto, puso las bases del cambio.

5. Las razones del sistema de libre valoración de la prueba

Bentham (1823) fue probablemente quien hirió de muerte el sistema de prueba legal⁸⁷. La justificación era muy sencilla: es un sistema contrario a la lógica, sin más. No podía ser que en un caso concreto todo el mundo viera racionalmente una determinada realidad, y en cambio la justicia se separara de la realidad por culpa del sistema de valoración legal. Es probable que la incomprensión social por las decisiones de los jueces venga de entonces, momento en el que, sin duda, se creó la idea de que una cosa era la verdad y otra lo que declaraban los jueces. Los conceptos de verdad formal y verdad material, que describían muy gráficamente el antiguo y el nuevo sistema respectivamente, trataron justamente de desautorizar al sistema legal⁸⁸, aunque luego fueran tal mal entendidos.

87 Bentham (1823): “...on remonte à l’origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l’œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L’histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d’effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s’est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets” (p. 9).

88 Busch, F.B. (1854). Der Zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil- und Strassachen, und die daraus entstehenden Nachtheile. *Archiv für die civilistische Praxis*, 37(H. 1), 63-92., p. 65. Endemann (1858, p. 324).

Por tanto, lo que correspondía era desmontar el sistema. Si se renuncia a la valoración legal, automáticamente debe caer también la idea de que las partes deben aportar al proceso la prueba que les favorezca, por lo que se abre paso el principio de adquisición procesal y deja de tener sentido la carga subjetiva de la prueba. Y si, como hemos visto, la carga objetiva al final se centra en una cuestión de pura valoración racional, el concepto de carga objetiva decae también. Se supera así la noción de carga de la prueba por completo.

Incluso, se empieza a apuntar el paso siguiente, que consiste en acabar de desmontar el *secundum allegata et probata*, abriendo la puerta a la prueba de oficio, atribuyendo una confianza al juez que no tuvo en el pasado. Todos los pasos citados fueron o son polémicos, pero este último en concreto ha despertado unas inquinas doctrinales impropias⁸⁹ que han oscurecido la intención de fondo: que el sistema de valoración libre pueda desplegar todos sus efectos.

En Derecho siempre es muy costoso y arriesgado luchar contra la tradición, pero es obligado hacerlo si sigue parámetros absurdos. El problema es que cuando se desmonta un sistema hay que construir una alternativa razonable, y ahí fallaron todos los tratadistas del siglo XIX y de buena parte del XX. Probablemente tenían tanta confianza en el Imperio de la Razón que pensaron que se impondría por sí sola. No fue así. Los jueces fueron utilizando las expresiones “íntima convicción”, “sana crítica” o “máximas de la experiencia”, simplemente para encubrir con una frase hermosa el uso de su propia intuición. Hay que reconocer que se les había dejado a los pies de los caballos. Del cómodo sistema de valoración legal pasaron de repente a la nada. Y, encima, se les exigía que motivaran.

Los intentos de orientarles realmente tardaron aún mucho tiempo. Los estándares probatorios, pura reminiscencia mimética del sistema legal, no sirvieron de mucho, pero al menos pusieron el objetivo en el lugar adecuado, el razonamiento judicial, convirtiendo el problema en una cuestión epistemológica, lo que es acertado y propició trabajos de procesalistas con profunda formación filosófica como Michele Taruffo⁹⁰, o directamente de filósofos del Derecho⁹¹. Ellos han ayudado a centrar el problema en su justa dimensión y han puesto encima de la mesa las carencias estructurales del sistema.

Esas carencias son el problema actual de la valoración libre. Empieza a estar asumido el reconocimiento de que para valorar la prueba hay que salir del Derecho

89 Endemann (1858, p. 289 y ss). Wach (1872, pp. 331 y ss). Von Canstein (1880, p. 351). Cavallone (2010, p. 31). Montero Aroca, Gómez Colomer y Barona Vilar (2012, p. 266). Alvarado Velloso (2006, p. 25). Cipriani (2006, p. 93).

90 Entre otros muchos trabajos, Taruffo, M. (1970b). *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM. Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos [la prova dei fatti giuridici]* (trad. Jordi Ferrer Beltrán). Milano: Editorial Trotta.

91 Por todos, Laudan (2006). Haack (2014). Gascón Abellán (2004). Ferrer Beltrán (2007). Ferrer Beltrán (2005).

y mirar a la ciencia⁹². De ahí que la psicología del testimonio (Manzanero, 2008)⁹³, haya supuesto una herramienta esencial en las pruebas de interrogatorio, o que la semiótica textual nos esté ayudando a interpretar debidamente los documentos, más allá de su lectura.

Habiendo avanzado muchísimo en materia de razonamiento probatorio con resultados bien tangibles, a mi juicio, el problema actual más acuciante de la valoración de la prueba se centra en la prueba pericial (Nieva Fenoll, 2017b, p. 85). Le pedimos a un no experto -el juez- que valore la labor de un experto: el perito. Es más o menos lo mismo que pedirle a un biólogo que valore una sentencia sobre cosa juzgada. Daubert nos ha ayudado a poner sobre las vías de la racionalidad este auténtico disparate, pero aún falta mucho por hacer.

En todo caso, 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. Queda para el futuro el resultado procesal que ello provocará, que se verá afectado, además, por otros factores relevantes, entre ellos el tecnológico (Nieva Fenoll, 2018, p. 79). De todas maneras, especialmente con este último, habrá que estar muy pendiente de no perder la racionalidad a cambio de cálculos estadísticos sesgados y oscurantistas. El Imperio de la Razón fue una conquista social. Merecería la pena no perderlo.

6. Referencias bibliográficas

- Accursius, e. a. (1604). *Corporis Iustinianaei Digestum Vetus, seu Pandectarum* (vol. 6). Lyon.
- Aliste Santos, T. J. (2011). *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons.
- Aliste Santos, T. J. (2010). Relevancia del concepto canónico de “certeza moral” para la motivación judicial de la “quaestio facti” en el proceso civil. *Ius ecclesiae*, 22 (3), 651-672.
- Alvarado Velloso, A. (2006). *La prueba judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ansanelli, V. (2011). *La consulenza tecnica nel processo civile*. Milano: Giuffrè Editore.
- Auletta, F. (2002). *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*. Padova: CEDAM.
- Azzone (o Azo o Azón). (1567). *Brocardica (aurea). sive generalia iuris* (rúbrica XX). Basilea.
- Azzone. (1581). *Summa Azonis* (lib. III). Venecia.
- Bähr, O. (1887). Die Grenzen der freien Beweistheorie. En *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (T. 25).

92 Es el enfoque que seguí en Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

93 Por todos.

- Ball, V.C. (1961). *The Moment of the Truth: Probability Theory and Standards of Proof. Vanderbilt Law Review*, 14.
- Bar, L. (1867). *Recht und Beweis im Zivilprozesse*. Leipzig.
- Bender, R., Nack, A. & Treuer, W-D. (2007). *Tatsachenfeststellung vor Gericht*. München: Beck
- Bender, R. & Nack, A. (1980). *Grundzüge einer Allgemeinen Beweislehre. Deutsche Richterzeitung*.
- Bentham, J. (1823). *Traité des preuves judiciaires* (t. II). Paris: Bossange.
- Besso-Marcheis, CH. (2015). La vicinanza della prova. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 16, 93-111. Recuperado de <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>
- Bex, F. & Walton, D. (2012). Burdens and standards of proof for inference to the best explanation: Three case studies. *Law, Probability and Risk*, 11(2-3), 113-133.
- Blackstone, W. (1776). *Commentaires sur les loix angloise* (traduits de l'Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gomicourt sur la quatrieme edition d'Oxford, t. V). Bruselas: J. L. de Boubers.
- Blackstone, W. (1794). *Commentaries on the Laws of England* (III). London: Verlag Jürgen Beck.
- Brinkmann, M. (2005). *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht. Köln: Carl Heymanns*.
- Busch, F.B. (1854). Der Zwiespalt der deutschen Gesetzgebungen in Bezug auf den Beweis in Civil-und Strassachen, und die daraus entstehenden Nachtheile. *Archiv für die civilistische Praxis*, 37(H. 1), 63-92
- Cavallone, B. (2010). Defensa de la verifobia. En Cavallone, B. & Taruffo, M. (eds.), *Verifobia, un diálogo sobre prueba y verdad* (pp. 11-52). Lima: Palestra.
- Cipriani, F. (2006). El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes. En Montero Aroca, J. (coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (pp. 89-104). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clermont, K. M. (2009). Standards of Proof Revisited. *Cornell Law Faculty Publications*, 33.
- Clermont, K. M. (2018). Staying Faithful to the Standards of Proof. *Cornell Legal Studies Research Paper Forthcoming*, 18-45.
- Clermont, K. M. & Sherwin, E. (2002). A Comparative View of Standards of Proof. *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 243-275.
- Cohen, L. J. (1977). *The probable and the provable*. Oxford: Clarendon Press.
- Chiovenda, G. (1923). *Principi di Diritto Processuale* (3ª ed). Napoli: Editrice N. JOVENE E.C.
- Choo, A. L-T. (2009). *Evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- D'alessandro, E. (2018) Onere della prova e legge applicabile. *Giurisprudenza italiana*.
- Dalia, G. (2018). *Convincimento giudiziale e ragionevole dubbio*. Milano: CEDAM.
- Dane, F.C. (1985). In Search of Reasonable Doubt. *Law and Human Behavior*, 9(2)141-158.

- De Fano, M. (1584). *Negativa qualiter probanda*. En AAVV, *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus* (T. IV). ("Probandi facilitas transmittit onus probationis. Legitimatío personae standi in iudicio per quem probanda"). Venecia.
- De la Tour, B. (1776). *Oeuvres*. Colonia.
- De Vicente y Caravantes, J. (1856). *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Madrid: Imp. de Gaspar y Roig.
- DeKay, M.L. (1996). The difference between Blackstone-Like Error Ratios and Probabilistic Standards Of Proof. *Law & Social Inquiry*, 21(1), 95-132.
- Demougin, D. & Fluét, C. (2005). Deterrence vs. Judicial Error: A Comparative View of Standards of Proof. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 161.
- Dennis, I. (2013). *The Law of Evidence*. London: Sweet & Maxwell.
- Doak, J. & McGourlay, C. (2009). *Criminal evidence in context*. London - New York: Routledge-Cavendish.
- Dondi, A. (1996). Paradigmi processuali ed 'expert witness testimony' nel diritto statunitense. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 261.
- Durante. (1602). *Speculum iuris* (lib. I). Venecia.
- Endemann, W. (1858). Die Folgen freier Beweisprüfung im Civilprozesse. *Archiv für die civilistische Praxis*, 41(H. 3), 289-345.
- Escaler Bascompte, R. (2017). *La carga de la prueba*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Etxeberria Guridi, J. F. (2003). *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Faigman, D. L. (2013). The Daubert Revolution and the Birth of Modernity: Maniging Scientific Evidence in the Age of Science. *UC Davis Law Review*, 46.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2018). *Prolegomena to a theory on standards of proof. The test case for State liability for wrongful pre-trial detention* (inédito).
- Fournier, L. R. (2016). The Daubert Guidelines: Usefulness, Utilization, and Suggestions for Improving Quality Control. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 5(3), 308-313.
- Garnham, A. & Oakhill, J. (1994). *Thinking and reasoning [Manual de psicología del pensamiento]* (trad. Juarros Daussá, E.). Barcelona: Paidós.
- Garnot, B. (2010). *Voltaire et la justice d'ancien régime: la médiatisation d'une imposture intellectuelle*. Paris: Nouveau Monde Éditions.
- Garrie, D. B. (2014). Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*. 12.

- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (28).
- Gascón Abellán, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ginther, M. & Cheng, E. K. (2017). Surprise vs. Probability as a Metric for Proof. *Seton Hall Law Review*, 48.
- Glaser, J. (1883). *Handbuch des Strafprozesses* (vol. I).
- Gneist, R. (1849). *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland*. Berlin: L. Oehmigk.
- González Lagier, D. (2018). *Prueba y argumentación. ¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba* (inédito).
- Gordon, T. F. & Walton, D. (2011, July). A formal model of legal proof standards and burdens. Paper presented in: *7th Conference International Society for the Study of Argumentation (ISSA): of the International Society for the Study of Argumentation 2010*. Proceedings, Amsterdam.
- Gottwald, P. (2000). Das flexible Beweismaß im englischen und deutschen Zivilprozess. En: Gottwald, P, Jayme, E., & Schwab, D., D (eds.), *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag*, 1. Dezember, 2000. Bielefeld: Giesecking, 165-176.
- Gräfe, U. (2011). *Leo Rosenberg - Leben und Wirken (1879-1963)*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, Edición: 1. Auflage.
- Grunsky, W. (2003). *Zivilprozessrecht*. Bielefeld.
- Guerra, A., Luppi, B. & Parisi, F. (2019). Standards of Proof and Civil Litigation: A game-Theoretic Analysis. *The BE Journal of Theoretical Economics*, 19(1).
- Haack, S. (2014). *Evidence Matters*. New York: Cambridge University Press.
- Heusler, A. (1879). Die Grundlagen des Beweisrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*, 62(H. 2), 209-319.
- Jauernig, O. & Hess, B. (2011). *Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck.
- Jaumar y Carrera, J. (1840). *Práctica forense*. Barcelona: J. Boet.
- Johnson-Laird, P. N. (1994). Mental models and probabilistic thinking. *Cognition*, 50(1-3), 189-209.
- Kagehiro, D. K. & Stanton, W. C. (1985). Legal vs. quantified definitions of standards of proof. *Law and Human Behavior*, 9(2), 159-178.
- Kaser, M. (1996). *Das römische Zivilprozessrecht*. München: C.H. Beck.
- Keane, A. (2000). *The modern law of evidence*. London: Butterworths.
- Kohler, J. (con Holtzendorff). (1904). *Encyclopädie der Rechtswissenschaft* (vol. 3). Leipzig: Forgotten Books.
- Lara Peinado, F. (1997). *Código de Hammurabi*. Madrid: Tecnos.

- Laudan, L. (2006). *Truth, error and criminal law: an essay in legal epistemology*. New York: Cambridge University Press.
- Laudan, L. (2018). Different Strokes for Different Folks: Fixing the Error Pattern in Criminal Prosecutions by Empiricizing the Rules of Criminal Law and Taking False Acquittals and Serial Offenders Seriously. *Seton Hall Law Review*, 48(4).
- Laumen, H-W. (2009). Grundbegriffe der Beweislast. En Baumgärtel, Laumen, Prütting (eds.), *Handbuch der*. München: Carl Heymanns.
- Leipold, D. (1985). *Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß*. Berlin: De Gruyter.
- Leipold, D. (1997). Comentario al §286 ZPO. En Stein, J., *Kommentar zur ZPO*. Tübingen.
- Lessona, C. (1928). *Teoría general de la prueba en Derecho Civil (Parte General)* (Trad. Aguilera de Paz, E.). Madrid: Editorial Reus S.A.
- Loevinger, L. (1992). Standards of Proof in Science and Law. *Jurimetrics Journal*, 32(3), 323-344.
- Lücke, W. (2011). *Zivilprozessrecht*. München.
- Llobell Tuset, J. (1998). La certezza morale nel processo canonico matrimoniale. *Il Diritto Ecclesiástico*, 1, 758-802.
- Magnussen, S., Eilertsen, D. E., Teigen, K. H. & Wessel, E. (2014). The Probability of Guilt in Criminal Cases: Are People Aware of Being 'Beyond Reasonable Doubt'?. *Applied cognitive psychology*, 28(2), 196-203.
- Manzanero, A. L. (2008). *Psicología del testimonio*. Madrid: Pirámide.
- Micheli, G. A. (1966). *L'onere della prova*. Padova: CEDAM.
- Miranda Estrampes, M. (2019). *Prueba ilícita y regla de exclusión en el sistema estadounidense. Crónica de una muerte anunciada*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Montero Aroca, J. (2005). *La prueba en el proceso civil*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L. y Barona Vilar, S. B. (2012). *Derecho jurisdiccional (I)*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Muñoz Sabaté, Ll. (1967). *Técnica probatoria*. Barcelona: Editorial Praxis.
- Muñoz Sabaté, Ll. (1993). *Técnica probatoria* (3ª ed.). Barcelona: Editorial Praxis.
- Murphy, P. (2005). *Murphy on evidence*. Oxford: Oxford University Press.
- Musielak, H-J. (2002). *Grundkurs ZPO*. München.
- Nieva Fenoll, J. (2007). *Enjuiciamiento prima facie*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.
- Nieva Fenoll, J. (2008). Beweislast und Beweiswürdigung: Begriffe, die einer Überprüfung bedürfen. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, (13), 297-317.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2013). *La duda en el proceso penal*. Madrid. Marcial Pons.

- Nieva Fenoll, J. (2016a). Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión. En Nieva Fenoll, J. (ed.), *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (pp. 261-280). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2016b). El mal nombre del principio inquisitivo. En Nieva Fenoll, J. (ed.), *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición* (pp. 27-48). Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2017a). La actuación de oficio del juez nacional europeo. *Diario La Ley*, (9000).
- Nieva Fenoll, J. (2017b). Repensando Daubert: la paradoja de la prueba pericial. En Miranda Vázquez, C. (coord.), *Peritaje y prueba pericial* (85-101). Barcelona: Bosch.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Nieva Fenoll, J. (2019a). I poteri d'ufficio del giudice nazionale europeo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, 1223.
- Nieva Fenoll, J. (2019b). *Derecho procesal II. Proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J. (2019c). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (eds.), *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Nörr, K. W. (1967). *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*. München: Münchener Universitätsschriften.
- Nörr, K.W. (2012). *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*. Berlin: Springer.
- Ortiz de Zúñiga, M. (1856). *Práctica general forense* (T. II). Madrid: José Rodríguez.
- Pardo, M. S. (2018). Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on risinger's surprise theory. *Seton Hall Law Review*, 48(4).
- Pečarič, M. & Kozjek, T. (2016). From rational to more rational standards of proof. *International Journal of Public Policy*, 12(3-6), 115-129.
- Peyrano, J. W. (2008). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Pohle, P. (2014). *Zivilprozessrecht*. München.
- Prakken, H. & Sartor, G. (2009). A Logical Analysis of Burdens of Proof. En Kaptein, H., Prakken, H. & Verheij, B. (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic* (pp. 223-253). Farnham: Ashgate Publishing.
- Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: La influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. *Ius et Praxis*, 16(1), 453-464.
- Redmayne, M. (1999). Standards of Proof in Civil Litigation. *Modern Law Review*, 62(2).
- Risinger, D. (2018). Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it. *Seton Hall Law Review*, 48(4).
- Rosenberg, L. (1923). *Die Beweislast*. Berlin: C.H.
- Rosenberg, L. (1929). *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts*. Berlin.

- Rosenberg, L., Schwab, K.H. & Gottwald, P. (2018). *Zivilprozeßrecht*. München: C.H. Beck.
- Scherer, I. (1996). *Das Beweismaß bei der Glaubhaftmachung*. Köln.
- Schilken, E. (2006). *Zivilprozessrecht*. München: Carl Heymanns Verlag KG.
- Schweizer, M. (2015). *Beweiswürdigung und Beweismaß*. Tübingen: Mohr Seibek.
- Serra Domínguez, M. (1972). Liberalización y socialización del proceso civil. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, (2-3).
- Serra Domínguez, M. (1991a). Comentario al art. 1214. En Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa.
- Serra Domínguez, M. (1991b). *Comentario al art. 1252 del Código Civil*. En Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales (Tomo XVI, vol. 2)*. Madrid: Edersa.
- Sundelin, P. (1860). *Die Staats-Anwaltschaft in Deutschland*. Anklam.
- Taruffo, M. (1970a). *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM.
- Taruffo, M. (1970b). *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos* [la prova dei fatti giuridici] (trad. Ferrer Beltrán, J.). Milano: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2003). Rethinking the Standards of Proof. *American Journal of Comparative Law*, 51(3), 659-677.
- Taruffo, M. (2012). La valutazione delle prove. En Taruffo, M. (dir.), *La prova nel processo civile. En la serie Cicu / Messineo / Mengoni / Schlesinger, Trattato di Diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè Editore.
- Taruffo, M. (2017). Prova científica e giustizia civile. En AAVV *Giurisprudenza e scienza* (pp. 241-257), Roma: Bardi Edizioni.
- Vars, F. E. (2010). Toward general theory of standards of proof. *Catholic University Law Review*, 60(1).
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid: Marcial Pons.
- Voltaire, F.-M. A. (1829). *Oeuvres complètes de Voltaire* (T. XXXVI, *Politique et législation*, vol. 4). Bruselas.
- Von Canstein, R. F. (1880). Die Grundlagen des Beweisrechts, *ZZP* (2).
- Wach, A. (1872). Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 14.
- Wach, A. (1901). Beweislast nach dem BGB. *ZZP*, 29.
- Wach, A. (1925). Rez. Rosenberg, Beweislast, 2. Auflage. *Juristische Wochenschrift*, 54.
- Weber, A. D. (1805). *Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß*. Halle.
- Whitman, J. Q. (2005). *The origins of reasonable doubt*. New Haven: Yale University Press.
- Wigmore, J. H. (1905). *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law* (vol. IV). Boston: Little, Brown & Co.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Sin título

Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos*

Dimaro Alexis Agudelo-Mejía**

Resumen

El presente artículo aborda las tendencias actuales del derecho probatorio civil en los Estados Unidos a partir de los conceptos fundamentales que lo componen, como son la carga de la prueba, las presunciones, la carga de producción, la carga de persuasión, la inversión de la carga de la prueba y el descubrimiento probatorio, como instituciones que hacen parte del denominado excepcionalismo estadounidense. Todo lo anterior se analiza tomando en cuenta algunas características propias de la tradición jurídica del *common law*, es decir, los jurados y los estándares de prueba. Estas instituciones se contrastan con las instituciones del derecho probatorio civil de los países del *civil law*.

Palabras clave: Derecho probatorio; derecho civil; common law; carga de la prueba; presunciones.

Current trends in United States civil probatory law

Abstract

This article discusses current trends in civil probatory law in the United States based on its fundamental concepts such as burden of proof, presumptions, burden of production, burden of persuasion, reversal of burden of proof, and discovery of evidence, as institutions that are part of so-called American exceptionalism. All of the above is analyzed taking into account some characteristics of common law legal tradition, such as juries and standards of proof. These institutions are in contrast to the institutions of civil probatory law in civil law countries.

Key words: Probatory law; civil law; common law; burden of proof; presumptions.

Tendências atuais do direito probatório civil dos Estados Unidos

Resumo

Este artigo aborda as tendências atuais do direito probatório civil nos Estados Unidos, partindo dos conceitos fundamentais compostos pelo ônus da prova, as presunções legais, o ônus de produção, o ônus de persuasão racional, a inversão do ônus da prova e o descobrimento probatório, como instituições que são parte da denominada Excepcionalidade Americana. Todos esses temas são analisados considerando algumas características próprias da tradição jurídica do *common law*, como são os jurados e as provas padrão. Estas instituições se contrastam com as instituições de direito probatório civil dos países do *civil law*.

Palavras-chave: Direito probatório; direito civil; *common law*; ônus da prova; presunções.

* Artículo de investigación. El presente es resultado parcial de la investigación desarrollada para obtener el título de Doctor en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Colombia, titulada: "Los cambios estructurales de la Ley como fuente de derecho en las tradiciones jurídicas *civil law* y *common law*. Referencia especial a los sistemas jurídicos de Colombia y Estados Unidos".

** Doctor y magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Abogado de la Universidad Católica Luis Amigó. Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Colombia. Correo electrónico: dagudelo@udem.edu.co. ORCID: 0000-0001-6184-124X



Tendencias actuales del derecho probatorio civil de los Estados Unidos

Introducción

El estudio del derecho de los Estados Unidos se ha convertido en los años recientes en un tema de interés para los abogados de sistemas jurídicos foráneos, como es el caso de los países de tradición civilista (*civil law*). Esta tendencia se ha dado, en parte, debido a la influencia de la doctrina norteamericana en los estudios de derecho, así como también por las recientes reformas procesales que han surgido y que se siguen impulsando en diversos países civilistas, especialmente latinoamericanos, en los cuales se han incluido instituciones que se asemejan en su forma a las existentes en el derecho de aquel país. Todo esto ha despertado un interés lógico por conocer cómo es y cómo se desarrolla el derecho procesal en aquellas latitudes, lo que, a su vez, deriva en una mejor comprensión de los cambios actuales en el campo del derecho procesal occidental y en un mejor conocimiento del derecho procesal propio.

Uno de los temas que más interés ha despertado en la comunidad académica es el derecho probatorio, especialmente en instituciones como la carga de la prueba, la inversión de la carga de la prueba, las presunciones, los estándares de prueba, el descubrimiento probatorio, entre otros, que hacen parte de lo denominado en la doctrina jurídica como el “excepcionalismo norteamericano” (Mullenix, 2014). En el presente escrito se pretende dar una mirada a ese excepcionalismo norteamericano a través de las instituciones del derecho probatorio, a fin de conocer sus características y determinar cuál es la tendencia actual en esta materia en el derecho de ese país.

Metodología

En el presente artículo se empleó un método de estudio teórico analítico, con un enfoque cualitativo. Se emplearon herramientas del derecho comparado, específicamente, la contrastación de instituciones jurídicas procesales y probatorias entre el derecho de los Estados Unidos y el de países civilistas, tomando en cuenta el contexto propio de cada sistema jurídico, a saber, la tradición a la cual pertenece.

1. La carga de la prueba en el derecho norteamericano

La carga de la prueba en el derecho de los Estados Unidos, al igual que en varios países del *common law*, recibe el nombre de *burden of proof* y se encuentra regulada en las Reglas Federales de la Prueba (*Federal Rules of Evidence*) de 1973, que constituyen una especie de código probatorio como producto la codificación del derecho que se viene presentando en los países del *common law* desde mediados del siglo XX (Agudelo Mejía, Pabón Giraldo, Toro Garzón, Bustamante Rúa y Vargas Vélez, 2018)¹.

En este “código probatorio” norteamericano la regla 301, actualmente vigente, en relación con la carga de la prueba, establece:

In a civil case, unless a federal statute or these rules provide otherwise, the party against whom a presumption is directed has the burden of producing evidence to rebut the presumption. But this rule does not shift the burden of persuasion, which remains on the party who had it originally. (Federal Rules of Evidence, Regla 301)

Una traducción aproximada podría ser:

En un caso civil, a menos que una ley federal o estas reglas dispongan otra cosa, la parte contra quien se dirige una presunción, tiene la carga de producir la prueba para rechazar dicha presunción. Pero esta regla no invierte la carga de persuasión, la cual reposa en la parte que la tuvo originalmente² (subrayas añadidas)³.

De este postulado se deben extraer tres elementos para una adecuada comprensión de la regla de la carga de la prueba: i) presunciones, ii) carga de producción y iii) carga de persuasión, los cuales se explican a continuación:

1 Los países denominados del *common law*, esto es, los que derivan sus sistemas jurídicos del derecho inglés, se encuentran actualmente en un proceso de codificación de sus disposiciones normativas, que tradicionalmente estaban dispersas en diferentes instrumentos jurisprudenciales. Esto ha dado lugar a instrumentos jurídicos similares a los códigos que se emplean en los países civilistas. En el caso de los Estados Unidos, se encuentran, además de las Reglas Federales de la Prueba, las Reglas Federales de Procedimiento Civil (1938), las Reglas Federales de Procedimiento Penal (1946), el Código Uniforme de Derecho Comercial (1952), entre otros. Una buena fuente para conocer el contenido de estas normas puede ser: <https://www.law.cornell.edu/>. Inglaterra, por su parte, no ha sido ajena a este fenómeno y por esta razón cuenta hoy con varios “códigos” en materia procesal como las Reglas de Procedimiento Civil, las Reglas de Procedimiento Penal y las Reglas de Procedimientos de Familia, que se pueden conocer en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules>.

2 Traducción propia.

3 Lo anterior presenta una gran diferencia con la carga de la prueba en el *civil law*, pues mientras en los ordenamientos jurídicos civilistas se deben probar los presupuestos del precepto jurídico aplicable, en el *common law* se deben producir las pruebas para rechazar las presunciones y cumplir con la carga de persuasión.

Presunciones (*presumptions*):

El Instituto de Información Legal de Cornell, define la presunción como una inferencia legal que se puede obtener a la luz de ciertos hechos (LII, S/F). Sin embargo, para el profesor Douglas Walton no hay consenso entre los doctrinantes acerca de qué es una presunción y cómo funciona, pero hay unos acuerdos generales de los que obtiene que una presunción es un mecanismo legal, el cual, a menos que suficientes pruebas sean introducidas para hacer que la presunción sea inoperable, lleva a que un hecho sea cierto a partir de la verdad de otro hecho (Walton, 2014, p. 85). Considera igualmente el profesor Walton que una forma apropiada de referirse a las presunciones es en términos de “el hecho presumido”.

El profesor Walton (s. f.) presenta un ejemplo en donde se presenta una presunción:

Donald compró una nueva impresora de Hewlett Packard y luego la devolvió y pidió la devolución del dinero. Sin embargo, la impresora fue devuelta a Hewlett Packard en un estado dañado y por esto la empresa se niega a devolver el dinero, alegando que le entregaron la impresora a Donald en buenas condiciones (sin daños). Donald afirma que el dinero debe ser devuelto debido al daño. Hewlett Packard afirma que desde que entregaron la impresora a Donald en buenas condiciones, el daño debe haber sido debido a él. Así en este caso, tenemos un conflicto de opiniones. Cada lado tiene una tesis, o afirmación hecha por ese lado, y la proposición que se afirma es verdadera por un lado y se opone a la del otro lado. (p. 12)

Se observa en este caso presunciones de ambas partes. Para refutarlas, cada parte deberá aportar las pruebas preponderantes (más probables que no) para rechazar la presunción contraria.

Sobre el particular, Walton (s.f.) menciona que, en casos como estos, debe ser aplicada una regla jurídica de carácter general como esta: “Si una parte prueba que ha realizado el envío de un bien en buenas condiciones a una segunda parte, y además prueba que el bien ha retornado en un estado dañado, emerge la presunción de que el daño se debe a la segunda parte” (p. 12). Pero aclara, que, en palabras de Strong esto no debe tomarse como una ley,

Pero puede ser reconocida como si tuviera la fuerza de una regla jurídica de carácter general, como se ha invocado en casos decididos en juicios, y pueden haber sido citados y aceptados específicamente como un principio por los jueces sus decisiones. (p. 12)

En cuanto a la determinación de la responsabilidad, aplicando la regla de Walton, esta depende principalmente de la capacidad de las partes de demostrar

las presunciones que afirma de la parte contraria y destruyendo las presunciones que se invocan en su contra. Estas presunciones, son, por tanto, presunciones fácticas que deben ser controvertidas y corroboradas a fin de extraer de ellas las consecuencias legales que se espera. Estas mismas, a su vez, no pueden confundirse con las presunciones de derecho (*iuris et de iure*) que se aplican en algunos ordenamientos jurídicos de países civilistas y que se constituyen en afirmaciones que no admiten prueba en contrario por disposición normativa.

Ahora bien, las presunciones en el derecho estadounidense, van ligadas a las cargas probatorias de producción y de persuasión, como se indica a continuación:

1.2. Carga de producción y carga de persuasión

La carga de producción (*burden of production*) es el deber que tiene el demandante de producir las pruebas y lograr que el caso vaya a juicio. Si el demandante no cumple con la carga de producción, el juez terminará el procedimiento (*dispose of the case*) tan pronto como sea posible, a través de un veredicto directo o de un juicio sumario (Regla 56 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil). Esta decisión se toma definitiva para el caso y no puede la parte demandante presentar nuevamente la demanda por existir una decisión de fondo, adquiriendo lo que se denomina en el *civil law*, efectos de cosa juzgada. Es de esta manera que la decisión que toma el juez no es en torno a la formalidad de la demanda, la cual en términos generales es irrelevante en los países del *common law*, sino que sus efectos son de fondo, es decir, están relacionados con la capacidad del demandante de lograr demostrar inicialmente que el asunto merece un juicio posterior. Es de esta manera que errar en la producción de las pruebas hará que la otra parte salga vencedora (Allen, 2014).

Para determinar si una carga de producción ha sido alcanzada, la doctrina ha establecido como una manera de obtener una respuesta, que “si entre un número de personas razonables, al analizar el conflicto y estudiar las pruebas que aporta el demandante, podría haber un desacuerdo sobre cuál parte debería salir vencedora” (Allen, Swift, Schwartz & Pardo, 2016, p. 719), entonces la carga de la prueba en cuanto a su producción ha sido lograda. Si bien esta fórmula es poco rigurosa y poco medible, los jueces suelen dar por satisfecha la carga de producción mediante este test.

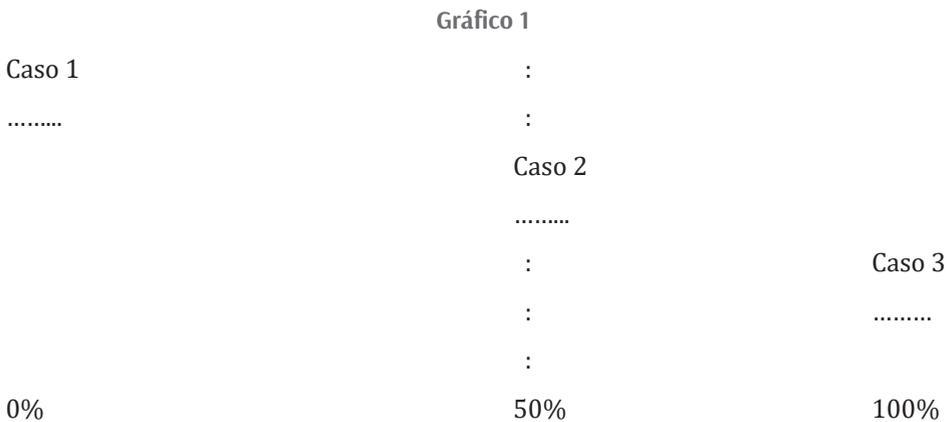
En cuanto a la carga de persuasión, esta tiene lugar luego de que el proceso ha superado la etapa previa al juicio (*pre trial*) y ya el asunto se encuentra ante el juez o el jurado (*fact finders*) para tomar una decisión de fondo. Esta carga, tiene por objeto lograr el convencimiento del fallador sobre las pretensiones o las defensas (conocidas como excepciones de fondo en Hispanoamérica). El profesor Allen considera que esta carga es necesaria para indicarle al juez o al jurado cómo

deben fallar a partir de las implicaciones de las pruebas aportadas. En otras palabras, le informa al decisor cómo decidir un caso a la luz de las incertidumbres que acompañan la presentación de las pruebas (Allen, 2014).

Si bien esta carga es de obligatoria satisfacción por las partes si desean obtener una decisión favorable, usualmente se considera que es el demandante quien está más obligado a satisfacerla, dado que cualquier duda acerca de la verdad de los hechos que fueron presentados por el demandante, será resuelta a favor del demandado. Es así mismo que se observa que la carga de producción está a cargo del demandante, mientras la carga de persuasión corresponde a ambas partes del proceso.

Surge de lo anterior, la necesaria pregunta sobre qué relación tienen las cargas probatorias con los estándares de prueba. Al respecto se puede afirmar que, mediante ambas cargas, de producción y de persuasión, se satisface el estándar probatorio de la preponderancia de la prueba (*preponderance of evidence*). Se puede definir este estándar de la preponderancia de la prueba como una carga probatoria, de producción y de persuasión, que deben cumplir las partes para obtener del juez o jurado un fallo favorable a sus pretensiones o defensas, según el caso, demostrando que las pruebas dan lugar a un grado de certeza de más del cincuenta por ciento de ser más probables que no.

El profesor Allen, representa estas cargas en el siguiente gráfico:



Fuente: Allen (2014).

En el primer caso, se encuentra una demanda en la que el accionante no cumple con la carga de producción, por tanto, la demanda debe ser desestimada por el juez tan pronto como le sea posible, puesto que el demandante no logró cumplir con el estándar, esto es, ha fallado al tratar de demostrar que sus pruebas dan lugar a una probabilidad del más del cincuenta por ciento de ser más probables que no;

continuar con esta demanda representaría una pérdida de tiempo y dinero. En el segundo caso, el demandante cumple con la carga de producción y por tanto, el caso merece procedimientos adicionales para una decisión de fondo, en cuanto entre un grupo de personas razonables podría haber suficiente desacuerdo sobre qué parte debería ganar, y allí se decidirá sobre quién tiene una versión más cercana a la verdad. En el tercer caso el demandante cumple con la carga de producción, pero además, las pruebas aportadas cumplen con una carga de persuasión suficiente que llevan al juez a tomar una decisión de fondo de manera anticipada, dado que las pruebas lo convencen de la verdad de los hechos, lo que evita un litigio largo y costoso.

Se encuentran así abordados los elementos de la carga de la prueba que enuncia la regla 301, ya mencionada: presunción, carga de producción y carga de persuasión. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la carga de persuasión se encuentra satisfecha solo cuando logra alcanzar el estándar probatorio requerido, según cada caso (Agudelo *et al.*, 2018), y que en materia civil, el más conocido, no el único, es el estándar de preponderancia de la prueba o de más probable que no (George & Sherry, 2009),

De este estudio es posible extraer como conclusión parcial, que en el derecho norteamericano la carga de la prueba consiste en probar los hechos presumidos de la parte contraria, para rechazar las presunciones que se afirman en su contra, y así lograr persuadir al fallador de que las pruebas aportadas demuestran que los hechos por él enunciados son más cercanos a la verdad que los de la parte contraria.

2. Inversión de la carga de la prueba

La carga de la prueba, dentro de la teoría general de la prueba, le corresponde a quien ha afirmado un hecho o una presunción, de ahí que la tarea del decisor sea determinar qué hechos han sido probados, sin importar quién ha probado dicho hecho (2009), sin embargo, en palabras de Taruffo (2009), en algunos casos, se traslada la carga de la prueba para asignar ventajas sociales, económicas y estratégicas entre las partes, razón por la cual se asignan estas cargas a la parte que tiene un fácil acceso a la prueba o, en ciertos casos, para liberar a la parte débil. Podría pensarse que en el caso del derecho de los Estados Unidos, por estar fundamentado en el principio adversarial, donde las partes son las encargadas del impulso del proceso, de la recaudación probatoria y donde se limitan los poderes del juez, la inversión de la carga de la prueba no podría darse. Pero esto no es así, algunos fallos de los tribunales federales y estatales demuestran que los jueces están ejerciendo poderes oficiosos que tradicionalmente no empleaban, que incluye el decreto de pruebas oficiosas, el interrogatorio a los testigos y la inversión de la carga probatoria.

Sin embargo, no existen reglas codificadas a nivel federal que regulen la inversión de la carga probatoria, sino que esta se ha planteado a través de una escasa jurisprudencia en la cual se ha trasladado la carga de la prueba a la parte contraria. Uno de estos es el caso *Barton vs. ADT Sec. Services Pension Plan*, donde un empleado solicitó la pensión a la que consideraba tenía derecho, la administradora de pensión (entidad privada) le exigió probar el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la misma, pero este no contaba con dichas pruebas, razón por la cual su solicitud fue resuelta desfavorablemente. En razón a esto, el empleado demandó a la administradora de pensiones y esta fue obligada a asumir la carga de probar que el solicitante no había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión. Aquí se invirtió la carga de la prueba, puesto que la demandada no había exigido en los contratos con los afiliados la demostración del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión, además que la demandada estaba en mejor condición de probar (Corte Suprema de Justicia, 2016).

A nivel estatal también se ha producido jurisprudencia que invierte la carga de la prueba, como en el caso *Harris vs. Truck Lines Inc* de la Corte Suprema de Justicia de California, donde se demandó a una empresa de transportes por lesiones ocasionadas a una persona con un camión de su propiedad. Se indicó en la demanda que el conductor y la empresa tenían responsabilidad por negligencia, mientras la empresa sostuvo que la colisión fue atribuible a una falla en los frenos. Al respecto indicó la Corte:

Corresponde a dicho acusado (...) demostrar con una preponderancia de la prueba (a) la causa de la falla; (b) que no se tenía conocimiento de dicha falla; (c) que nada en el uso anterior del camión, atribuible o conocido, contribuyó a dicha falla; (d) que el vehículo había sido inspeccionado y que se habían realizado operaciones de mantenimiento dentro de un período razonable antes del accidente; (e) que la causa de la falla fue de tal naturaleza que no pudo ser detectada por una inspección razonable dentro de un período anterior también razonable, o que la causa de la falla fue de tal naturaleza que surgió después de tal inspección y mantenimiento dentro de dicho período anterior; y (f) que la falla no se debió a la negligencia de ningún agente, ya sea empleado o contratista independiente, empleado por dicho demandado para inspeccionar o reparar los frenos⁴. (Corte Suprema de Justicia de California)

Concluyó en este caso la Corte indicando que “no se le puede permitir al demandado que está en mejor posición para descubrir y preservar la prueba, beneficiarse de la incapacidad del demandante para producirla” (*Harris vs. Truck Lines*).

4 Traducción propia.

Puede afirmarse, por lo mencionado, que en el *comon law* sí existe la inversión de la carga de la prueba, pero esta aún es tímida en comparación con la manera en que se desarrolla en países civilistas, donde los jueces usualmente son más activos al ejercitar sus poderes oficiosos, por ejemplo, para decretar pruebas de oficio.

3. Jurados y carga de la prueba

Surge ahora la pregunta: ¿Cómo logra un jurado lego determinar que una parte ha cumplido con la carga de la prueba?

Primeramente, es necesario mencionar que actualmente en los Estados Unidos los asuntos que llegan a juicio son mínimos, ya en el año 2004 se mencionaba que solo el 1.8 % de los casos iban a juicio, de manera que los jueces estaban llevando a cabo cada vez menos juicios que sus predecesores (Galanter, 2004) y recientemente se afirma que menos del 1 % de los casos llegan a juicio (Strong, Gómez & Piñeiro, 2016, p. 156), ya que el resto son resueltos por las partes en la etapa de descubrimiento a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, entre ellos, la conciliación y el arbitraje. Del número de procesos que llegan a juicio, solo una mínima parte tiene un juicio por jurado (Mullenix, 2014), lo que es indicativo de la importancia de esa figura en la actualidad.

Una situación que motiva a tener un juicio sin jurado es el hecho de que el juicio con jurado es un derecho renunciable y en muchos casos genera demoras para la fijación de fecha para el juicio, debido a las complejidades que tiene el proceso de selección de los jurados, además que las condenas en un juicio con jurado son bastante altas (Arrieta Caro, 2017), razón por la cual las partes prefieren una negociación.

No obstante, en los juicios que se desarrollan con jurados, estos son instruidos por el juez, quien les explica en qué consisten las cargas probatorias y los estándares de prueba y cómo deben tener por considerado que las partes han cumplido con dichas cargas. Su veredicto, basado en sus conciencias, no tiene argumentación, dado que los jurados se deben limitar a indicar si la persona es culpable o no culpable, sin necesidad de hacer apreciaciones técnicas, valoraciones o explicaciones del porqué de su decisión. Situación que hace imposible conocer si los jurados dominan las teorías de las cargas de la prueba e incluso los estándares de prueba requeridos.

No obstante, esto parece quedar en segundo plano cuando se busca favorecer la tradición norteamericana de los juicios por jurados, defendida como la bandera nacional. De manera que, mientras el derecho probatorio se ha ido tecnificando a través de los años en aspectos con la carga de la prueba y los estándares probatorios, las decisiones por jurados siguen estando en manos de jurados legos que no tienen que dominar la técnica probatoria. Esta problemática ha hecho emerger propuestas de un jurado educado, técnico y profesional (Strier, 1997), o al menos,

tener un cuerpo mixto de jurados, entre los cuales se cuente con expertos en manejo de evidencia científica (Hans, 2007-2008).

Ahora bien, tal vez podría pensarse que la técnica probatoria sí queda bien ilustrada en las decisiones de los jueces, cuando estos llevan a cabo juicios sin jurado. Sin embargo, esto no es del todo cierto, puesto que los jueces, a nivel estatal, no fundamentan sus decisiones, sus sentencias no tienen una larga explicación de hechos, pruebas, fundamentos de derecho y presupuestos procesales, como sucede en las sentencias que dictan en los países de tradición jurídica civilista; sino que sus sentencias son más bien actas de lo acontecido en la audiencia, precisamente, en razón a la tradición oral que gobierna a los países del *common law*.

El asunto cambia un poco a nivel federal, donde los jueces sí deben emitir sus decisiones por escrito, especialmente en asuntos que involucran cuestiones que atañen al derecho federal. Conocidas son, al respecto, las sentencias de la trilogía Daubert: Daubert contra Merrell Dow Pharmaceuticals, inc. (1993); General Electric Co. contra Joiner (1997) y Kumho Tire Co. contra Carmichael (1999), todas ellas producidas por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y en torno a la valoración de la prueba científica. Como también las famosas sentencias hito (*landmark cases*) sobre la igualdad Brown contra Board of Education (1954) o Universidad de California contra Bakke (1978).

Es solo en las sentencias escritas que pueden los abogados y los demás jueces conocer la valoración que ha hecho el juez de las pruebas, así como identificar los precedentes vinculantes. Es por esto que se afirma que no es a través de los jurados que se crea precedente, sino a través de las decisiones de los tribunales federales, y en especial, a través de sus sentencias escritas.

Dicho sea de paso, la labor de escritura de las decisiones judiciales en Estados Unidos es una novedad en términos históricos en ese país, lo cual, aunado a una creciente tendencia en el derecho de abandonar el precedente y fomentar el derecho legislado, implica grandes exigencias a los jueces. Por esto afirmaba el juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos Hugo Black, que “la cosa más difícil de estar en la Corte fue aprender a escribir” (Strong, 2015, p. 95).

4. El descubrimiento probatorio

Otra de las particularidades del sistema jurídico de los Estados Unidos es el denominado descubrimiento probatorio o *Discovery*, llamado por algunos la doncella de la justicia adversarial (Mullenix, 2014).

Los orígenes del descubrimiento probatorio se ubican en el Derecho romano. “De hecho, las *actionem ad exhibendum* existentes en los actuales sistemas del Derecho civil proceden también del Derecho romano y puede decirse que consti-

tuyen una de las modalidades de acción originarias del actual procedimiento de *discovery*” (De la Rosa, 2014, p. 15), y:

este procedimiento se empleaba, fundamentalmente, para evitar la pérdida o desaparición de pruebas, en un contexto histórico en el que las distancias entre los justiciables y la administración de justicia eran amplias, de un lado; y, de otro, la separación temporal entre el juicio y el momento en el que tienen lugar los hechos de la causa era muy grande. (De la Rosa, 2014, p. 16)

Actualmente, en Estados Unidos (2018), esta etapa está regulada en el título V de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (1938)⁵: *Disclosure and Discovery*, reglas 26 a 37, cuya última modificación fue en diciembre de 2018, y consiste en entrevistas privadas que las partes llevan a cabo entre sí luego de presentada y notificada la demanda y antes de ir a juicio. Se desarrolla con la asistencia de sus abogados, dirigidas por estos y en la cual deben exhibir todos los medios de prueba que tengan en su poder y que pretendan hacer valer en la etapa del juicio oral. Esto incluye documentos, testimonios, dictámenes periciales, inspecciones y demás elementos que puedan ser usados en juicio.

Esta etapa se desarrolla en espacios privados ajenos a los despachos judiciales, sin la presencia de funcionarios judiciales por tratarse propiamente de una etapa prejudicial. “La única vez en que un funcionario judicial puede verse involucrado en el proceso de descubrimiento civil es cuando surge un desacuerdo entre las partes sobre el cumplimiento de una solicitud de descubrimiento” (Mullenix, 2014, p. 53). Los costos originados durante el descubrimiento son asumidos por las partes. Estas deben cumplir de manera rigurosa con la exigencia de presentar todas y cada una de las pruebas que pretendan hacer valer en juicio en favor de sus intereses, so pena de ser excluidos del juicio y de exhibir las que sean solicitadas por la contraparte (Mullenix, 2014), en cuyo defecto deberán asumir las amonestaciones que imponga el juez.

Con esta exhibición se evita el factor sorpresa y se permite a la contraparte conocer las armas con las que su adversario irá a juicio:

La exhibición es una norma básica de los procesos civiles angloamericanos, que, en principio, va dirigida a evitar la sorpresa procesal durante la celebración del juicio. Antes de la publicación de las *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, los contendientes no estaban obligados a mostrarse los documentos y medios de prueba que iba a utilizar en juicio, ya que, de acuerdo a la filosofía reinante, la

5 Estas reglas federales pueden consultarse en línea en el Instituto de Información Legal de Cornell: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>

sorpreza procesal en el juicio era una táctica admitida. Sin embargo, con las normas procesales de 1938 cambió la filosofía, pues se llegó a la conclusión de que la exhibición conduciría a una preparación más completa del juicio y a buscar una solución previa al mismo. (Alcaraz Varó, Campos Pardillos y Migueléz, 2006, p. 163)

Como producto del descubrimiento, las partes podrán emplear uno de estos tres caminos: “buscar una solución extrajudicial entre las partes, examinar las posibilidades de soluciones alternativas (...) o proseguir con el proceso hasta llegar al juicio” (Alcaraz Varó *et al.*, 2006, p. 162).

Estos mecanismos se fundamentan en la premisa de que el demandado no conocerá todos los hechos relacionados con la disputa al tiempo en que el demandante presente la demanda. Por lo tanto, los procedimientos de descubrimiento permiten a los litigantes, literalmente, “descubrir” los hechos y la información relativa al litigio después de la iniciación del proceso. (Mullenix, 2014, p. 52)

Ahora bien, a pesar de las aparentes ventajas que representa el descubrimiento probatorio, usualmente este figura, muy propia del sistema adversarial, es criticada por constituir una limitación al acceso de las partes a la administración de justicia (Nanda, 1998), situación que ha justificado la creación de reglas de proporcionalidad para su aplicación (Mullenix, 2014), además que usualmente es instrumentalizada para presionar un acuerdo con la contraparte o, finalmente, dilatar los procesos judiciales. Al respecto, algunas estadísticas indican que por abusos del descubrimiento, los procesos judiciales pueden tardar varios años, como en el caso del Estado de Delaware, donde un estudio “sugiere que los tribunales de Delaware se toman en promedio nueve años y medio para resolver las controversias que no implican una medida cautelar, aunque la sabiduría convencional indica que los tribunales de Delaware son inusualmente rápidos” (Strong, 2013, p. 152).

Esta situación también es similar en Inglaterra, país que incluye en sus procesos civiles la etapa de descubrimiento. Al respecto, se ha criticado que el descubrimiento probatorio no contribuye a la economía y la eficiencia de los procesos judiciales:

La escala de descubrimiento, al menos en los casos más grandes, está completamente fuera de control. La revelación completa y sincera del principio en interés de la justicia se ha devaluado porque el descubrimiento se lleva a cabo sin tener en cuenta la economía y la eficiencia en términos de la utilidad de la información que es probable que se obtenga de los documentos divulgados. (Woolf, 1997, p. 711)

Esto ha llevado a que tanto en Estados Unidos como en Inglaterra se hayan realizado modificaciones al descubrimiento probatorio. Pese a lo anterior, la naturaleza del descubrimiento probatorio, como una etapa pensada para que las partes lograran una amplia documentación de los medios de prueba de la parte contraria, tuvieran una mejor preparación para el juicio y que producto de esto la verdad emergiera, se encuentra actualmente desnaturalizada dado que esta se ha empleado como un instrumento de abuso para llevar a la contraparte a una guerra de desgaste o para presionar una negociación.

A partir de la experiencia norteamericana, en algunos países civilistas como Chile y Colombia, se ha intentado implementar la figura del descubrimiento probatorio como una etapa dentro de los procedimientos judiciales civiles. En Chile se denominó Etapa de Revelación Temprana de Evidencia Pertinente (ERTEP) (Peña Mardonez, 2017) y era parte de las propuestas de modificación al Código de Procedimiento Civil de ese país. En el caso colombiano se intentó implementar la figura de descubrimiento probatorio, a través de la audiencia de conciliación. Decía en su oportunidad el artículo 35 de la Ley 640 de 2001: “De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder”, lo que obligaba a las partes a descubrir en la audiencia de conciliación las pruebas que tenían en su poder, so pena de no poderlos aportar en un eventual proceso judicial. Dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-598 de 2011, M.P. Pretelt Chaljub, al manifestar que esta norma imponía a las partes una carga desproporcionada, a la vez que limitaba que ellas pudieran llegar a una negociación libre de sus diferencias⁶.

5. Carga de la prueba y descubrimiento probatorio

A partir de la exposición de la carga de la prueba y del descubrimiento probatorio, es importante preguntarse si durante la etapa del descubrimiento es necesario cumplir con la carga de la prueba. Al respecto, es útil recordar que la carga de la prueba es una exigencia para las partes para lograr la demostración de un supuesto jurídico, como sucede en los países civilistas, o de una presunción, como en el caso del derecho estadounidense. Igualmente, las cargas probatorias son particularmente importantes en la demanda y en la etapa del juicio oral, pero en

6 Dijo expresamente la Corte Constitucional colombiana en la mencionada sentencia: “Esta disposición impone una carga desproporcionada a las partes, pues si la idea de este mecanismo de resolución alterna de conflictos es que éstas libremente y voluntariamente se acerquen para acordar sus diferencias, sin necesidad de estar asistidos por abogado y sin tener que agotar los trámites de un proceso normal, la carga impuesta en el precepto acusado resulta limitando la posibilidad de llegar a un escenario libre de apremios para lograr la negociación de las diferencias” Sentencia C-598 de 2011. M.P. Pretelt Chaljub.

este intermedio, es decir, en el descubrimiento, ¿tiene importancia cumplir con cargas probatorias?

En cuanto a la demanda, como se dijo anteriormente, la carga probatoria es importante porque una vez es recibida esta, el juez podrá mediante un juicio sumario o un veredicto directo descartar la acción por falta de pruebas o, en su defecto, conceder las pretensiones de manera anticipada. Si ninguna de estas dos situaciones se presenta, luego de la notificación de la demanda, y ante la falta de un allanamiento, las partes de común acuerdo podrán dar inicio a la etapa de descubrimiento probatorio, antes de ir al juicio, y es aquí donde tiene importancia la pregunta realizada con anterioridad.

Una respuesta inicial podría ser que, dado que la etapa de descubrimiento es una etapa cuyo desarrollo depende enteramente de las partes, es dirigida solo por los abogados, en espacios privados y sin la presencia de autoridades jurisdiccionales, los abogados no están limitados por reglas procesales o probatorias como la contradicción, las reglas de admisibilidad o de exclusión, que sí son importantes en la etapa del juicio oral y no hay, en términos generales, control judicial, y por esto mismo no hay ninguna carga probatoria que las partes deban asumir. Sin embargo, en un análisis posterior, y en un sentido práctico, se puede indicar que sí existe carga probatoria en la etapa de descubrimiento, puesto que el objeto de esta es lograr, mediante la exhibición, el convencimiento de la otra parte de que una eventual decisión de un jurado o de un juez estaría a su favor y, de esta manera, lograr alcanzar un acuerdo con la contraparte, para evitar un juicio, si las partes están de acuerdo.

Es de esta manera que la carga de la prueba en la etapa del descubrimiento tiene importancia, debido a que mediante la exhibición probatoria se puede lograr un convencimiento de la contraparte sobre el éxito de las pretensiones o defensas a proponerse y, de esta forma, alcanzar una solución del conflicto de manera concertada.

Resultados

1. La carga de la prueba en el derecho estadounidense se desarrolla en dos momentos: en la demanda en la cual el demandante debe cumplir con la carga de producción so pena de tener una sentencia en contra de manera previa (juicio sumario), y en el juicio, etapa en la cual ambas partes deben cumplir con la carga de persuasión con la finalidad de obtener del fallador (juez o jurado) una decisión favorable.
2. La inversión de la carga de la prueba en el sistema jurídico de los Estados Unidos es una tendencia naciente, aunque extraña, dada su histórica vinculación con el principio adversarial.

3. El descubrimiento probatorio es la institución más importante del derecho de los Estados Unidos y en la cual se resuelve la mayor cantidad de conflictos, lo que evita que los procesos lleguen a la etapa de juicio; pero a la vez es una institución muy propensa a abusos de las partes para presionar llevar a la contraparte a una guerra de desgaste y así presionar un acuerdo.
4. El juicio por jurados es una institución que cada día está más en desuso en el derecho estadounidense. Tratándose de un derecho renunciabile, las partes tienen una mayor preferencia por un juicio ante un juez, motivados en parte por la intención de tener un juicio más rápido.

Conclusiones

El derecho probatorio civil de los Estados Unidos, por estar enmarcado dentro de la tradición jurídica del *common law*, posee particularidades que pueden parecer extrañas a un abogado de la tradición jurídica *civil law*, sin embargo, al analizar en detalle las instituciones probatorias y al contrastarlas con el derecho del *civil law*, las diferencias parecen ser más formales que de fondo, dado que entre ambas instituciones se emplean cargas probatorias, las cuales deben ser llevadas a cabo por las partes, so pena de tener una sentencia en contra. A su vez, las cargas probatorias pueden ser invertidas en casos particulares mediante los poderes del juez.

De otro lado, el descubrimiento probatorio estadounidense, que se ha resalado como la característica principal del derecho probatorio civil, es actualmente objeto de críticas y de solicitudes de reformulación, ya que en su esencia ha sido desnaturalizada por el uso abusivo que han hecho de ella las partes en los procesos.

Adicional a lo anterior, se observa que la tendencia actual del derecho probatorio civil de los Estados Unidos es la aplicación de un derecho probatorio técnico en su iniciación (demanda) y en su culminación (sentencia), pero con un desarrollo privado, esto es en la etapa del descubrimiento, que es dirigida por los abogados, en espacios particulares y con poca o casi nula injerencia de los funcionarios jurisdiccionales y en la que se resuelve un alto porcentaje de los conflictos.

Referencias bibliográficas

- Alcaraz Varó, E., Campos Pardillos, M.A. y Migueléz, C. (2006). *El inglés jurídico norteamericano*. Barcelona: Ariel.
- Allen, R. (2014). *Professor Allen on Evidence. China University of Political Science and law*. Beijing: China University of Political Science.

- Allen, R. J., Swift, E., Schwartz, D. S. & Pardo, M. S. (2016). *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems and Cases*. Nueva York: Wolters Kluwers.
- Agudelo Mejía, D. A., Pabón Giraldo, L. D., Toro Garzón, L. O., Bustamante Rúa, M. M. y Vargas Vélez, O. (2018). *Derecho Procesal del Siglo XXI. Visión innovadora*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Arrieta Caro, J. (2017). Rise and fall of the constitutional right to jury trial for criminal cases in the United States. *Derecho PUCP*, 78.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-598 de 2011. Instituto de Información Legal de Cornell. (sin fecha). Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/wex/presumption>
- De la Rosa, G. E. (2014). Prueba judicial y práctica del Discovery en la Unión Europea. *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, (5), 1-32. DOI: <http://dx.doi.org/10.25115/ridj.v3i5.1792>.
- Estados Unidos. Congreso. (1975). Reglas Federales de la Prueba.
- Estados Unidos. Congreso. (2018). Reglas Federales de Procedimiento Civil. Recuperado de <https://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure>
- Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. (2016). Sentencia Barton v. ADT Sec. Services Pension Plan.
- George, T. E. & Sherry, S. (2009). *What every law student really need to know. An introduction to the study of law*. Nueva York: Aspen Publishers.
- Galanter, M. (2004). The vanishing trial: An examination of trials and related matters in federal and state courts. *Journal of Empirical Legal Studies*, 1(3), 459-570.
- Hans, V. (2007-2008). Judges, juries and scientific evidence. *Journal of law and policy*, (16).
- Mullenix, L. (2014). El descubrimiento de la verdad y la regla de la proporcionalidad. En García Posada, J. J. (ed.), *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (pp. 49-84). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, Corporación Universitaria Lasallista.
- Nanda, V. P. (1998). Access to justice in United States. *American Journal of comparative law*, 46(1), 503-530. DOI: <https://doi.org/10.1093/ajcl/46.suppl1.503>
- Peña Mardonez, C. (2017). Traduciendo el Discovery al civil law chileno: su aporte a los procesos de reforma civil. *Ius et Praxis*, 23(2), 79-120.
- Strong, S. I. (2013). ¿Por qué la armonización de los procedimientos del civil law y el common law es posible en los litigios pero no en el arbitraje? En Universidad de Medellín (ed.), *Proceso judicial y cultura* (143-170). Medellín: Universidad de Medellín.
- Strong, S. I. (2015). Writing Reasoned Decisions and Opinions: A Guide for Novice, Experienced, and Foreign Judges. *Journal of Dispute Resolution*, 1.

- Strong, S. I., Gómez, K. F. & Piñeiro, L. C. (2016). *Comparative law for Spanish-English speaking Lawyers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Strier, F. (1997). The educated jury. A proposal for complex litigation. *De Paul Law Review*, 47.
- Taruffo, M. (2009). *La prueba. Artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Walton, D. (2014). *Burden of proof, presumption and argumentation*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Walton, D. (sin fecha). *Presumption, burden of proof and lack of evidence*. Recuperado de <https://www.dougwalton.ca/papers%20in%20pdf/08IADA.pdf>
- Woolf, L. H. (1997). Civil Justice in the United Kingdom. *The American Journal of Comparative Law*, 45(4), 709-736. DOI: <https://doi.org/10.2307/841013>.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Sin título

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

A favor de la carga de la prueba*

Gustavo Calvino**

Resumen

Dos intentos críticos difundidos en los últimos cuarenta años han arremetido, a su manera, contra la carga de la prueba, sumando cierto atractivo al debate sobre el antiguo problema de la falta de prueba al resolver. El primero es la teoría de la carga dinámica de la prueba, promovida desde la década del 80 en Latinoamérica, con alguna aceptación de la doctrina y jurisprudencia; el otro es bastante reciente y su esbozo proviene de autores europeos, a partir de un resurgimiento del escepticismo acerca del *onus probandi*. Sin embargo, del análisis de estas propuestas no se obtienen fundamentos mínimamente sólidos, por lo que cabe reafirmar la utilidad de la carga de la prueba como un sistema de reglas preestablecidas.

Palabras clave: carga de la prueba; carga dinámica de la prueba; utilidad de las reglas de *onus probandi*; activismo judicial.

In favor of the burden of proof

Abstract

Two critical attempts spread over the past forty years have, in their own way, attacked the burden of proof, adding some appeal to the debate on the age-old problem of lack of proof when it comes to ruling. The first is the theory of the dynamic burden of proof, promoted since the 1980s in Latin America, with some acceptance by doctrine and jurisprudence; the other is quite recent and its outline comes from European authors, from a resurgence of skepticism about *onus probandi*. However, the analysis of these proposals does not provide a minimally sound basis, so the usefulness of the burden of proof as a system of pre-established rules should be reaffirmed.

Key words: burden of proof; dynamic burden of proof; usefulness of *onus probandi* rules; judicial activism.

A favor do ônus da prova

Resumo

Duas tentativas críticas divulgadas nos últimos quarenta anos atacaram, à sua maneira, o ônus da prova, gerando mais interesse ao debate sobre o antigo problema da falta de prova nos momentos decisivos. A primeira é a teoria da carga probatória dinâmica, promovida desde a década de oitenta na América Latina, com alguma aceitação da doutrina e jurisprudência; a outra tentativa é bastante recente e seu esboço provém de autores europeus, a partir do ressurgimento do ceticismo sobre o *onus probandi*. Porém, da análise destas propostas não se obtém fundamentos mínimamente sólidos, o que facilita a reafirmação da utilidade do ônus da prova como um sistema de regras pré-estabelecidas.

Palavras-chave: ônus da prova; carga probatória dinâmica; utilidade das provas de *onus probandi*; ativismo judicial.

* Artículo de reflexión.

** Director del Departamento de Derecho Procesal Civil de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Doctor en Derecho (UNR), Magíster en Derecho Procesal (UNR) y Abogado (UBA). Correo electrónico: gcalvino@austral.edu.ar
ORCID: 0000-0002-6974-9154.



A favor de la carga de la prueba

Introducción

El estudio de la carga de la prueba tiene una extensa historia, y ya se lo ha transitado bastante. Sin embargo, cada tanto, la doctrina procesal se las ingenia para presentar, en torno a ella, debates que pueden resultar interesantes. La irrupción desde los años 80 de numerosos feligreses de la denominada *teoría de la carga dinámica de la prueba* y aisladas arremetidas actuales que proponen erradicarla o abolirla, han movido el avispero lo suficiente como para concitar la atención de propios y extraños. Se abre así un panorama bastante atractivo y que descubre, por lo menos, que las vicisitudes en torno al *onus probandi* están lejos de agotarse definitivamente. Sobre todo, porque en ese campo de batalla —como trasfondo y de manera menos perceptible— también se libran luchas políticas, filosóficas e ideológicas.

Desde tiempos inmemoriales el hombre se ha preocupado por resolver el grave problema de cómo decide un juzgador cuando no puede formar su propia convicción a favor de una de las dos partes (Micheli, 1989, p. 4). Vestigios de esta aseveración la encontramos en una célebre obra escrita en fecha no exactamente determinada, pero que puede situarse en la segunda mitad del siglo II de nuestra era —se estima que su autor vivió entre los años 125 y 175—: en el libro decimocuarto, capítulo II, titulado *Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez* de las *Noctium Atticorum*, se describe la preocupación que hace casi dos mil años ya despertaba el problema de tener que decidir ante la falta de pruebas y las reglas aplicables entonces (Gelio, 1959, pp. 169-173)¹.

Al ocupar durante centurias el discurso jurídico de Occidente, la carga de la prueba puede postularse como un candidato adecuado para conseguir el estatus de institución probatoria universal (Damaška, 2015, p. 90). Su trascendencia práctica originó un formidable desarrollo teórico para erigirla en la carga procesal por an-

1 “La carga de la prueba como un fenómeno jurídico ya se conocía en el derecho romano, aunque sólo en forma de carga de la prueba en el actual sentido de carga subjetiva de la prueba [...] La distribución de la carga de la prueba inicialmente partía de fórmulas muy específicas y obligatorias que podían guiar la ponderación judicial sin gran dificultad. Más tarde, la carga de la prueba se determinó en general por la decisión judicial. Ahora el criterio de imposición judicial se mantenía en gran parte, en la oscuridad de la discrecionalidad del juez” (Prütting, 2010, p. 457).

tonomasia, destacándose entre sus virtudes que posibilita evitar el *non liquet* en la cuestión de derecho siendo dudosa la cuestión de hecho, al turno que prescribe el contenido de la resolución jurisdiccional en forma clara y categórica, al imputar a una parte la incertidumbre de una circunstancia de hecho y al hacer que esta incertidumbre redunde en provecho de la otra (Rosenberg, 1956, p. 58).

Por tanto, la elaboración de reglas de carga probatoria aparece como una solución racional y de carácter eminentemente jurídico para atender situaciones procesales donde la confirmación fáctica ha fallado o no ha brindado los resultados esperados. Uno de sus aspectos o funciones —como regla de juicio- se aplica al momento de tomar la decisión sobre si se tiene por probada o verdadera una afirmación necesitada de prueba, supeditada a: i) que la práctica probatoria no haya arrojado resultado alguno o ii) que, de haberlo, no alcance el estándar de prueba requerido. Aunque vale destacar otra particularidad cuantitativamente aún más importante: constituye una guía e incentivo para la recaudación de fuentes y la práctica de medios probatorios. Ofrece así otra misión que no solo actúa en la esfera procesal: representa una regla de conducta para todas las personas. De esta dualidad funcional o doble aspecto de las reglas de la carga de la prueba² nos hemos ocupado antes (Calvinho, 2016, pp. 36-41) en el afán de recuperar claridad expositiva ante ciertas categorías que poco ayudan -carga objetiva o formal y carga subjetiva o material, abstracta y concreta, *burden of proof* y *burden of persuasion*-³ y la inclinación actual a atender, casi en exclusividad, la regla de juicio.

En lo sucesivo, analizaremos dos propuestas que se han conocido en los últimos cuarenta años, y que exhiben un fin en común: poner en tela de juicio la clásica concepción de la carga de la prueba. La primera, conocida como la *teoría de la carga dinámica probatoria*, a esta altura solo cosecha -por fin- merecidas críticas adversas. La segunda, no solo rechaza a la teoría antes mencionada, sino que hasta postula derechamente la abolición de la carga de la prueba. Ambas, sin dudas, tienen el gran mérito de propiciar un siempre enriquecedor debate, motivo por el cual dejaremos a salvo nuestra posición que defiende la necesidad de un sistema apropiado de reglas especiales y general -residual- de *onus probandi*.

1. De la teoría de la carga dinámica de la prueba, y su inevitable ocaso

Aportes autorales desplegados a lo largo del tiempo —provenientes desde Paulo, en el siglo III, Domat y Pothier en los siglos XVII y XVIII respectivamente, hasta

2 En este sentido, v. Carnelutti (1959, pp. 344-347) y Azula Camacho (2008, pp. 45-46).

3 Para una crítica a la clasificación de la carga de la prueba en subjetiva y objetiva, concreta y abstracta, y formal y material, v. Devis Echandía (2012, pp. 410-419), donde avisa que: “no se trata de una verdadera clasificación, sino de diversos aspectos de la carga de la prueba” (p. 411).

Chiovenda, Rosenberg y Micheli en la primera mitad del siglo XX, entre otros— fueron útiles para consolidar una tendencia más reciente hacia la elaboración de un sistema apriorístico de reglas que distribuyen las cargas probatorias. No obstante, esta forma de entender el fenómeno tuvo y tiene algunos detractores, quienes en general proponen una solución al problema de la falta de prueba al resolver de raíz casuística, donde el juzgador conforma la regla de juicio.

Al respecto, es digna de mención la queja de Bonnier (1869) ante algunas disparatadas ideas para resolver las cuestiones dudosas, que se basaban en el criterio que estimara pertinente el juzgador:

Unos quieren que se corte la diferencia por la mitad; otros proponen que se eche suertes, lo cual se ha realizado efectivamente en 1644, en la famosa sentencia de las tamaras ó pajillas: esta sentencia se dió por un Juez de Melle que hizo sacar a los litigantes pajillas ó tamaras que tenía entre los dedos. Afortunadamente para honor de la justicia, fué reformada por el parlamento de París. Lo arbitrario y ridículo que resulta del uso de tales medios, prueba cuán prudente es sentenciar pura y simplemente en favor del demandado. (p. 45)

Basta aquí destacar —en resumidas cuentas y dejando por ahora de lado a unos pocos escépticos— que las posiciones sobre cómo solucionar el dilema de la falta de pruebas al resolver se agrupan en torno a dos ideas. La primera, apunta hacia un modelo conformado por reglas preexistentes de *onus probandi* de procedencia externa al juzgador; la segunda, por el contrario, se basa en la distribución discrecional de las consecuencias del déficit probatorio a cargo de la autoridad jurisdiccional.

En esta última variante —siempre minoritaria— se inspira la denominada *teoría de las cargas probatorias dinámicas*, que pasamos a examinar.

1.1. La etapa temprana

En 1984 se publicó en la República Argentina un artículo de apenas tres páginas (Peyrano y Chiappini, 1984) el cual, a la postre, generó un sinnúmero de discusiones en Latinoamérica. Retomando en alguna medida una tendencia entonces ya superada en debates doctrinarios alemanes⁴, sus autores defienden la tesis de otorgar, en ciertos casos, un poder a los jueces para distribuir, al sentenciar, las consecuencias de la falta de prueba del dato necesitado de ella. Y se le concede

4 Al respecto, v. Prütting (2010, pp. 458-460) y Rosenberg (1956, pp. 58-59).

una denominación que, a primer golpe de vista, resulta muy atractiva: nace así la alusión a las *cargas probatorias dinámicas*⁵.

La usina doctrinaria y jurisprudencial que ha impulsado desde sus albores a la llamada *teoría de las cargas probatorias dinámicas* —también conocida como *carga dinámica de la prueba* o *carga de la prueba compartida*⁶— se sitúa principalmente en la ciudad de Rosario, a través de entusiastas seguidores que la instalan y propagan sin detenerse en los contundentes reparos que le vienen planteando acreditados doctrinarios de Europa y América a esta clase de soluciones⁷.

En el artículo que se reputa fundacional⁸, Peyrano y Chiappini (1984) comienzan su exposición refiriéndose a la teoría del proceso como situación jurídica de James Goldschmidt⁹, de donde extraen y rescatan su consideración dinámica del derecho (p. 1005). Más adelante, enfatizan que durante un largo lapso se diseñaron las reglas de la carga de la prueba como algo estático, conculcando así el espíritu de su primer mentor —en referencia a Goldschmidt— quien siempre concibió a su teoría del proceso como una consideración dinámica de los fenómenos procedimentales. Estiman, por ende, que los doctrinarios fijaron las reglas de una manera demasiado rígida y sin miramientos, además, para las circunstancias del caso, las cuales podrían llegar a aconsejar alguna otra solución (Peyrano y Chiappini, 1984, p. 1006). Entonces, desde el flanco pretoriano —subrayan— advienen nuevas reglas en materia de carga probatoria, tendientes a aquilatar adecuadamente circunstancias y situaciones singulares, que no se avenían a ser enmascaradas en los moldes clásicos conocidos (Peyrano y Chiappini, 1984). A continuación, proponen dos ejemplos: en el primero, se refieren que a falta de prueba debe suponerse que los hechos han acaecido conforme lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas —*v. gr.*, que la visibilidad nocturna no es perfecta—, por lo que quien sostenga lo contrario debe acreditarlo —*v. gr.*, que aquella visibilidad

-
- 5 Sobre el bautizo a la figura a cargo del destacado procesalista Jorge W. Peyrano, *v. Carbone* (2004, p. 209) y *Midón* (2007, p. 137).
 - 6 Esta denominación anticipa la desorientación conceptual de quienes apoyan la idea, pues como bien señala Ferrer Beltrán “conceptualmente es imposible atribuir la carga a las dos partes” debido a que ello “equivaldría a decir que, en caso de insuficiencia probatoria, pierden las dos partes, lo que claramente no tiene ningún sentido” (Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán y Giannini, 2019, p. 77).
 - 7 *V.*, además de las indispensables obras de Micheli (1989) y Rosenberg (1956), lo expuesto por Prütting (2010, p. 453); Taruffo (2010, pp. 256-266); Montero Aroca (2011, p. 131); Devis Echandía (2012, p. 422); Alvarado Velloso (2009, pp. 39-44); Abal Oliú (2014, pp. 142-148); Palomo Vélez, (2013); Pinochet Cantwell (2012); Azula Camacho (2008, p. 51) y Terrasa (2013), entre muchos otros.
 - 8 Sin embargo, en algunos trabajos se toma como precedente remoto de aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas a un voto del recordado doctor Andorno emitido en un fallo de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Rosario de 1978 (Midón, 2007, p. 136; Vallejos, 2004, p. 468; Peyrano, La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica, 2004, p. 85).
 - 9 Distinta es la opinión de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*v. la Advertencia Preliminar que publica en Goldschmidt, 1936, p. VII*), para quien la situación jurídica es una categoría cuya incorporación al derecho procesal le atribuye a Kohler (1849-1919), Y PARA SOSTENERLO REMITE A LA CONSULTA DE SU OBRA *PROZESS ALS RECHSTLAGE, P. 253*.

era perfecta en ese caso, a raíz de existir en el lugar varios y potentes faros—; en el otro, se considera como regla de distribución de la carga de la prueba el colocarla en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla (Peyrano y Chiappini, 1984, pp. 1006-1007).

Y los autores en cita detectan en estas dos hipótesis el carácter dinámico de las reglas de carga probatoria, pues -enfatan- no se atan a preceptos rígidos sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto. Finalmente, ven conveniente que la doctrina se ocupe de conceptualizar detalladamente el tenor de estar nuevas cargas probatorias dinámicas, las cuales se desplazan hacia una u otra parte en miras de servir mejor a la justicia (Peyrano y Chiappini, 1984, p. 1007).

Se imponen un par de reflexiones sobre la propuesta, en época temprana, de esta teoría.

En primer término, parece discutible el alcance que le dan al dinamismo que cree hallar Goldschmidt en su polémica perspectiva del proceso como situación jurídica -dinamismo que, en realidad, es una característica propia de la norma jurídica procedimental (Briseño Sierra, 1969, p. 168; Alvarado Velloso, 2009, p. 54)- al no colegirse por simple transitividad de un concepto de carácter insular, tal como lo es la llamada carga procesal, su desplazamiento de una parte hacia la otra. Lo que conduciría a que la carga se torne también asumible por la contraria: así como es difícil aceptar que el actor puede llegar a tener la carga de contestarle la demanda al demandado o este la de recurrir y fundar la apelación de la sentencia que rechaza las pretensiones del actor, constituye una desnaturalización de la idea del dinamismo aludida trasladar el *onus probandi* de un contendiente al otro, entendiéndose que, concebido de esa forma, también es una carga¹⁰. Para ensayar una explicación de este dinamismo, quizá debamos remontarnos a una inapropiada influencia de la regla de comunidad o adquisición de la prueba¹¹ en dominios que no le corresponden y a cierta desatención en el deslinde entre carga y valoración de la prueba, aspectos que trataremos más adelante.

10 En un meditado análisis que efectúa Barrios de Ángelis acerca de las situaciones jurídicas —no exento de algunas disidencias con James Goldschmidt— señala, además de tratar su origen, elemento subjetivo, esencia y trascendencia, que internamente tienen: a) una estructura particular que puede exhibir un solo componente —v. gr., *la facultad o la sujeción— o varios —por ejemplo, el derecho subjetivo, integrado por facultad, poder, carga, deber, sujeción y responsabilidad—; b) un contenido, que es su sentido vinculante o liberador de la voluntad de su titular. Luego, al clasificar las situaciones jurídicas, ubica a las cargas entre las situaciones simples, junto a la facultad, el poder, la obligación, el deber, la sujeción y la responsabilidad, explicando que la facultad es la libertad de determinar la propia conducta legalmente, en uno u otro sentido; el poder, la libertad de determinar la conducta ajena; el deber, la necesidad de beneficiar a la comunidad; la obligación, a una persona o más, determinadas; la carga, en beneficio propio; la sujeción es a la norma; la responsabilidad, el sometimiento del propio patrimonio a los daños (Barrios de Ángelis, 2005, pp. 118-119). Podemos extraer dos conclusiones referidas específicamente a las cargas: a) contienen un sentido liberador de la voluntad de su titular; b) se asumen en beneficio propio. Se evidencia así, que si se pretende que el juzgador distribuya las consecuencias de la falta de prueba al resolver, ya no podremos hacer referencia a una carga.*

11 V. *infra*, 2.

En segundo lugar, los autores en cita se muestran disconformes con el diseño supuestamente *estático* de las reglas sobre carga de la prueba, pese a que analizan el artículo 377 del CPCCN argentino basado —pese a cierta falencia terminológica¹²— en las enseñanzas de Rosenberg. Aunque en verdad, parece más atinada la descripción de su molestia cuando se refieren a la voz *rigidez*, dado que están combatiendo su carácter general, al turno que subrepticamente reivindican la posibilidad de que el juzgador dicte reglas especiales.

El núcleo de la presentación se apoya en los dos ejemplos ya mencionados, de donde surgirían el carácter dinámico de las reglas sobre carga probatoria y las pautas de sustentación de la ofrenda, que serían los *principios* de normalidad en el acaecimiento de los hechos y el de facilidad probatoria —al colocarse la carga de la prueba en cabeza de la parte que esté en mejores condiciones de producirla—. No obstante, ninguna de estas dos hipótesis se vincula propiamente con la carga de la prueba¹³.

Tras el artículo reseñado, el llamado de sus autores a que la doctrina se ocupe de la teoría de las cargas probatorias dinámicas se cumplió con creces, sobre todo en la Argentina y entre las filas de sus seguidores.

Una presentación más simple y acabada de la teoría parte luego de la pluma de Peyrano (2000), al señalar que se trata de:

Un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado o viceversa (de ahí su designación), según fueran las circunstancias del caso. Procura quitarle algo de rigidez a las normas corrientes en materia de reparto del esfuerzo probatorio, en homenaje a la justicia del caso concreto. (p. 1525)

12 La falencia está en el segundo párrafo del art. 377 del CPCCN, que es el que contiene la regla general de carga probatoria, que si bien hunde sus raíces en la teoría de Rosenberg, no la sigue con fidelidad. La diferencia está en que la distribución de la carga de la prueba, en verdad, no se hace sobre la norma que *invoca* la parte —como expresa el CPCCN— sino sobre la que en definitiva aplique el juez —y que integra el elemento causal de la pretensión procesal— teniendo incidencia en este aspecto el aforismo *iura novit curia*. Por eso el célebre autor alemán mencionado no se refiere a la norma que invoca la parte, sino a la que le es favorable (Rosenberg, 1956, p. 91; Arazi, 1986, pp. 86-87).

13 En el primer caso, estamos sin duda ante lo que se conoce como *hechos evidentes*, que no necesitan ser alegados ni probados (Fenochietto, 2003, p. 50). En la segunda, se alude a una separación de hecho sin voluntad de unirse, en la cual, por conocer la intimidad de la pareja, el cónyuge supérstite que busca mantener la vocación hereditaria, está en mejores condiciones de probar su propia inocencia o la culpabilidad del otro cónyuge ya fallecido, que los causahabientes de este. Empero, la circunstancia de encontrarse en mejores condiciones de producir una prueba no implica la alteración del aspecto subjetivo de aportación de las fuentes correspondientes al dato necesitado de prueba, siendo una cuestión relativa a la práctica sin influencia alguna en la regla que distribuye la carga probatoria. Al referirnos a la aportación de fuentes, lo hacemos en un sentido técnico estricto, que hace alusión a la indicación de ellas que una parte efectúa en su acto de ofrecimiento probatorio. Representa el primer paso procesal para el ulterior levantamiento de la carga de la prueba, con prescindencia de quiénes —partes o terceros—, en definitiva, la agreguen o introduzcan materialmente al proceso como consecuencia de una actividad que tiende al cumplimiento de aquella carga.

En lo transcripto subyace el protagonismo del juez, quien a discreción estimará si las circunstancias y la necesidad de hacer justicia en el caso concreto conducen a dejar de lado las “normas corrientes” (Peyrano, 2000) de *onus probandi* fijadas por el legislador. Y deja expuestos los importantes servicios que esta teoría presta a un activismo jurisdiccional ávido de decisionismo¹⁴.

1.2. El posterior desarrollo, con nuevas explicaciones

El tributo a la causa activista condujo a que algunos autores argentinos se rindieran rápidamente a los pies de esta “nueva doctrina” (Lépori White, 2004, p. 60), o “flamante” (Tepsich, 2004, p. 154), resaltando que se trata de una “nueva doctrina que tiene como inspirador al doctor Jorge W. Peyrano” (Pastor, 2004, p. 421) la cual constituyó una “importantísima innovación” que “significó un salto cualitativo en materia procesal” (Peyrano, 2004, p. 183). Pero otras voces, más cautas, fueron con razón disipando el entusiasmo inicial refutando la pretendida novedad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al explicar que la tesis ya había sido formulada por Bentham (García Grande, 2005, p. 45; Kielmanovich, 2010, p. 128) o que la génesis del planteamiento se encuentra en el primitivo derecho germánico (Trujillo Cabrera, 2006, p. 45). Más allá de la polémica, sí cabe reconocerle cierta novedad en su contorno, donde luce una tan atractiva como desacertada denominación —pues, en rigor de verdad, no se refiere a carga alguna¹⁵—.

Desde sus comienzos, la teoría de las cargas probatorias dinámicas se auxilia en una regla de facilidad probatoria o *favor probationes* interpretada en sentido muy amplio, de la cual deriva un reparto del esfuerzo probatorio con el cual se esboza la siguiente máxima: la carga de la prueba recae sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producirla, sin que interese su emplazamiento como actora o como demandada (Balestro Faure, 2004, p. 335; Lépori White, 2004, p. 60; Airasca, 2004, p. 136; Peyrano, 2004, p. 185). En idéntica línea de pensamiento, se afirma que esta doctrina no deroga las normas tradicionales que regulan la carga de la prueba, sino que las vuelve más elásticas y aligeradas; con este nuevo enfoque se traslada un mayor peso probatorio sobre una de las partes, produciendo a la par la descarga o aligeramiento en el *onus* de la otra (Baracat, 2004, p. 271). Y, finalmente, que las bases o fundamentos de la teoría en examen se obtienen conjugando armónicamente las tradicionales reglas

14 Los lazos de la teoría de la carga dinámica de la prueba con el decisionismo también son expuestos por Jordi Ferrer Beltrán del siguiente modo: “en mi opinión, la mencionada teoría se inscribe, más que en la concepción racionalista de la prueba, en la órbita más general del particularismo (como teoría de la justificación de las decisiones), del neoconstitucionalismo y, por ello, del decisionismo judicial” (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, p. 55).

15 Al respecto, v. Calvino (2016, pp. 219-220).

de la carga de la prueba con la justicia en el caso concreto, los deberes del juez y los deberes de conducta procesal de las partes (Lépori White, 2004, p. 68).

1.3. Las críticas

La teoría de las cargas probatorias dinámicas fue cosechando elogios y críticas, relanzando los debates sobre el *onus probandi* hasta que sus opositores, a fuerza de razones contundentes, la hicieron tambalear. Los argumentos con que fue atacada son numerosos. Dado el espacio del que disponemos, aquí nos limitaremos al tratamiento de cinco de sus aspectos cuestionables, que son más que suficientes para demostrar la inconsistencia de la propuesta.

1.3.1. Primera crítica: *desvirtúa la objetividad de la carga de la prueba como fenómeno jurídico.*

Un primer inconveniente se detecta en los cimientos mismos de la teoría. No debe olvidarse que las reglas de la carga de la prueba, además de ordenar la conducta probatoria de las personas, constituyen instrucciones objetivas dirigidas al juzgador de cómo resolver —que operan de forma subsidiaria: al faltar pruebas en el momento de tomar la decisión—. Entonces, es una solución de corte eminentemente racional y jurídico a la que se recurre cuando lo fáctico fracasó.

Al situarla en la esfera del derecho, se coincide con Devis Echandía (2012), quien destaca que una característica esencial de la regla sobre la carga de la prueba es que debe ser objetiva y consagrada en la ley de dos maneras: como un principio general único, difícil de enunciar, o estableciéndola para casos especiales o para ciertas materias (p. 421).

Y seguidamente remata:

Si la ley le otorgara al juez la facultad de determinar los hechos que debe probar cada parte, es decir, la facultad de distribuir libremente la carga de la prueba, se convertiría esta en una regla subjetiva y singular. Esta libre distribución no ha sido acogida por los legisladores, ni por la doctrina, porque equivale a dejar al arbitrio del juez la decisión sobre los hechos del litigio, lo cual debe hacerse mediante normas jurídicas, cuya aplicación pueda ser revisable por el superior; e incluso en casación, y que permitan a las partes adoptar las precauciones necesarias para evitar sorpresas en el proceso que pueda presentarse y para adquirir seguridad en el comercio jurídico. (Devis Echandía, 2012, p. 421)

Prosigue Devis Echandía sosteniendo que se trata de una cuestión de derecho y no de hecho, añadiendo que:

Si la misma ley regula su aplicación, el error del juez en esta materia constituye violación de dicha norma y, por tanto, cuestión de derecho, susceptible de ser alegada en casación. Ese error puede tener dos aspectos: haber recurrido el juez a la noción de carga de la prueba, no obstante existir prueba suficiente del hecho, por considerarla insuficiente o por no tenerla en cuenta, en cuyo caso existiría una equivocada apreciación de esta; o haber hecho recaer la carga sobre la parte no gravada con ella, cuando efectivamente falte la certeza sobre el hecho. Si la ley pone en manos del juez la distribución de la carga, pasa a ser una cuestión de hecho. (Devis Echandía, 2012, p. 422)

Si se acepta que el juez tenga la potestad de alterar las reglas de *onus probandi*, además de violarse el principio de legalidad, se devuelve al campo de origen un inconveniente que encuentra respuesta en una herramienta netamente jurídica instituida como última *ratio* por el fracaso en la prueba de los hechos necesitados de ella. Pero amén de lo apuntado, la pretendida distribución jurisdiccional de la carga probatoria nos enfrenta a una incógnita: ¿Cuál es el criterio o parámetro que aplica el juez para realizar esa distribución?

1.3.2. Segunda crítica: la debilidad de los parámetros de distribución

Desde los laboratorios afines a la teoría se alentaron un elenco abierto de parámetros tendientes a guiar la imposición de las consecuencias de la falta de prueba, una vez encontradas empíricamente las supuestas soluciones injustas como fruto de la aplicación de las reglas generales de *onus probandi*. Analizaremos en modo sucinto las pautas más recurrentes: i) la normalidad o anormalidad de los hechos alegados; ii) la estimación de la parte que está en mejores condiciones de practicar la prueba (Peyrano y Chiappini, 1984, pp. 1006-1007); iii) los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria (Peyrano, 2009, p. 209).

El presupuesto para aplicar las directrices de reparto es a sola discreción de un juzgador disgustado con el resultado que tendría su resolución, de aplicarse la correspondiente regla de *onus probandi* ante una afirmación fáctica carente de prueba. Paradójicamente, se pretende que adquiera —a través del poder de una doctrina marginal— el don de invocar razones de justicia para quebrar reglas —mayoritariamente legales— inspiradas en razones de justicia¹⁶. Se compone así un

16 En un pasaje escrito por Santo Tomás de Aquino, se brinda una idea orientadora para aproximar las reglas de carga de la prueba a la justicia. Al interrogarse si las dudas se deben interpretar en sentido favorable —a la persona contra quien se dirigen—, su respuesta afirmativa se funda en que “por el hecho mismo de que uno tenga mala opinión de otro sin causa suficiente, le injuria y le desprecia. Mas nadie debe despreciar o inferir a otro daño alguno sin una causa suficiente que le obligue a ello. Por tanto, mientras no aparezcan manifiestos indicios de la malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso” (Aquino, 1990, III, p. 496; II-IIae, cuestión 60, art. 4). Y vale añadir que: “[e]l principio fundamental que se sigue en numerosos ordenamientos se expresa tradicionalmente a través del brocardo

cuadro de sometimiento a la discrecionalidad de la autoridad jurisdiccional, quien tiene a su merced una regla de juicio de notable incidencia en el resultado final de una decisión que, fácilmente, puede ser seducida por la arbitrariedad. Por eso se trata, en todos los casos, de criterios débiles (Taruffo, 2010).

1.3.2.1. El primero de ellos está basado en la antigua brújula de la normalidad y anormalidad, que se armara mirando a los hechos en sí: como lo normal se presume, debe probarse lo anormal (Framarino dei Malatesta, 1992, p. 156). La normalidad se nutre de la continuidad de las situaciones y la experiencia de siglos, aunque las conclusiones a que se arriben deben ser valoradas con prudencia y discreción (Silva Melero, 1963, p. 100). Varios doctrinarios¹⁷ —en especial durante el siglo XIX— adoptaron este parámetro, muy criticado por un Rosenberg enfadado al protestar contra quienes habían identificado su propio principio con esta teoría, que confunde la carga de la prueba con la apreciación de la prueba (Rosenberg, 1956, pp. 115-116). Además, el concepto de normalidad resulta ambiguo e impreciso (Arazi, 1986, p. 80) y su proximidad con las presunciones facilitan su confusión.

1.3.2.2. La segunda pauta es una referencia bastante más usual para la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas: imponer las consecuencias de la falta de prueba a quien está en mejores condiciones de probar. Al notarse que el verbo probar apunta a la práctica o producción de la prueba —tal lo admitido expresamente por sus defensores (Peyrano, 1996, p. 1027)—, es muy sencillo advertir un trasfondo de conmixti3n conceptual donde no se deslinda adecuadamente la aportaci3n de la fuente, el ofrecimiento del medio y la ulterior concreci3n de la pr3ctica probatoria. Y as3, quedan desdibujados los casos donde existe una actividad meramente coadyuvante de la parte que no tiene la carga de la prueba¹⁸. Por tanto, sin escalas, se llega a aceptar que, ante cualquier inconveniente o dificultad en la producci3n, se justifica alterar la carga de la prueba¹⁹, cuando la soluci3n desde anta3o se encauza en otros meridianos.

onus probandi incumbit ei qui dicit. Se trata de la versi3n procesal de una regla general3sima de fairness, en virtud de la cual, quien hace una afirmaci3n debe estar listo y dispuesto, si es requerido, a demostrar la verdad de lo que ha afirmado” (Taruffo, 2010, p. 255). Porque “[a]tribuir, en el proceso, la victoria a quien ha alegado un hecho sin demostrarlo parece un privilegio carente de justificaci3n” (Taruffo, 2010, p. 256).

17 Entre ellos, Gorphe, Planiol y Ripert, Framarino dei Malatesta, Fitting, Savigny, Unger, Windscheid y Regelsberger (v. Devis Echand3a, 2012, p. 440-442; Chiovenda, 1925, p. 255; Lessona, 1928, pp. 125-127).

18 En algunas hip3tesis bastante corrientes no basta con la sola actividad del que aport3 la fuente y ofreci3 el medio probatorio. En estos casos, es imprescindible una actividad complementaria de la parte contraria que es la que permite concretar la incorporaci3n de la fuente probatoria al proceso. Podemos citar los supuestos donde se necesita de la contraparte a fin de efectuar una inspecci3n para un peritaje en su propiedad, o en donde deba facilitar documentaci3n que est3 en su poder para compulsarla; en ambos ejemplos se concreta la pr3ctica de la prueba con su apoyo —abrir la puerta o exhibir los instrumentos, por ejemplo—. N3tese que la fuente y el medio pudieron ser presentados por su adversario, pero, por sus caracteres, la producci3n en s3 requerir3 de alguna actividad de ambos litigantes.

19 Este criterio es recibido en el art. 710 *in fine* del C3digo Civil y Comercial argentino para los procedimientos de familia. Dado el sentido tan ambiguo de su enunciado (“la carga de la prueba recae, finalmente, en quien est3 en mejores

1.3.2.3. La tercera se sustenta en los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria, que en rigor de verdad son conceptos distinguibles: esta se vincula con la fuente de prueba que posee en exclusiva una de las partes, por lo que resulta de imposible acceso a su contraria; aquella tiene un mayor alcance, dado que considera los impedimentos que en algunos casos dificultan la producción de la prueba a una de las partes frente a la mayor sencillez con que puede practicarla su adversario. Si afinamos la idea, la teoría de las cargas probatorias dinámicas se apoyaría en el criterio de facilidad, que conduce a un examen del balance de dificultades que cada parte tiene al practicar un medio de prueba.

Cuando se hace referencia, ya sea al criterio o al principio de disponibilidad y facilidad probatoria, en verdad se está observando una regla de basamento pragmático (Montero Aroca, Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, 2001, p. 317) que se sustenta en la proximidad real de las partes con las fuentes de prueba, a los efectos de su producción: tiende simplemente a posibilitar la práctica de una prueba ofrecida considerando el acceso a dicha fuente²⁰. Con frecuencia, el legislador la toma en cuenta para dictar reglas especiales de *onus probandi*. En cambio, el problema se presenta cuando el juez, discrecionalmente, genera una regla de juicio para el caso concreto, aunque se base en esta pauta, porque al alterar el *onus probandi* está violando el derecho de defensa de uno de los litigantes.

Cabe admitir que se induce a la confusión cuando, siguiendo los lineamientos de cierta normativa que acoge la disponibilidad y facilidad probatoria como una matización de la regla general sobre carga de la prueba —caso del art. 217.7 de la LEC española—, se esfuma la distinción entre la práctica de la prueba y las consecuencias de su falta al momento de sentenciar. La circunstancia apuntada no alcanza para lograr una suerte de transformación en la naturaleza de la figura y convertirla en una regla especial de *onus probandi*²¹.

condiciones de probar”) nada obstaría a que se puedan imponer las consecuencias negativas de la falta de prueba a la parte contraria a la que alegó un hecho, si se estima que estaba en mejores condiciones de probar. Lo que conduce a relevar de aportar la fuente, ofrecer el medio y realizar actividad al que afirmó. Por eso, cabe subrayar que no se trata de un problema de carga probatoria, sino de su producción; el enfoque equivocado puede arrastrar a interpretaciones por las cuales lo no probado se tendrá por cierto.

- 20 Es lo que ocurre, bastante a menudo, cuando una parte ofrece como fuente de prueba un peritaje que debe realizarse examinando libros contables, documentos o registros que están en poder de la contraria. Esto evidencia que no le es imposible ofrecer las fuentes —en el caso, esos libros, documentos o registros— a quien afirmó el hecho necesitado de prueba —pues redactará los puntos periciales conducentes en base con lo que necesita demostrar—, sino que los inconvenientes pueden llegar a aparecer por obstrucción o negativa a la compulsión o, de manera más general, a la práctica probatoria. En este escenario lo aconsejable es la aparición del legislador, estableciendo las consecuencias de este comportamiento. Por consiguiente, la aplicación del criterio en examen no le abre la puerta a ninguna inversión judicial de la carga probatoria ni modifica su distribución, que seguirá sometida a las reglas que sean menester.
- 21 Con acierto, Terrasa (2013) agrega una observación: “La aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no solo impide que las partes ejerzan el denominado control *ex ante*, por no mediar contradicción entre ellas respecto de las circunstancias invocadas para alterar el *onus probandi*, sino que, además, restringe la posibilidad del control *ex post* que las partes realizan a través de la motivación de la sentencia. Decimos esto último por cuanto nos parece que la invocación por el juez de la mayor facilidad probatoria, de la disponibilidad de los medios de prueba o de

En definitiva, el criterio aquí comentado se distorsiona cuando es trasplantado con el objetivo de auxiliar a quien omitió la oportuna introducción de una fuente de prueba, o se lo emplea para justificar la fijación judicial de reglas de juicio apoyadas en una supuesta distribución de la carga de la prueba en un proceso en particular.

1.3.3. Tercera crítica: al extender la valoración probatoria a las omisiones o deficiencias de la prueba, hay una confusión de aquella con la carga de la prueba

Un argumento ensayado con asiduidad para sostener la teoría en análisis se edifica a partir del entendimiento de que el *onus probandi* se encuentra sometido o supeditado a una apreciación de las omisiones o deficiencias probatorias. En este sendero, se considera que la aplicación de la carga dinámica de la prueba es una suerte de corolario de la sana crítica (Peyrano, 2004, p. 88). Entonces, necesariamente, la valoración debe adquirir un alcance mayor:

Es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quién se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de probar no produjo la prueba. (Arazi, 1986, p. 85)

En consecuencia:

La utilización de esta doctrina por los jueces al tiempo de sentenciar constituye, en definitiva, una aplicación de la regla de la sana crítica no sólo en la valoración de los medios probatorios sino también de las omisiones o deficiencias de la prueba. (De los Santos, 2016, p. 6)

Un primer inconveniente es tratar de explicar cómo lo omitido o inexistente puede ser apreciado o valorado, pues ambos términos presuponen la existencia de algo o alguien para su realización. Y si estamos ante la denominada *deficiencia de prueba* es porque, a criterio del juzgador, no se ha alcanzado un estándar de prueba suficiente para tener por confirmada la proposición fáctica. En uno y otro caso, el derecho le brinda al juez una solución única para ambas situaciones, que es la aplicación de las reglas de carga de la prueba. Pero, evidentemente, si sube al escenario la teoría de la carga probatoria dinámica —contando apenas con el endeble fundamento recién desmantelado— el resultado será el opuesto. Para ello

otra fórmula similar, como razones para alterar la carga de la prueba y, por esa vía, fundamentalmente, invertir el sentido de la decisión, podría fácilmente encubrir una reducción o rebaja en la necesidad de motivar y ser utilizada como la cobertura argumental de lo que en realidad, y en el mejor de los casos, sería la pura intuición subjetiva del juzgador” (pp. 44-45).

hay que pagar un alto costo: dejar al descubierto la reincidencia en la confusión ya superada entre valoración y carga de la prueba²².

Cabe traer una diferenciación preliminar: asumimos que, procesalmente, apreciación y valoración de la prueba no deben utilizarse como sinónimos²³. La apreciación en sí es un concepto más amplio, comprensivo de dos operaciones que realiza el juez al sentenciar sobre la prueba agregada y practicada en un proceso determinado: la interpretación —donde establece el resultado que se desprende de cada una de ellas— y la valoración propiamente dicha —decide acerca de la credibilidad de cada prueba determinando el valor concreto que se le debe atribuir— (Montero Aroca, 2011, pp. 589-590). Esta aclaración ayuda a detectar la endeblez terminológica impregnada en algunos estudios que buscan indagar sobre el vínculo conceptual de la carga probatoria tanto con la valoración, como con la apreciación.

La confusión entre carga y valoración de la prueba era bastante común hasta finales del siglo XIX²⁴, pese a que aquella no influye, en el proceso civil, sobre la distribución de las consecuencias de la falta de certeza con que el juez queda después de haber agotado los medios de prueba (Micheli, 1989, pp. 171-172). Incluso, vincular la carga de la prueba exclusivamente con la prueba legal es un error, quizá fundado en la mayor dificultad de escindirla cuando se aceptan los sistemas de libre valoración. En todos los casos y en sintonía con la advertencia de Rosenberg (1956, pp. 56-57), la libre valoración y la carga de la prueba dominan dos terrenos que, si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados por límites fijos, pues el dominio de la segunda comienza donde termina el de la primera. Lo que efectivamente cabe admitir es que cuando el juez tiene que regirse por el sistema de la libre valoración, seguramente disminuye la cantidad de casos que presenten datos inciertos. Y, en consecuencia, la aplicación de la carga de la prueba como regla de juicio será menos frecuente que con la prueba legal, pero no desaparecerá, pues implicaría sostener que en la libre valoración “hay siempre prueba perfecta, lo cual es contrario a la realidad” (Devis Echandía, 2012, p. 427).

22 En referencia a la confusión apuntada, Ferrer Beltrán expresa que la carga de la prueba es “aplicable solo, precisamente, cuando el resultado de la valoración es que no hay prueba suficiente acerca de todos o alguno de los hechos del caso” (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, p. 68).

23 Esta distinción no es baladí a efectos de lo que queremos explicar, por dos factores: i) el sistema de prueba legal, tarifada o tasada y el convictivo —comprensivo de las variantes de la libre convicción y la sana crítica (v. Alvarado Velloso, 2009, pp. 121-122)— alcanzan específicamente a la operación de valoración probatoria; no son sistemas de apreciación ni de interpretación y ii) por ende, sólo la valoración probatoria puede ser regida por algunas reglas legales que le señalan al juez el valor probatorio a aplicar en determinados casos; la interpretación es tarea propia del juez, que efectuará considerando su experiencia y conocimiento práctico de la vida (Montero Aroca, 2011, p. 592).

24 Hoy en día, en doctrina lo usual es deslindar ambas esferas. Y así, “en todo sistema procesal deben diferenciarse y separarse en forma estricta la libre apreciación de la prueba, el nivel, medida o estándar de la prueba y finalmente los fundamentos de la carga de la prueba” (Prütting, 2010, p. 463).

En síntesis, valoración y carga probatoria están nítidamente diferenciadas: las reglas de *onus probandi* le enseñan al juez la solución del caso cuando falta prueba, o sea cuando todos los parámetros que guían las operaciones comprendidas en la apreciación de la prueba no le han dado ningún resultado o, directamente, siquiera hay prueba para apreciar. Tratándose de dos conceptos inconfundibles, de ninguna manera puede admitirse la supeditación o sometimiento de la carga de la prueba a las reglas de la sana crítica²⁵ como un argumento válido a la hora de justificar la imposición judicial de las consecuencias de la falta de prueba, que se pregona insistentemente desde los atriles de los defensores de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

1.3.4. Cuarta crítica: la teoría de la carga dinámica de la prueba no propone una regla especial de *onus probandi*, sino un reparto jurisdiccional y discrecional de las consecuencias de la falta de prueba

Al bucear precedentemente en los lineamientos de la teoría de la carga dinámica de la prueba, observamos que se la presenta cual pretendida especie de un género *ad-hoc* y un tanto peculiar que denominan *desplazamiento de la carga probatoria* y que, por eso, conforman “un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba” (Peyrano, 2000, p. 1525). Entonces, pareciera estar a la par de cualquiera de las tantas reglas especiales de *onus probandi* que abundan en el ordenamiento jurídico, apuntando a relaciones jurídicas específicas, las cuales son redactadas tanto de manera directa como indirecta —para lo que se recurre a las *falsas presunciones*, también conocidas como *presunciones aparentes*— (Montero Aroca, 2011, pp. 133-134).

A esta altura cabe repasar que el problema de la falta de prueba al resolver, vinculado a la regla de juicio, puede encararse de dos maneras. En la primera, el juez aplica un sistema de reglas —especiales y una general residual²⁶— elaboradas por un sujeto externo —legislador o doctrinario— que se encuentra preestablecido y, por ello, conocido por las partes de antemano. De este modo, pueden amoldar sus comportamientos —principalmente para recabar fuentes y fijar estrategias procesales en la teoría del caso— a las mencionadas reglas. Estamos, pues, ante instrucciones que el derecho dirige a todas las personas, entre ellos al juez. En la segunda, en cambio, es el juez el que determina en el caso concreto —una vez tra-

25 Tampoco merecen atenderse los argumentos que creen encontrar andamiaje legal de esta sujeción de las reglas de la carga de la prueba a la sana crítica en el art. 139.2 del CGP uruguayo (Vallejos, 2004, p. 460; Arazi, 1986, p. 85), cuyo antecedente sería el art. 133 del proyecto de Código de Procedimiento Civil de Couture, pues en modo alguno ello implica valorar quién estaba en mejores condiciones de probar para considerar un hecho como probado (Valentín, 2008, p. 738).

26 Las reglas generales de carga probatoria no siempre son recogidas por norma expresa; v. gr., en algunas provincias argentinas, como Santa Fe, Córdoba y Jujuy, los CPC no contienen regla general y, sin embargo, los jueces aplican una regla consuetudinaria, que proviene de acreditada doctrina.

mitada, como mínimo, la etapa constitutiva del proceso— cuál de las partes asume las consecuencias de la falta de prueba de una proposición fáctica, sin importar quién la afirmó. Para esta distribución sigue, discrecionalmente, pautas bastante débiles que él mismo establece.

Ambas concepciones presentan características divergentes: la primera entiende al fenómeno como una carga procesal de las partes, mientras que la segunda lo considera como un poder o facultad del juzgador —según corresponda—, limitándolo a una regla de juicio discrecional que se autoimpone. Presentan características tan disímiles que, en la práctica, resultan irreconciliables, al punto que su convivencia en un texto legal, amén de instar la perplejidad, resulta tan inconveniente como notable tributo a la inseguridad jurídica²⁷. Por consiguiente, estas dos vertientes no deben englobarse como las reglas generales y especiales, ya que la distribución jurisdiccional nada tiene que ver con el otro sistema, y no puede ser considerado una regla especial de excepcional aplicación. Vale añadir que cuando se acepta que el juez distribuya las consecuencias del dato afirmado y necesitado de prueba que no fue probado —tal es lo que ocurre—, siempre quedará en sus manos la decisión de cierre o última palabra. Y, en consecuencia, la aplicación de la regla general prevista queda subordinada a su discrecional parecer. Es decir, se desconocen las reglas de carga probatoria que regirán no solo en un potencial proceso a iniciarse, sino también en los que se encuentran tramitando, pues la cuestión será recién dilucidada por cada juez en cada caso que llegue a su conocimiento.

En resumidas cuentas, la teoría de la carga probatoria confiere un poder o facultad jurisdiccional, que autorizaría, en casos determinados, a soslayar las reglas de *onus probandi*, y más precisamente la regla general, para imponer las consecuencias de la falta de prueba a una u otra parte. En consecuencia, no es una regla especial integrante de un sistema apriorístico de reglas de carga probatoria, ni su excepción, sino una implantación casuística por la sola voluntad del juzgador de una manera totalmente distinta de responder al fenómeno de la carencia probatoria al momento de tomar una decisión.

1.3.5. Quinta crítica: el llamado deber de colaboración procesal no afecta a las reglas de la carga de la prueba

Otro de los basamentos de la teoría de la carga probatoria dinámica descansa en un pretendido deber de colaboración probatoria (Vallejos, 2004, p. 472). Sin embargo, la idea encubre otra confusión conceptual, esta vez entre carga procesal y deber.

27 Algunos ejemplos se verifican en algunas legislaciones procesales de este siglo XXI, como el art. 373 del *novo CPC brasileño*, ciertos códigos provinciales argentinos (v. arts. 340 del CPC de la Provincia de San Juan, 382 del CPC de la Provincia de Santiago del Estero y 379 del Código procesal civil, comercial, de familia y violencia familiar de la Provincia de Misiones) y el art. 167 del CGP colombiano —sancionado mediante ley 1564 del 12 de julio de 2012—.

Cuando la teoría en examen hace mención a las mejores condiciones para probar, en puridad solo alcanza al suministro de la prueba que se cristaliza durante su práctica; nunca debería entenderse en el sentido de relevar la aportación u ofrecimiento de la fuente probatoria correspondiente a la parte que tiene la carga de la prueba. Porque si —en el caso concreto— no se diferencia la aportación de la fuente para el levantamiento de la carga con la actividad propia de la producción probatoria, se estará transformando en carga la actividad complementaria que debe efectuar la contraria a requerimiento de quien afirma el dato necesitado de confirmación y apenas ofreció la fuente. Subrepticamente, entonces, se le despeja la carga a quien la tiene, al turno que se la traslada a quien no la tiene²⁸.

A veces, es la parte que aporta la fuente la que tiene a su cargo la totalidad de la actividad tendiente a incorporarla al proceso: basta pensar en la agregación al escrito de demanda de documentos que obran en su poder. Pero en muchas otras oportunidades —por las características peculiares de la práctica de ciertos medios probatorios— se necesita, además, de alguna actuación adicional tanto de un tercero —que puede ser un perito o un testigo— como de la parte contraria a la que ha ofrecido la fuente, que implica el cumplimiento de un deber²⁹.

Empero, si se aplica aquí la teoría de las cargas probatorias dinámicas, se entenderá que en vez de cumplir un deber de actividad complementaria de suministro probatorio, ese litigante se encontraba en mejores condiciones de probar. Entonces, las consecuencias de la falta de prueba del dato afirmado por el adversario son

28 Analicemos un ejemplo bastante repetido: cuando en el plano procesal se reclaman daños y perjuicios derivados de una supuesta mala praxis médica en una intervención quirúrgica, se señala que lo ocurrido en el plano de la realidad social entre las paredes del quirófano no es conocido por el actor, que está allí solo e inconsciente. Lo que es absolutamente cierto. No obstante, esta circunstancia no imposibilita la aportación de las fuentes de prueba —examen médico del paciente, estudios y constancias a través de peritos, o resultado de la autopsia en su caso, enfermeras, instrumentadoras y anestesista que asistieron a la operación, otros galenos que hayan atendido a la víctima, videos de las cámaras de seguridad del nosocomio, historia clínica, artículos de revistas científicas, etcétera— que siempre pueden llegar a ofrecerse de manera completa o completable —v. gr., cuando es necesario solicitar una diligencia previa para determinar datos de algún testigo—. El inconveniente, debe reconocerse, se presenta en la producción o práctica posterior para incorporar o suministrar esas fuentes al proceso. Lo que se soluciona con herramientas muy distintas a las reglas de la carga probatoria, que son llamadas a operar en otro ámbito.

29 Es lo que ocurre cuando el documento aportado por el actor se encuentra en manos de la demandada: nada impide a aquél presentar la fuente expresando que lo tiene la contraparte, y diligenciar la intimación que el juez ordenará para que lo acompañe. Las normas prevén consecuencias si no es arrimado, que bajo ciertos requisitos favorecerán al que aportó la fuente, aunque ella no se introduzca al proceso por reticencia o negligencia del que la tiene en su poder. Lo mismo se verifica cuando, tratándose de una fuente propuesta por la otra parte, no se ponen a disposición de un experto los asientos o registros contables o el demandado no se presenta a realizarse un examen de ADN.

Como se observa, en las hipótesis indicadas estamos ante una cuestión de práctica probatoria, que nada tiene que ver con la carga de la prueba. Porque, incluso acompañado el documento, exhibidos los registros o realizado el estudio genético o aun aplicadas las consecuencias de no haberse cumplido con todo ello, puede permanecer el dato afirmado sin confirmarse. Es ahí, luego de la valoración, donde sí comienza a tallar la regla de juicio de la carga de la prueba. Y en este caso, le hará sentir las consecuencias de la falta de prueba.

transportadas hacia él³⁰. Así, una proposición fáctica de la que no hay ni rastros, puede ser tenida por verdadera. Magia.

Las doctrina cuestiona los intentos de utilizar indistintamente el *principio* de colaboración y la teoría de la carga dinámica de la prueba (Giannini, 2010) y señala que sus partidarios, a través de aquel, buscan “impedir que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja para probar en que se encuentra su adversario” (Terrasa, 2013, p. 45). Y así arriban a una supuesta función moderadora de la carga de la prueba, que nos enfrenta a la siguiente disyuntiva:

1) o bien la falta de colaboración de la parte suministra elementos que permiten “fijar” el hecho controvertido (por medio de inferencias —prueba indirecta— o por efecto de la aplicación de otras disposiciones legales), y en tal caso es irrelevante entrar a considerar el problema de la carga de la prueba; 2) o bien esa conducta de la parte no hace posible alcanzar esa confirmación, y en ese caso —siempre que el hecho controvertido no resulte probado de otro modo— será obligatorio acudir a la regla de la carga de la prueba. En esta última hipótesis, si el juez no procediese así y alegando el “principio de colaboración procesal” dejara de lado esa regla de juicio, estaría indudablemente —como ya vimos— violando la norma jurídica positiva que regula la relación en litigio, y esa decisión *contra legem* no tendría otro “fundamento” que el ser una sanción al litigante que no ha sido solidario, algo que, desde todo punto de vista, parece inaceptable. (Terrasa, 2013, pp. 46-47)

Queda claro que el atribuido deber de colaboración procesal no incide sobre las reglas de la carga de la prueba. Pese a lo cual, la teoría de las cargas dinámicas probatorias lo utiliza como excusa para dejarlas de lado e imponer pretorianamente una consecuencia distinta por la carencia de prueba.

Los inconvenientes generados a partir de la conmixtión entre carga de la prueba e incumplimiento de la actividad complementaria que una parte debe desplegar para que su contraria —que ya ha aportado la fuente al proceso y tiene que impulsar su producción— pueda concluir con la práctica de un medio probatorio que le incumbe, conducen nada menos que a la violación del derecho de defensa³¹. Esta actividad complementaria sí constituye un deber que cuenta con

30 Indirectamente, la teoría de la carga dinámica probatoria fomenta cierta comodidad para la parte favorecida que atenta contra la agregación de un número mayor de pruebas para apreciar, pues no tendrá incentivo alguno para allegar otras fuentes o esforzarse por demostrar; *v. gr.*, indicios de los que derivaran presunciones legales o judiciales.

31 Giannini remarca los inconvenientes que se crean cuando la carga dinámica de la prueba y la colaboración operan en la misma dirección, avisando que “puede ocurrir que la parte que está en mejores condiciones de probar, aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente valorados) no llegue a cumplir con el estándar de prueba exigido para verificar sus alegaciones de hecho” (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, p. 103).

ciertas sanciones previstas en la norma, y es independiente de la carga procesal de la prueba, que se rige por otras reglas que permanecerán inalteradas. Por lo tanto, si no se cumple con este deber, la consecuencia será generalmente la aplicación de alguna presunción legal o, incluso, servirá como indicio para formar una presunción *hominis*, y nunca un cambio en la distribución legal del *onus probandi*.

Lo expuesto auxilia en la cabal comprensión del alcance que corresponde concedérsele a lo que se denomina *deber de colaboración* o *cooperación* probatorias: en realidad no es más que un deber de realizar ciertos actos a requerimiento del adversario —sobre quien pesa la carga de la prueba— como parte integrante y necesaria de la producción probatoria que impulsa. Este comportamiento que se le exige al litigante que no ha afirmado el hecho necesitado de prueba ni le incumbe demostrarlo, está separado por un abismo de un pretendido deber de ayudar a la contraparte a que busque su verdad para que pueda así convencer al juzgador y ganar el pleito. Porque esta idea, antes de encontrar su raíz en una supuesta buena fe procesal, colisiona con la mismísima inviolabilidad de la defensa en juicio.

1.4. El ocaso de la teoría de la carga dinámica de la prueba

Existieron otras objeciones, de gran fortaleza, que también empujaron a la teoría de la carga dinámica probatoria a una previsible crisis; nunca se sobrepuso del primer embate consistente en subrayar que permite modificar las reglas de juego una vez iniciado o —incluso— hasta terminado, ocasionando consabida inseguridad jurídica e indefensión. Los esfuerzos por alejar este ataque tampoco resultaron convincentes³², aunque cabe reconocer que a capa y espada sus adláteres hacen denodados sacrificios para mantener a duras penas su llama encendida en sentencias y publicaciones latinoamericanas, gracias a que aisladas normas asistemáticas han caído en la tentación de darle algún cobijo³³. Si de algo estamos seguros, es que en el modelo de enjuiciamiento adversarial y dispositivo toda distribución jurisdiccional del *onus probandi* representa un elemento extraño a su propia naturaleza; pero, así y todo, las severas críticas que recoge la teoría de las cargas probatorias dinámicas también son bienvenidas hasta por numerosos defensores del publicismo jurisdiccionalista.

32 Dado que las reglas de *onus probandi* guían a las partes desde antes y durante todo el curso del proceso, pero recién se aplican al dictar sentencia, si el juez recala en la teoría de la carga dinámica de la prueba ya es tarde y sorpresivo, generando indefensión. Contra esta crítica, se argumenta que ese riesgo se elimina si el juez anuncia con anticipación que aplicará la teoría de la carga dinámica probatoria (Eisner; 1994, pp. 848-849), por ejemplo en una audiencia preliminar; inicial o previa. Fácil es advertir que el problema no se disipa, porque desconoce una realidad: no siempre la parte que no tenía la carga probatoria estará en condiciones de conseguir una fuente de prueba varios años después de sucedidos los hechos. Nada cambia que las partes asistan impávidas a la escena donde la autoridad jurisdiccional tira por la borda toda la teoría del caso que elaboraron y que ya debieron explicitar en los escritos constitutivos del proceso.

33 Además de las normas procesales y el art. 710 del Código Civil y Comercial argentino ya mencionadas, v. el art. 1735 del mismo cuerpo.

En los últimos años resonaron más voces disidentes provenientes de Europa³⁴, consolidando un frente doctrinario opositor a la teoría, advirtiendo sus peligros y las flaquezas conceptuales de su edificación.

En Colombia, la teoría de la carga dinámica probatoria que se intentara introducir en el segundo párrafo del art. 167 del CGP mereció un duro traspíe en una sentencia de la Corte Suprema³⁵ la cual, en lo que aquí interesa, exhibe razones contundentes contra la distribución jurisdiccional del *onus probandi*:

“distribuir” judicialmente la carga de la prueba e “imponérsela” al demandado (sin importar cuál sea la causa de esa alteración) aparejaría el resultado de condenarlo tanto cuando logra demostrar el supuesto de hecho que se le exige, como cuando no lo hace; lo que equivaldría a aplicar una norma sustancial creada por el juez, o —lo que es lo mismo— fallar sin ley preexistente; destruyendo de esa forma el principio de legalidad como pilar esencial del sistema jurídico. (SC 9193-2017)

Y agrega:

La distribución de la carga de prueba, en suma, no depende de las particularidades de cada caso concreto, ni de la actuación de las partes dentro del proceso, ni de su mayor o menor cercanía con las evidencias, sino que se deduce exclusivamente de la estructura de la relación jurídica material que ha de decidirse, y por tanto siempre está prefigurada por la norma sustancial de carácter general, impersonal y abstracto, es decir que está dada de manera a priori y el juez no puede desconocerla o variarla sin que altere el mandato de la ley sustancial. (SC 9193-2017)

Luego de distinguir adecuadamente la carga de la prueba con el deber de suministrar o aportar la prueba, y de concluir “que la única interpretación jurídicamente admisible” del segundo párrafo del art. 167 CGP “consiste en entenderlo como una ‘regla de aportación o suministro de pruebas’ que se aplica hasta antes de dictar sentencia”, expulsa de él la teoría de la carga dinámica de la prueba³⁶ en estos términos:

34 *V. gr.*, los pronunciamientos con argumentos diferentes de Jordi Nieva Fenoll y Jordi Ferrer Beltrán (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, pp. 45-48 y 74-79)

35 SC 9193-2017 del 28 de junio, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez.

36 Sin dudas, el legislador colombiano incorporó la teoría de las cargas probatorias dinámicas al art. 167 CGP, que es antagónica con la regla general del primer párrafo de esa misma norma (Calvino, 2016, p. 59). En este caso, la Corte Suprema dio preferencia a la regla de cierre, lo que nos parece tan plausible como inaceptable aquella teoría. Pero de ahí a pretender que lo que sí puso el legislador no es como él lo entendió sino otra cosa, hay un trecho, porque también podría interpretarse que el normador sabía lo que escribía y, entonces, gracias al segundo párrafo, estipuló que es el juez quien determina según las particularidades del caso concreto si se aplica o no la regla general. O sea, que se inclinó por el otro modelo para solucionar la falta de prueba al resolver. Lo que sería una clara involución, algo

No existe ninguna razón para sostener que la regla contenida en el segundo inciso del artículo 167 del Código General del Proceso es una excepción al principio de la carga de la prueba, o una incorporación de doctrinas foráneas sobre “distribuciones ad hoc de cargas probatorias dinámicas”, cuyo resultado práctico conduciría a una usurpación por parte de los jueces de las competencias propias del legislador, al distorsionar el significado objetivo de las normas sustanciales. (SC 9193-2017)

Tras haber corrido mucha agua debajo del puente, a la teoría de las cargas probatorias dinámicas se le debe reconocer que, pese a su inocultable fragilidad, ha logrado hacer ruido. Como enjundioso intento en favor del activismo judicial, ha perdido casi todo su poder de seducción. No sería de extrañar que se esté alistando para comenzar a deambular lentamente por un derrotero en declive, siempre impiadoso con las modas.

2. El regreso del escepticismo acerca de la carga de la prueba

Cada tanto, resurge una tesis ya conocida hace mucho tiempo —y recurrentemente contestada— en la que se sostiene que en los procedimientos o sistemas inquisitivos no es necesaria o no se aplican las reglas de la carga de la prueba, debido a la posibilidad de ordenar pruebas de oficio. Se arriba a una conclusión similar cuando se defiende un vínculo de carácter exclusivo entre el proceso dispositivo y la carga de la prueba, tal como señala Chiovenda (1925) deslizando alguna influencia de Wach:

La teoría de la carga de la prueba guarda íntima relación con la conservación del principio dispositivo en el proceso, por lo que se refiere a la declaración de los hechos. En un sistema que admitiese la investigación de oficio de la verdad de los hechos, el reparto de la carga de la prueba no tendría razón de ser³⁷. Pero sucede que con la tendencia contraria al principio dispositivo en la declaración de los hechos, se manifiesta una tendencia contraria al reparto legal de la

nada raro en momentos de insistencia en diversas recetas regresivas desde un sector importante del procesalismo civil latinoamericano.

37 En consonancia, Montero Aroca (2011, p. 124), al expresar que la distinción entre carga material —*objektive o materielle Beweislast*, o *Feststellungslast*— y carga formal —*subjektive, formelle Beweislast* o *Beweisführungslast*— de la prueba es típicamente alemana, y corre el riesgo de devenir cada vez más inútil si se advierte que en un proceso civil dispositivo las dos coinciden, mientras que si el proceso deja de ser dispositivo y se convierte en un procedimiento inquisitivo no es que la carga formal desaparezca, es que la noción misma de carga de la prueba pierde su sentido.

carga de la prueba: de esto descúbrese ya manifestaciones en la doctrina³⁸ y también en las labores legislativas más recientes. (p. 262)

Se desprende de lo anterior la enseñanza de que la carga de la prueba es propia del proceso dispositivo, y que en los procedimientos inquisitivos el reparto de las consecuencias del déficit probatorio corresponde al juez, pues las reglas de *onus probandi* son innecesarias³⁹. Sin embargo, esta visión lineal y simplista es equivocada y choca con la realidad, pues por más poderes probatorios oficiosos que ejerza cualquier juez inquisidor, siempre existe la posibilidad de que fracase la práctica de la prueba que él mismo ordena, por distintos factores. Es decir, la falta de prueba al resolver es una consecuencia de las naturales limitaciones del ser humano; no se arregla adjudicando mayores poderes probatorios a los jueces. Parece más atendible, entonces, argumentar que las facultades inquisitivas pueden reducir los casos en que deban recurrirse a las reglas de la carga de la prueba, pero en absoluto las eliminan (Devis Echandía, 2012, p. 420).

Esta discusión, aparentaba tener en la actualidad poco sentido por la fuerza de la vida cotidiana: sobran los ejemplos de procedimientos inquisitivos donde se aplican a menudo reglas generales de carga de la prueba puntillosamente legisladas para ellos en los códigos de procedimientos⁴⁰. Sin embargo, muy recientemente, se han presentado opiniones escépticas sobre la carga de la prueba, que emanan de la pluma de dos reconocidos doctrinarios⁴¹ y que aparentan reavivar un debate.

La primera aproximación nos la trae Taruffo (Nieva Fenoll *et al.*, 2019) dentro de su “concepción del proceso”, al señalar que “con ella la carga de la prueba incluso si se entiende en un sentido objetivo, no tiene ninguna conexión necesaria” (p. 19). A continuación, propone un “pequeño experimento mental” donde invita a imaginar “un ordenamiento en el que no existe regla sobre carga de la prueba”, para concluir tras él que:

38 Chiovenda (1925, p. 262) trae a colación, con la cita respectiva, la idea de Kohler, quien: “considera toda la doctrina sobre la carga de la prueba como propia de un período ‘ahora ya pasado’, como una derivación del sistema de la prueba legal. Sostiene que a las condiciones de equidad aproximativa que inspiran las normas generales sobre la carga de la prueba, deben sustituirse precisas condiciones de equidad en cada caso por el juez”.

39 Vale aclarar que tanto Rosenberg (1956, p. 21) como Micheli (1989, pp. 222-228) y Devis Echandía (2012, p. 420), entre otros, sostienen que las reglas de carga probatoria no se limitan al campo del proceso dispositivo.

40 Como muestra, basta recordar el art. 177 del CPC colombiano de 1970 que ahora forma parte del art. 167 CGP como su primer párrafo.

41 V. en Nieva Fenoll *et al.* (2019), los trabajos de Taruffo (“Casi una introducción”, pp. 11-21) y Nieva Fenoll (“La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, pp. 23-52). El título del libro es muy sugerente (*Contra la carga de la prueba*), y contiene una crítica de los cuatro autores respecto a la teoría de la carga dinámica probatoria (Taruffo, pp. 12-15; Nieva Fenoll, pp. 45-48; Ferrer Beltrán, pp. 63-84; Giannini, pp. 89-113). Pero solo el segundo es terminante al predicar la eliminación absoluta de la carga probatoria en general, mientras que Taruffo y Ferrer Beltrán no se animan a tanto, aunque coinciden en la idea de prescindir de su aspecto subjetivo.

[e]n esencia, la decisión que se tomaría correctamente sin tener en cuenta las cargas probatorias, y refiriéndose solo a la prueba o la falta de ella sobre los hechos que son relevantes en virtud del derecho sustantivo aplicable, termina coincidiendo exactamente con la que se deriva de la utilización de una regla que previese tales cargas. (p. 20)

Luego de apoyarse en el principio de adquisición de la prueba para criticar la dimensión subjetiva y argumentar que “la regla sobre la carga de la prueba no encuentra aplicación efectiva en el curso del proceso y no afecta realmente las iniciativas probatorias de las partes” (p. 17) y sostener que parece infundada la “pretendida dimensión subjetiva de la carga de la prueba” (p. 21), la estocada final no se hace esperar:

resulta evidente que la misma regla de la carga de la prueba —también entendida en un sentido objetivo— no constituye el criterio fundamental para la obtención de una decisión basada en la prueba —o en la falta de ella— de los hechos que tienen una relevancia jurídica sustancial. (p. 21)

A su turno y con una visión similar del proceso civil, Nieva Fenoll redobla la apuesta de Taruffo y es mucho más tajante. Propone “un proceso sin carga de la prueba” (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, p. 43) con un eventual regreso del *non liquet* (p. 44). Principalmente, aduce que “el sistema de carga de la prueba estaba configurado siguiendo la pauta del sistema de prueba legal, hasta el punto de confundirse” (p. 35), por lo que al irrumpir la libre valoración “ya no importa quién pruebe un hecho” pues lo que interesa “es averiguar la veracidad” de ellos, o sea lo que se denomina carga objetiva de la prueba (p. 38), cuestión que “se deja ya claramente para el final del proceso, cuando tras una actividad probatoria infructuosa se descubre la insuficiencia de prueba” (p. 39).

Por lo tanto,

todo ello ya no forma parte de un reparto de cargas, ni siquiera de una cuestión de cargas. En realidad, estamos en este trance ante la simple averiguación de los hechos en el proceso, que como es obvio es el producto solamente de la valoración de la prueba y no depende de carga alguna. [...] si los hechos están probados, se declarará su existencia, y al revés si no lo están, con las consecuencias legales de estimación o desestimación de la demanda que ello conlleve. Descubierto lo anterior en ese instante de la historia jurídica, en puridad, la carga de la prueba como concepto debió dejar de existir, puesto que carecía de toda utilidad. (pp. 39-40)

Sin pretender aquí entrar en polémicas ni discutir sobre las diferencias ideológicas y filosóficas acerca del modelo de justicia —y el proceso civil en particular— que nos separan, expresaremos nuestro respetuoso disenso con estas

dos propuestas autorales que minimizan o desconocen la utilidad de la carga de la prueba. Por el límite de espacio otorgado, dejaremos para otra oportunidad el examen de algunos puntos que no compartimos —*v. gr.*, el retorno al *non liquet* y la vinculación de la carga de la prueba exclusivamente con la valoración legal de la prueba—. Nos contentaremos, como respuesta, con defender con dos argumentos la posición contraria, *a favor de la carga de la prueba*, para que el lector saque sus conclusiones. Aunque, preliminarmente, creemos oportuno hacer un par de aclaraciones.

En primer término, la regla de adquisición o comunidad de la prueba⁴² no es incompatible con la carga de la prueba; incluso en la experiencia procesal cotidiana se puede verificar su convivencia. Aquella considera que la prueba rendida “pertenece al proceso” (Azula Camacho, 2008, p. 5), con un par de metas: sumar elementos al acervo confirmatorio del proceso e impedir la especulación una vez visto su resultado. Por tanto, la parte que ha practicado un medio ya no puede desistir de la prueba agregada en su consecuencia. Ergo, “el grado de credibilidad que produzca en relación con los hechos, le pertenece al proceso” (Azula Camacho, 2008, p. 5). Esa prueba recién será valorada por el juez al resolver, por lo que late la posibilidad de que sea declarada insuficiente al no alcanzar el estándar probatorio ni haya otras que sirvan para tener por probado el hecho. En ese mismo instante, corresponde recurrir a la regla de carga de la prueba. Algo más: sin perjuicio de infrecuentes excepciones —que una parte practique y agregue prueba favorable a la otra, o que lo haga oficiosamente el juez—, lo corriente es que el proceso adquiera pruebas gracias a que un litigante trata de levantar su carga de la prueba para no correr el riesgo de depender de otros y sufrir consecuencias perjudiciales. En ambas hipótesis, el problema no está en el sujeto que trajo la prueba ni cuando es suficiente, sino en su déficit. En síntesis, la vigencia del principio de adquisición no erradica la carga probatoria, siquiera en su función como regla de conducta. Más adelante, al ocuparnos de la utilidad procesal de la carga de la prueba, se ofrecerá otro punto de sustento a lo anterior.

En segundo lugar, no siempre el juez, para declarar existente un hecho y aplicar la consecuencia jurídica, debe tenerlo probado. Es decir, en algunos casos aquella se alcanza sin demostrar el presupuesto fáctico de la norma⁴³, como cuando

42 La adquisición o comunidad de la prueba proviene de un concepto más general que Chiovenda (1925) denomina *principio de la adquisición procesal* y explica en estos términos: “Del hecho de que las actividades procesales pertenecen a una relación única, derivase también otro principio importante, y es que los resultados de las actividades procesales son comunes entre las partes (adquisición procesal). En otras palabras, cuando la actividad de una parte es perfecta y completa para producir sus efectos jurídicos, estos pueden ser utilizados por la otra parte” (p. 205).

43 El ejemplo más sencillo —aunque como veremos, un tanto apresurado— lo encontraríamos ante un enunciado fáctico admitido por la parte contraria, que luego operará como presupuesto de la norma cuya consecuencia se aplica. Pero podría descartarse atendiendo a que, si bien quedan excluidos del tema de prueba, un segmento doctrinario trata a la admisión como una especie de confesión.

se requiere una afirmación o negación indefinida, que está excluida del tema de prueba por ser de imposible demostración para quien la alega (Devis Echandía, 2012, p. 202). Es lo que ocurre si se pretende la caducidad por falta de uso de un registro marcario, donde el actor afirma que el titular registral no la ha utilizado de manera efectiva y real durante un plazo que prescribe la ley. Por consiguiente, es el demandado quien debe demostrar el uso de la marca⁴⁴; si no lo hace, el juez aplicará la consecuencia jurídica solicitada por el actor sin ninguna prueba, y ordenará la caducidad del registro. Puede percibirse, a manera de adelanto, la relación entre tema o necesidad de prueba y *onus probandi*.

Ahora sí, revisemos dos argumentos —no exentos de componentes pragmáticos— que, para nosotros, corroboran la utilidad de la carga de la prueba:

2.1. El primero tiene que ver con la necesaria reivindicación de la función como pauta de conducta que la carga de la prueba contiene; aspecto que en la práctica excede lo procesal y hasta lo jurídico. Las reglas de *onus probandi* tienen un impacto innegable desde la recaudación de fuentes e información útil para el ulterior suministro de pruebas. Esto ocurre porque se sabe de antemano sobre quién recae el interés por probar determinado hecho que puede llegar a ser introducido en un proceso.

De esta forma se impulsa a que las personas, en general, tiendan a *recoger pruebas* ni bien sucede un hecho del que, estiman, podría surgir un conflicto intersubjetivo de intereses y hasta un litigio⁴⁵. Y su influencia se prolonga, en relación ya con las partes procesales, con la aportación y práctica de la prueba. Lo apuntado seguirá ocurriendo en la vida misma, con prescindencia de lo que se pueda explicar desde una biblioteca o un foro académico. La división entre *carga subjetiva* y *objetiva* realiza un aporte no modesto a la distorsión del concepto mismo de carga de la prueba: si en puridad hablamos de carga procesal, siempre será subjetiva (Devis Echandía, 2012, p. 415). Cuando se hace referencia a la denominada *carga subjetiva de la prueba* —ya sea separada conceptualmente de la *carga objetiva*, o no—, se está observando un fenómeno limitado a la esfera procesal o procedimental, que no coincide exactamente con el parámetro de comportamiento apuntado, que lo excede.

44 Nótese que la Ley española de marcas 17/2001, del 7 de diciembre, en su art. 58 contiene una regla especial de carga de la prueba, imponiéndole al titular marcario la demostración del uso o de las causas justificativas de la falta de uso. Aun si la legislación no tiene esta regla especial, como pasa en la Argentina, la solución es idéntica, pues al tratarse de un hecho indefinido (“el demandado nunca usó la marca”), está fuera del *thema probandum* procesal, teniendo la otra parte la necesidad de probar un hecho que lo derribe (“este producto, rotulado con mi marca, se fabrica y ofrece en el mercado desde hace cinco años”) que, como es de posible prueba, sí lo integra.

45 Y así es que, en general, se toman fotografías con el celular, se ubican los testigos presenciales y se busca información —por dar solo unos ejemplos— ni bien ocurre una colisión o accidente de tráfico. Pero también la carga de la prueba sigue ordenando comportamientos ulteriores, se efectúen o no en un proceso: si es necesario presentar algún reclamo extrajudicial por ese hecho, se evalúa si esas pruebas servirán de soporte; si se da intervención a un abogado, seguramente pondrá su arte para poder recabar otras fuentes probatorias. Y, una vez ingresados en el plano procesal, la carga de la prueba ordena la aportación de las fuentes de prueba, los ofrecimientos de medios probatorios y toda la actividad probatoria.

Negar esta misión de la carga de la prueba como regla de conducta, es desconocer el incentivo a que las personas recaben y conserven fuentes de prueba que después pueden ser imprescindibles —por más poderes probatorios oficiosos se les den a los jueces— para confirmar una proposición fáctica en juicio, redundando en la conformación de un mejor acervo probatorio. Pueden dejarse de obtener registros o, en general, perderse pruebas que más tarde no se podrán recuperar o mandar a constituir. Aparece cierto contrasentido y hasta algún desconocimiento de la acuciante realidad de la litigación cuando, por un lado, se declama la búsqueda de la verdad como fin del proceso y la necesidad de que el juez cuente con la mayor cantidad de pruebas al sentenciar como sustento de una decisión justa —y de este modo, se llega a justificar la prueba de oficio— y, por el otro, se reniega de un típico y eficiente estímulo para que las partes recaben previamente pruebas y aporten más fuentes al proceso. Esperar que los elementos probatorios germinen a partir de los poderes probatorios oficiosos es, cuanto menos, ingenuo.

2.2. El segundo, apunta a enfatizar una utilidad que, por razones prácticas, hace imprescindible la carga de la prueba. Coincidimos en que “no constituye el criterio fundamental para la obtención de una decisión basada en la prueba” (Nieva Fenoll *et al.*, 2019, p. 21) y mucho más: no es ningún criterio al respecto, justamente porque responde a una hipótesis diversa, como lo es la ausencia de prueba. Pero no acompañamos las prédicas que le restan mérito o toda influencia en el proceso, y aún menos las que propagan su abolición.

Para sostener la posición escéptica, se parte de la base de que el juez, si tiene probado el hecho o no lo tiene, en la sentencia arriba al mismo resultado que el fijado por las reglas de *onus probandi*, lo que las haría completamente prescindibles. Sin embargo, no se contempla que alguna regla especial de *onus probandi* aplicable al caso puede conducir a una solución diferente, o aquellas situaciones —a las que ya nos referimos— donde no es necesario probar el presupuesto de hecho para aplicar la consecuencia jurídica de la norma.

Pasemos a ocuparnos de un trascendente aporte de la carga probatoria al proceso, para disipar su pretendida inutilidad.

Por varias razones —economía, eficacia, celeridad y buen orden, entre otras—, el derecho procesal busca acotar el campo probatorio por la gran actividad que requiere. Para ello, ofrece y recurre a distintos conceptos con los que se cristalizan herramientas orientadas a tal fin. Sería un despropósito práctico que cada enunciado introducido por las partes tenga que probarse, sea cual fuere y tenga, o no, relación con el objeto del proceso.

Como el objeto de prueba es un concepto general, abstracto y bastante amplio, la delimitación en un caso particular requiere de otro: el *tema de prueba*.

Las proposiciones fácticas que una parte incorpora —cumpliendo unas condiciones— son sometidas a debate con la contraria⁴⁶, quien puede asumir distintas y consabidas actitudes —desde no expedirse o no contradecirlas, hasta negarlas, responder evasivamente o admitirlas, por ejemplo—. A consecuencia de ello, el tema de prueba es recibido legalmente para que se ocupe de limpiar el horizonte, desechando —con algunas excepciones— la necesidad de probar ciertas proposiciones fácticas: las confesadas o admitidas por ambas partes —que no sean de demostración necesaria o comprometan el orden público—, las notorias, las indefinidas, las presumidas legalmente, las imposibles, las que no conforman el objeto procesal, etcétera. Dentro de los dominios del *thema probandum* se encuentran los que se conocen como hechos controvertidos —salvo los que están eximidos de prueba—. Su típico exponente es el hecho afirmado por una parte que, a su vez, es negado por su adversario (Alvarado Velloso, 2009, p. 26) o discutido.

Pues bien: un hecho afirmado en un proceso es controvertido porque contamos con un enunciado fáctico y su negación o discusión por la parte contraria. No obstante, la inmensa mayoría de las negaciones implican en sí mismas una afirmación fáctica que es pasible de demostración —la excepción son las de carácter indefinido, que no son susceptibles de prueba (Framarino dei Malatesta, 1992, p. 162; Devis Echandía, 2012, pp. 196-197)—. De esta manera, el *thema probandum* alcanza casi siempre a unas y a otras. Lo que nos enfrentaría a una proliferación de la actividad probatoria insoportable, pues falta una regla que la distribuya cuando se trata de confirmar los hechos controvertidos, dado que estos involucran enunciados fácticos de ambas partes⁴⁷.

Realicemos ahora, bajo el contexto señalado, un pequeño experimento mental e imaginemos que hemos expulsado de una vez y para siempre todas y cada una de las reglas de carga de la prueba, porque en algún momento la doctrina instaló definitivamente la idea de que eran inútiles, y el legislador actuó en consecuencia...

El tema de prueba, concepto de capital importancia para la prueba procesal, brinda directrices para la selección de hechos necesitados de prueba en un proceso en particular, por lo que se ocupa solo de delimitar un marco muy amplio y general de la actividad probatoria, sin entrar en detalles. La faena es completada por las reglas de la carga de la prueba, encargadas de distribuir entre las partes el interés de probar para no ser perjudicados por la falta de prueba y aclarando la

46 Por eso, en los simples procedimientos donde interviene un peticionante y una autoridad que resuelve, la noción de hecho controvertido no tiene lugar, el alcance del tema de prueba es diferente y tampoco hay cargas procesales, sino procedimentales.

47 Framarino dei Malatesta (1992) advierte magistralmente la situación en su obra de finales del siglo XIX, en estos términos: “si al entendimiento que ignora se le presentan dos afirmaciones, contrarias entre sí y relativas a un mismo hecho, es necesario comenzar por imponer la obligación de probar la una o la otra, si se quiere recorrer dicha escala ascendente, cuyo primer escalón es la duda, y el último, la certeza” (p. 155).

posición de cada una de ellas frente al hecho generador de una consecuencia jurídica. En otras palabras, organiza de manera más eficiente la actividad probatoria sobre los hechos necesitados de prueba repartiendo responsabilidades y evitando superposiciones, al tiempo que trasciende a la órbita de la decisión, como regla de juicio subsidiaria. Tema de prueba y carga de la prueba, pues, están íntimamente relacionados (Azula Camacho, 2008, p. 46) ya que esta circunscribe el panorama probatorio de cada parte a los hechos que le interesan como fundamento de su pretensión (Devis Echandía, 2012, p. 136).

Sin dudas, minimizar la importancia de la carga de la prueba y mucho menos, exclamar su abolición, no nos parecen buenas ideas para suscribir. Porque sus inocultables aportes no se agotan en el respeto a la esfera de libertad de los litigantes y su derecho de defensa, ni en ordenar y hacer más eficientes las actuaciones procesales y probatorias. También suma sus virtudes para sustraer del arbitrio judicial el establecimiento de las consecuencias de la falta de prueba.

Afortunadamente, las reglas de la carga de la prueba son como las brujas. Que las hay, las hay. Solo que debemos salir a buscarlas en los sitios adecuados.

Conclusiones

Dos manifestaciones han irrumpido en los últimos cuarenta años con el fin de conmover la aceptación bastante arraigada que el instituto de la carga de la prueba ha logrado en el universo jurídico. Sin ser novedosas las ideas en que se apoyan, cabe reconocer a ambas apariciones, al menos, que se las han arreglado para presentar sus argumentos de manera atrayente. No obstante, el empeño puesto en la causa, nada hace pensar que el sistema de reglas preconcebidas de carga de la prueba deba dejar su lugar, pues ninguna de estas dos propuestas resulta superadora, si de tener un mejor modelo de justicia se trata.

La teoría de la carga dinámica de la prueba, que aún sigue teniendo desprevenidos o porfiados defensores, nos parece inadmisibile, con lo que compartimos la posición de la doctrina mayoritaria. A tal efecto, nos hemos ocupado de criticarla aquí con solo algunos de los argumentos con que se la puede atacar, de por sí más que suficientes. Y así: i) no respeta a la carga de la prueba como fenómeno jurídico, sumiéndola en la discrecionalidad jurisdiccional; ii) esta discrecionalidad solo está apuntalada por parámetros muy débiles de distribución; iii) para justificarla, se incurre en el error de extender la valoración probatoria a las omisiones o deficiencias de la prueba, confundiendo valoración con carga de la prueba; iv) no se trata de una regla especial de *onus probandi*, sino de un reparto jurisdiccional y discrecional de las consecuencias de la falta de prueba; v) el llamado deber de colaboración procesal en que se apoya no afecta a las reglas de la carga de la prueba,

exhibiendo otra equivocación conceptual. Adicionalmente, hemos recordado el primer embate que ha recibido la teoría de la carga probatoria dinámica —sobre la modificación de las reglas de juego que implica, una vez comenzado el proceso—, y del que no ha podido recuperarse, pues deja al descubierto la inseguridad jurídica e indefensión que provoca.

A su turno, muy recientemente, han resurgido ideas escépticas sobre la carga de la prueba, restándole entidad o, derechamente, en algún caso pidiendo su retiro definitivo por causal de inutilidad. Sin embargo, para enarbolar estas posiciones, se recurre a la cuestionable distinción entre carga subjetiva y objetiva de la prueba, cercenando la primera. Ello conduce a desconocer su aspecto como regla de conducta, que funciona como incentivo para recabar pruebas al tiempo que ordena la actividad probatoria procesal de las partes. De este modo, se percibe cierta contradicción, pues mientras se pregona la búsqueda de la verdad como fin del proceso y la necesidad de contar con la mayor cantidad de pruebas como sustento de una decisión justa —con lo que se creen justificar poderes probatorios oficiosos—, se reniega de un eficiente estímulo para que las partes recaben previamente esas pruebas.

Amén de lo anterior, la poca importancia o incluso la absoluta inutilidad de la carga de la prueba estarían dadas en que el juez, si tiene probado el hecho o no lo tiene, arriba al mismo resultado que el fijado por las reglas de *onus probandi*. Pero esto no siempre es así, porque a veces alguna regla especial puede imponer una solución distinta o, en algunas ocasiones, no es necesaria la prueba del presupuesto fáctico para que el juez aplique la consecuencia normativa. Finalmente, no hay que olvidar que las reglas de carga de la prueba tienen una utilidad irremplazable: son las encargadas de organizar de manera más eficiente la actividad probatoria sobre los hechos necesitados de prueba, sobre todo repartiendo responsabilidades en relación con los hechos controvertidos. Se evitan así superposiciones y el dispendio probatorio que implicaría, *v. gr.*, la demostración de todos los enunciados fácticos y sus negativas, además de su influencia como regla de juicio subsidiaria que permite resolver ante la falta de prueba.

Sin dudas, nos mantenemos a favor de la carga de la prueba.

Referencias bibliográficas

- Abal Oliú, A. (2014). *Derecho procesal* (Vol. V). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Airasca, I. M. (2004). Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 125-152). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Alvarado Velloso, A. (2009). *Sistema procesal. Garantía de la libertad*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Aquino, S. T. (1990). *Suma de teología*. (Trad. Patrón, O.C.). Madrid: Biblioteca de autores cristianos.
- Arazi, R. (1986). *La prueba en el proceso civil, teoría y práctica*. Buenos Aires: La Rocca.
- Azula Camacho, J. (2008). *Manual de derecho procesal* (3^{ra} ed.) (Tomo VI). *Pruebas judiciales*. Bogotá: Temis.
- Balestro Faure, M. (2004). La dinámica de las cargas probatorias. Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 321-365). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Baracat, E. (2004). Estado actual de la teoría de la carga dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 267-319). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Barrios de Ángelis, D. (2005). *Teoría del proceso* (2a ed.). Buenos Aires: BdeF.
- Bonnier, E. (1869). *Tratado teórico-práctico de las pruebas en derecho civil y penal*. (Trad. Caravantes, J.V.). Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, a cargo de Julián Morales.
- Briseño Sierra, H. (1969). *Derecho procesal* (Vol. II). México D.F.: Cárdenas.
- Calvino, G. (2016). *Carga de la prueba*. Buenos Aires: Astrea.
- Carbone, C. A. (2004). Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 197- 228). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Carnelutti, F. (1959). *Instituciones del proceso civil* (5^a ed. italiana) (Vol. I). (Trad. Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJEA.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios de derecho procesal civil* (Vol. II). (Trad. Santaló, J.C.). Madrid: Reus.
- Couture, E. (1978). *Fundamentos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Damaška, M. R. (2015). *El derecho probatorio a la deriva*. (Trad. Junoy, J. P.). Buenos Aires: Marcial Pons.
- De los Santos, M. A. (2016). Tutela judicial efectiva y cargas probatorias dinámicas. *La Ley*, AR/DOC/2533/2016.
- Devis Echandía, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial* (6a ed.) (Vol. I). Bogotá: Temis.
- Eisner, I. (1994). Desplazamiento de la carga probatoria. *La Ley*, 1994-C, 846.
- Fenochietto, C. E. (2003). El principio de demanda y los hechos exentos de prueba. En AA.VV. (eds.), *Los hechos en el proceso civil* (p. 47). Buenos Aires: La Ley.
- Framarino dei Malatesta, N. (1992). *Lógica de las pruebas en materia criminal* (4a ed.) (Vol. I). (Trad. Guerrero, S.C.). Bogotá: Temis.

- García Grande, M. (2005). *Las cargas probatorias dinámica. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris.
- Gelio, A. (1959). *Noches áticas, capítulos jurídicos*. (Trad. Calvo, F.N.). Buenos Aires: EJEA.
- Giannini, L. J. (2010). Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria). *La Ley*, 2010-F, 1136.
- Goldschmidt, J. (1936). *Derecho procesal civil*. (Trad. Castro, L. P.). Barcelona: Labor.
- Kielmanovich, J. (2010). *Teoría de la prueba y medios probatorios* (4ª edición ampliada y actualizada). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lépori White, I. (2004). Cargas probatorias dinámicas. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 35-73). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lessona, C. (1928). *Teoría general de la prueba en derecho civil o exposición comparada de los principios de la prueba en materia civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, etc.* (3ra ed.) (Vol. I). (Trad. Paz, E. A.). Madrid: Reus.
- Micheli, G. A. (1989). *La carga de la prueba*. (Trad. Melendo, S.S.). Bogotá: Temis.
- Midón, M. S. (2007). *Derecho probatorio, parte general*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Montero Aroca, J. (2011). *La prueba en el proceso civil* (6a ed.). Pamplona: Civitas.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S. (2001). *El nuevo proceso civil. Ley 1/2000*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J. y Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Palomo Vélez, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?. *Revista Ius et Praxis*, 19(2), 447-464.
- Pastor, C. D. (2004). Cargas probatorias dinámicas y su aplicabilidad a la inoponibilidad de la personalidad jurídica. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 419-433). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. W. (1996). Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *La Ley*, 1996-B, 1027.
- Peyrano, J. W. (2000). Otra entronización legal de las cargas probatorias dinámicas: el novísimo Código Procesal Civil Correntino. *El Derecho*, 187, 1525.
- Peyrano, J. W. (2004). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (pp. 75-98). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. W. (2009). Carga de la Prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios. En AA.VV. (eds.), *La prueba en el proceso judicial* (pp. 209-231). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O. (1984). Lineamientos de las cargas probatorias 'dinámicas'. *El Derecho*, 107, 1005-1007.

- Peyrano, M. L. (2004). La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (Ley 1/2000). En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (p. 179-193). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Pinochet Cantwell, F. (2012). Cargas dinámicas de la prueba. El agravamiento en Chile. En Gómez Colomer, J. L., Barona Vilar, S. y Calderon Cuadrado, M. (eds.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango: Juan Montero Aroca, Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños* (pp. 729-759). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. *Revista Ius et Praxis*, 16(1), 453-464.
- Rosenberg, L. (1956). *La carga de la prueba*. (Trad. Krotoschin, E.). Buenos Aires: EJEA.
- Silva Melero, V. (1963). La prueba procesal (Tomo I, teoría general, primera parte, principios fundamentales). *Revista de Derecho Privado*.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. (Trad. Scagliotti, D.A.). Madrid: Marcial Pons.
- Tepsich, M. B. (2004). Cargas probatorias dinámicas. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (p. 153-167). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Terrasa, E. (2013). *Cargas probatorias dinámicas*. Medellín: Corporación Universitaria Remington.
- Trujillo Cabrera, J. (2006). *La carga dinámica de la prueba, conceptos fundamentales y aplicación práctica*. Bogotá: Leyer.
- Valentín, G. (2008). Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas. En AA.VV. (eds.), *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso* (pp. 723-742). Lima: San Marcos.
- Vallejos, J. C. (2004). Cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica. En AA.VV. (eds.), *Cargas probatorias dinámicas* (p. 455-478). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. La barca

**Estudios
de Derecho**
Fundada en 1912



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas*

Andrés Bordalí-Salamanca**

Resumen

El presente trabajo tiene por finalidad analizar cómo ha evolucionado el proceso civil de tipo continental a la luz del principio de igualdad, desde una igualdad formal a una material. Esa evolución se refleja en una serie de reformas legislativas en la mayoría de los países de tradición continental, que buscan igualar la posición de las partes en el proceso. Dentro de las últimas medidas correctoras están aquellas que buscan alterar la clásica y liberal regla del *onus probandi*, que se entiende, desfavorece en muchos casos la situación del demandante débil o de quien no dispone de las fuentes de prueba. Se estudia, por tanto, la denominada carga dinámica de la prueba, las presunciones a favor de los demandantes y una medida que busca alterar las reglas sobre la carga de la prueba, pero también disminuir el grado de certeza que la prueba le arroja al juez para dar por establecidos los hechos constitutivos de la pretensión, como es la que existe en algunas hipótesis del derecho antidiscriminación y del proceso laboral.

Palabras clave: carga de la prueba; facilidad probatoria; presunciones.

The burden of proof in civil proceedings: an evolution from the formal equality of the parties to their material equality

Abstract

The purpose of this paper is to analyze how the continental-type civil process has evolved, in light of the principle of equality; from formal to material equality. These developments are reflected in a series of legislative reforms in most countries that have a continental tradition, which seek to equalize the position of the parties in the process. The latest corrective measures include those that seek to alter the classic and liberal rule of *onus probandi*, which is understood, in many cases, to be detrimental to the situation of the weak plaintiff or the person who does not have sources of proof. It therefore studies the so-called dynamic burden of proof; the presumptions in favor of the plaintiffs and a measure that seeks to alter the rules on the burden of proof, but also to reduce the degree of certainty that the evidence provides to the judge in order to establish the facts constituting the claim, as is the case in some hypotheses of anti-discrimination law and the labor process.

Key words: burden of proof; ease of proof; presumptions.

O ônus da prova no processo civil: Uma evolução da igualdade formal das partes para uma igualdade material da mesma

Resumo

O presente trabalho tem a finalidade de analisar a evolução do processo civil continental, à luz do princípio de igualdade; indo de uma igualdade formal a uma igualdade material. Essa evolução se reflete numa série de reformas legislativas na maioria dos países de tradição continental, que procuram igualar a posição das partes no processo. Dentro das últimas medidas corretivas estão aquelas que procuram alterar a clássica e liberal regra do *onus probandi*, que em muitos casos não favorece a situação do demandante mais fraco ou daquele que não dispõe das fontes de prova. Estuda-se, portanto, a denominada carga probatória dinâmica da prova; as presunções favoráveis aos demandantes e uma medida que altere as regras sobre o ônus da prova, mas também que diminua o grau de incerteza que a prova proporciona ao juiz para determinar como estabelecidos os fatos constitucionais da pretensão, como acontece em algumas hipóteses do direito da antidiscriminação e do processo laboral.

Palavras-chave: ônus da prova; facilidade probatória; presunções.

* Artículo de reflexión.

** Profesor Titular de Derecho, Universidad Austral de Chile, Chile. Abogado, Doctor en Derecho, investigador en Derecho Procesal. Correo electrónico: abordali@uach.cl ORCID: 0000-0002-5126-8037



La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas

Introducción

La ideología que informa el derecho moderno codificado a comienzos del siglo XIX es común para todo el ordenamiento jurídico. De este modo, la idea de un derecho general y abstracto, del sujeto abstracto de derecho y de la igualdad de todas las personas ante la ley, también tuvo su correlato en el ámbito del proceso judicial.

Ante el Estado-Juez, la modernidad concibió dos sujetos privados que se encuentran en plena igualdad entre ellos. Me refiero a las partes procesales, estas en una contienda judicial son iguales ante la ley y tienen absoluta igualdad en el uso de las armas procesales.

La abstracción del derecho y en concreto de los sujetos de derecho corresponde a un modo en que el derecho posrevolución francesa intenta frenar la violencia y la venganza entre los individuos. No importa la situación material en que se encuentran las personas tras el ropaje de sujeto de derecho o, también, de parte procesal. Da lo mismo que sea hombre o mujer, rico o pobre, terrateniente o jornalero; la ley asume que esos sujetos son iguales ante la ley y, si existen diferencias, estas son absolutamente irrelevantes en esta construcción de la imagen del sujeto.

Los códigos legales decimonónicos, sustantivos o procesales, niegan la relevancia del sujeto individual y su existencia material. La consideración material y social del hombre por el derecho, en la ideología de la modernidad, comportaría abrir nuevamente las puertas al mundo del Medioevo y daría lugar a la violencia desatada entre unos sujetos que detentan el poder y los sujetos que forman parte de los distintos estamentos sociales y entre poderes y estamentos y personas entre sí.

Así como el Estado nación pretendió ser un mecanismo de dominación y control de la guerra de todos contra todos, el sujeto abstracto de derecho que se encuentra en una situación de igualdad (formal), también es un mecanismo ideado a inicios del siglo XIX en Francia para pacificar y aminorar el conflicto social. Es desde luego, por otra parte, un instrumento ideológico y político que pretende

facilitar los negocios de un sector de la sociedad de ese entonces, como lo era la burguesía. Asimismo, es una ficción que intenta simplificar la realidad social, que por definición es compleja, con fines de control social y económico por parte de la burguesía dominante.

Esta imagen del hombre y de la sociedad expresada en los códigos decimonónicos burgueses; esta ficción que intentaba simplificar la realidad social, comienza a desvanecerse apenas aparecen las primeras movilizaciones de masas y una leve democratización del poder a fines del siglo XIX. Ese desvanecimiento del sujeto abstracto de derecho y de la igualdad formal, da paso a la consideración del sujeto concreto material que se encuentra tras las normas legales.

Es que en realidad el proyecto moderno se trataba simplemente de una ficción que se oponía a la realidad social y a las desigualdades que se esconden tras el andamiaje jurídico y, por lo tanto, estaba condenado a caer o al menos a ser modificado en algún momento.

Dejando de lado al proceso penal en el que puede entenderse que, salvo en períodos de la República en Roma y en algunos momentos en el derecho inglés, nunca ha sido un proceso entre partes iguales; formal o materialmente hablando, el proceso civil siempre ha sido asumido como un proceso entre iguales. Sin embargo, ese proceso civil formalmente igualitario comienza a cambiar desde fines del siglo XIX. Y un siglo más adelante, las diferentes legislaciones han introducido importantes modificaciones para igualar la posición de los sujetos contendientes frente a la prueba que se rinde en el proceso.

En el desarrollo del presente trabajo analizaré cómo evolucionó el proceso civil de tradición continental durante el siglo XX. Esa evolución la consignaré como un paso del proceso civil del *laissez faire* a uno social o, si se quiere, propio del Estado benefactor o interventor. Luego de dejar explicitada en qué consistió tal evolución, analizaré en particular las propuestas que en los últimos años se han realizado en materia probatoria, que tienen entre sus finalidades fortalecer la posición de los sujetos más débiles de la relación jurídica procesal o de aquellos que tienen dificultades para acceder a las fuentes de prueba. Analizaré al proceso civil de un modo amplio, pues consideraré dentro de él al proceso laboral.

1. Del proceso civil del *laissez faire* al proceso civil del Estado social

El proceso civil de las sociedades liberales siempre ha funcionado de un modo tal para que exista una igualdad entre las partes de la contienda. Pero me refiero a una igualdad formal, lo que equivale decir a que se presume que las partes están en una situación de igualdad.

En un proceso de un Estado de ideología liberal o del *laissez faire*,

Las partes son tratadas “abstractamente”, separadas de sus diferencias personales (substantivas) y como portadores equivalentes de derechos procesales. ... Como la estatua de la diosa con las balanzas que personifica la justicia, el adjudicador en el modelo puro está ciego. Las desigualdades que emanen de fuentes diferentes a las reglas procesales “abstractas”, no entran en el equilibrio. (Damaska, 2000, pp. 185-186)

Sin embargo, a fines del siglo XIX se observa una paulatina modificación del proceso civil en lo referido al rol del juez y la situación de las partes procesales, pues las diferencias económicas y sociales de los litigantes por primera vez entran en la consideración del legislador y del juez.

A fines del siglo XIX se produce un cambio sustancial en la relación jurídica procesal de carácter civil. Ello sucede con la Ordenanza Procesal austriaca de 1895. La Ordenanza, obra principal del Ministro de Justicia Franz Klein, fue una reacción política al modelo de Estado y al proceso civil del liberalismo europeo del siglo XIX, que establece una relación de absoluta igualdad formal de las partes procesales y una situación de pasividad del juez quien se desentiende del andar del proceso, pues este pertenece a las partes. Nace así en el año 1895 un proceso civil de carácter social o público.

La idea central de Klein era hacer del proceso civil un proceso dirigido activamente por el juez con el fin de resolver lo antes posible el conflicto que involucraba a dos partes. Esa rapidez en el término del juicio beneficiaba al conjunto entero de la sociedad.

La propuesta de Klein era de orientación socialista o socialdemócrata. Es que en esta materia el jurista vienés tuvo influencia de Anton Menger, uno de los cultivadores del denominado socialismo jurídico. Menger había escrito un libro a fines del siglo XIX denominado: *El derecho civil y el proletariado*, donde afirmaba que las instituciones judiciales son siempre, y tanto más cuanto más complejas y costosas, un instrumento de un ulterior poder para quien es más rico y poderoso, lo que era una constatación habitual en toda la literatura socialista de fines del siglo XIX. Por este motivo, Menger reclamaba para el juez civil mayores poderes en el proceso, para así poder suplir las deficiencias en la conducta procesal de la parte más pobre (Tarello, 1989).

Klein, en la Ordenanza, va más allá de la particular situación de las partes en el proceso y es quizás el primero que visualiza en el proceso civil un fenómeno social de masas. Por ello, el proceso civil debía ser regulado cual instituto de bienestar social. El pensamiento de Klein en la materia se basaba en dos grandes postulados, como lo resume Cipriani (1997): a) Las controversias individuales son males sociales que se relacionan con pérdida de tiempo, derroche de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de la

ira entre las partes litigantes y otro tipo de pasiones fatales para la convivencia social; b) El proceso, en la medida que bloquea bienes en espera de la decisión final, incide sobre la economía nacional. Por ello la sociedad estaría interesada en sanar lo más rápido posible este tipo de heridas. Existe un claro análisis de economía institucional en este análisis del proceso civil.

Luego, el proceso ideado por Klein en Austria, tuvo una fértil acogida en Italia a través de Giuseppe Chiovenda y desde ahí pasó a los países latinoamericanos. Chiovenda relacionó la oralidad y fuerte dirección de los procesos por el juez, como Menger, con la rapidez de los mismos. Esos fuertes poderes del juez y la rapidez en el andar del proceso oral y de la solución del conflicto eran necesarios para ayudar a la parte más pobre.

El otorgamiento de mayores poderes al juez civil se justificaba, para autores como Menger y Chiovenda, con la idea de amparar a la parte procesal más pobre e indefensa. Para Klein esos mayores poderes del juez se sustentaban por el mayor beneficio social en la pronta resolución del asunto.

Durante todo el siglo XX, la mayoría de los países regularon el proceso civil de un modo tal que se considerara la posición material de las partes en el proceso. La parte débil sería asistida de dos maneras distintas durante fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX: en primer lugar, con un juez dotado de fuertes poderes para llevar adelante el proceso con máxima prontitud y con poderes para participar en la introducción de pruebas. En segundo lugar, se convino en la necesidad de crear una judicatura y un proceso especial para las relaciones jurídicas del trabajo, para tutelar así de mejor modo los derechos e intereses del trabajador. Nace así una relación jurídica entre trabajador y empleador que ya no se rige por el derecho civil sino por el derecho laboral y, por otra parte, además, se crea un proceso laboral diferente al civil.

Durante el siglo XX, se concibe en la mayoría de los países de tradición jurídica continental, una judicatura y un proceso laborales especiales. Por un lado, se quería un juez especialista en Derecho Laboral, para así proteger de mejor modo al trabajador. Por otra parte, se crea un proceso laboral que está informado por principios que pretenden potenciar o favorecer la situación jurídica del trabajador, el que, obviamente, no se encuentra en una posición de igualdad frente al empleador. Asimismo, atendida las necesidades de los trabajadores, se intenta que ese proceso funcione de un modo más rápido que el proceso civil declarativo.

El siguiente paso que se dio en el desarrollo del siglo XX fue el deber del Estado de procurar a los pobres asistencia jurídica gratuita, lo que autores como Cappelletti y Garth (1996) sitúan en el centro y norte de Europa alrededor de 1920 (p. 25). Esta asistencia jurídica gratuita sin duda contribuyó a los fines de igualar la posición material de las partes en el proceso.

Sin embargo, más allá de esos mayores poderes del juez civil, de un proceso laboral escindido del proceso civil y de la asistencia jurídica gratuita a los pobres, durante todo el siglo XX nunca se adoptaron medidas legislativas que tendieran a compensar, procesalmente hablando, la situación desigual de las partes en el proceso civil. Solo a finales del siglo XX el proceso civil comenzó a crear instituciones procesales que intentaban reconfigurar la posición de las partes en el proceso.

Los pasos legislativos en orden a intentar igualar la situación de las partes en la justicia civil han sido varios. En primer lugar, se debe mencionar la regulación de un proceso y un derecho sustantivo del consumo, otra escisión del Derecho Civil operada a fines del siglo XX. Muchas legislaciones adoptan un proceso colectivo de tutela de los consumidores, en el que se suele permitir la participación activa de asociaciones de consumidores y de grupos de consumidores, lo que permite unir capacidad económica y de acción frente a la empresa que vende productos o servicios. En este sentido, el proceso de consumo pretende potenciar a la parte demandante frente a la empresa demandada. Sin duda, el proceso colectivo de consumo tiene otro fin, como lo puede ser una utilización eficiente del sistema de justicia, concentrando en uno solo eventuales múltiples procedimientos individuales, aunque una idea de igualación del poder procesal de las partes debe ser destacada.

El derecho probatorio no se ha quedado atrás en esta evolución. Así, en materia de prueba de los hechos controvertidos en el proceso, muchas legislaciones en las últimas décadas también han introducido cambios a las reglas sobre la prueba, como lo es la alteración de las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de modo tal que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión, perjudique al demandado y no al demandante. La base de estas alteraciones a la tradicional carga de la prueba está en la significativa asimetría que puede existir entre las partes del proceso (González Coulon, 2013).

Dentro de esta alteración a las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba, está lo que se denomina la carga dinámica de la prueba, de origen argentino, al menos con ese nombre, al decir de Ferrer (2019, p. 63). Esta medida permite al juez que conoce del proceso, en el caso en concreto, alterar la carga y ponerla sobre el sujeto que tiene más facilidad de acceso a la prueba o mayor información sobre la misma. La carga dinámica de la prueba, se ha sostenido por varios autores, es una constatación de la concepción publicista del proceso (González Coulon, 2013), ese proceso civil que asumen la mayoría de los Estados desde la Ordenanza Procesal austríaca de 1895.

En otros casos se opta por establecer presunciones, ya sea sobre hechos, la culpabilidad o responsabilidad del demandado. En otras situaciones se ha optado por rebajar o disminuir el grado de certeza que la prueba haya de suministrar al juez para tener por fijados los hechos constitutivos de la pretensión, situándolo

en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante, excluyendo así una idea de plena convicción subjetiva o más allá de toda duda razonable.

En ocasiones, se ha decidido combinar algunos de estos mecanismos, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba si se aportan indicios que hagan plausible o sugieran la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión.

Estas reformas legislativas, por regla general, buscan favorecer la parte más débil en el proceso. Por parte débil suele entenderse la parte que tiene menos recursos económicos. Pero en ocasiones la ley va en ayuda no solo de sujetos débiles en términos socioeconómicos, sino también de aquellos sujetos que carecen de la información o acceso a determinadas fuentes de prueba, o les es muy difícil obtenerlas, independientemente de su situación socioeconómica. Así, por ejemplo, si un empresario exitoso se opera en una clínica y resulta con daños producto de una mala praxis médica, la ley puede poner la carga de probar en cabeza del médico tratante o la clínica donde se realizó la intervención quirúrgica, pues generalmente toda la prueba estará en poder del médico que operó o de la clínica donde se realizó la intervención. Y esa alteración de la carga de la prueba se justifica no porque el paciente que sufre el daño sea un sujeto débil, sino porque no dispone de la prueba.

Estas reglas operan entonces cuando existen sujetos débiles y en aquellos casos de asimetrías relevantes de información entre las partes o una especial dificultad para una parte para obtener las pruebas en su favor (Corral, 2012).

Con lo dicho, debe destacarse que el proceso reúne en sí un plexo de valores, entre los que destacan, como primordial, la búsqueda de la verdad. Sin embargo, ese valor verdad que a mi modo de ver nunca debe dejarse de lado en la dinámica del proceso, debe conjugarse adecuadamente con otros valores en juego, como lo es el de igualdad entre las partes, el de economía procesal, entre otros. Asumo que no es tarea fácil ponderar adecuadamente dichos valores. Será tarea ineludible de los distintos legisladores lograr una adecuada armonización entre ellos ponderándolos adecuadamente.

2. Las reglas sobre la carga de la prueba y las dificultades probatorias

2.1. Reglas sobre la carga de la prueba: de la regla tradicional a sus alteraciones

Como señalaba en páginas precedentes, durante los siglos XIX y parte del XX no hubo manifestaciones legislativas y jurisprudenciales en torno a alterar la carga de la prueba u *onus probandi* en el proceso. Rigió y continúa rigiendo en muchos de los países de tradición continental una regla similar a la que existe en el ordena-

miento jurídico chileno, que señala que “incumbe probar las obligaciones o su extinción, al que alega aquellas o éstas” (artículo 1698 del Código Civil). Se acostumbra denominar a esta forma de la carga probatoria, como carga subjetiva, que hace referencia al rol de las partes con respecto a aportar medios de prueba en el proceso. Responde a la pregunta sobre qué parte debe aportar prueba al proceso y tiene sus orígenes en el derecho romano, como lo destacan entre otros, Prütting (2010, p. 457) y Carvajal (2014, p. 125).

Sin embargo, no se debe omitir que existen ordenamientos jurídicos como el alemán que carece de una formulación general sobre carga de la prueba, como la del artículo 1698 del Código Civil chileno antes referido. La situación no deja de ser curiosa, pues desde los trabajos de Rosenberg, Leipold, Prütting y otros, se ha construido mayoritariamente para el derecho continental la teoría de la carga de la prueba (Caponi, 2007, p. 283). La teoría de la carga de la prueba nace de este modo desde la doctrina de un sistema jurídico, como el alemán, que carece de una regla legal sobre la carga de la prueba subjetiva.

Luego se habla de la carga objetiva o material de la prueba, que no se dirige a las partes sino al juez y que opera al momento en el que el este forma su juicio. Esta regla solo opera cuando existe una insuficiencia de prueba, de modo tal que el juez no ha podido dar por establecido un determinado hecho. En efecto, si el juez tiene certeza de que los hechos existieron (o no existieron), pues no solo es irrelevante hablar de carga de la prueba en sentido material u objetivo, sino que también lo es determinar quién los probó.

Existiendo la obligación del juez de fallar el asunto sometido a su conocimiento y frente a la opción de tirar los dados u otro método azaroso, la ley opta por esta forma de distribución entre las partes de los riesgos probatorios. De este modo, si no hay claridad sobre un hecho determinado, el juez observará qué parte se ve beneficiada con la comprobación de ese hecho y si esa parte no ha introducido prueba al respecto, fallará en su contra.

Las reglas sobre la carga de la prueba se aplican con posterioridad a la valoración de dichas evidencias. Si el juez no ha logrado dar por establecido el hecho debatido, estas reglas le señalan al juez cómo decidir (Meneses, 2017).

Con el concepto de carga se apunta hacia un imperativo procesal que, de conformidad con Goldschmidt (1936), juega en el propio interés de las partes. Las cargas procesales implican determinados actos procesales que intentan prevenir un perjuicio procesal como lo es una sentencia desfavorable. Con la idea de carga de la prueba, entonces, debemos alejarnos de una idea de deber u obligación.

La carga de la prueba se establece bajo una lógica absolutamente privatista del proceso civil y, desde luego, bajo la inspiración del principio dispositivo (Ricci, 2001). Supone, por lo demás, que entre demandante y demandado no

existen diferencias que pueden traducirse en asimetrías de información importantes, en capacidad económica para obtener pruebas, etcétera. El *onus probandi* vigente se construye en un sistema tradicional de igualdad ante la ley, es decir, una igualdad formal.

Como se señalaba, la carga de la prueba en sentido objetivo o regla de juicio, opera solo en caso que un hecho haya quedado incierto o donde haya existido insuficiencia de prueba. En todos esos casos, el juez, obligado que está de fallar, deberá aplicar las reglas de juicio, si es que el legislador las ha contemplado.

Por el contrario, cuando el juez ha adquirido la certeza necesaria sobre los hechos objeto del juicio, no opera la carga de la prueba como regla de juicio. En este caso deja de ser relevante la distinción entre autor y destinatario de la actividad probatoria, puesto que, con independencia de quién haya introducido y practicado la prueba, el órgano jurisdiccional es libre para valorarla, encontrándose sometido exclusivamente al resultado que de ella se derive, sea o no beneficioso para la parte que la propuso.

En otro orden de ideas, si bien las reglas sobre distribución de la carga de la prueba predeterminan la actividad probatoria que deberá realizar cada parte, ellas no son una regla absoluta, de modo tal que la inactividad probatoria de una parte no lleva necesariamente a desestimar su pretensión o resistencia. Es que la carga de la prueba corresponde a aquellas cargas que Goldschmidt (1936) denomina como menos perfectas (p. 100). Una carga procesal es menos perfecta cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se producen solo *arbitrio iudicis*. Esto quiere decir, que la parte que no produce actividad probatoria genera el efecto de poner en peligro la última expectativa de obtener una sentencia favorable. Pero, no se produce necesariamente que quien debía probar un hecho y no lo hizo indefectiblemente perderá el juicio. Es muy probable que quien no aporte los medios de prueba referidos a su interés, no obtenga una sentencia favorable a su posición, pero si el juez u otra parte introducen pruebas, puede perfectamente obtener una sentencia favorable a su necesidad.

Piénsese en la situación no tan infrecuente de la parte que presenta un testigo a declarar en el proceso, pero con su declaración este debido al juez o a la contraparte, declara de un modo perjudicial para los intereses de la parte que lo presenta. En este caso puede ocurrir que una parte no presentó pruebas relativas a su pretensión o interés, pero igualmente puede obtener una sentencia que le beneficia, gracias a la prueba presentada por la otra parte.

Parte de la doctrina es crítica con esta versión objetiva de la carga de la prueba. Acá ya no se trata -se dice- de un reparto de cargas y ni siquiera de una cuestión de cargas, "sino de la simple averiguación de los hechos en el proceso" (Nieva, 2018, p. 12).

Por otro lado, todo el tema de la carga de la prueba adquiere importancia solo en el caso de que el juez no haya podido dar por establecido un hecho. Acaecido aquello, la ley “establece como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como fundamento de su demanda o de su excepción” (Taruffo, 2019, p. 17).

Hoy en día, al decir de Ferrer (2019), rige el principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba, que sostiene que una vez que las pruebas se aportan al procedimiento, importa únicamente lo que de ellas se infiera sobre los hechos a probar, con independencia de quién los haya aportado.

Ello es así, como “consecuencia del principio de adquisición procesal, en virtud del cual el resultado de los actos procesales pasa a formar parte del proceso con independencia de quién los realizó, pudiendo beneficiar o perjudicar a cualquiera de las partes” (Fernández López, 2012, p. 177).

Dibujada en sus trazos elementales la carga de la prueba en el proceso civil, se debe señalar, que en las últimas décadas, la regulación de esta se ha hecho cargo de otra manera de la situación de desigualdad probatoria que existe entre las partes de una contienda. En general, las legislaciones procesales civiles contemporáneas han ideado distintas maneras para facilitar la comprobación de los hechos invocados por los sujetos débiles o donde en general existan asimetrías de información relevantes o dificultades para disponer de las pruebas. Es posible observar, de este modo, como ha ido naciendo la preocupación de dejar atrás una igualdad formal entre las partes de un proceso y encaminarse por una igualdad material, donde se atenúen las diferencias económicas o culturales entre las partes (González Coulon, 2013). Es, desde luego, una propuesta política basada en una mejor justicia distributiva y también en un desarrollo del principio de igualdad que consagran la mayoría de las constituciones vigentes de los diferentes Estados.

Se habla de reglas sobre facilidad y disponibilidad probatoria. Las primeras son más amplias que las segundas. El criterio general y tradicional del *onus probandi* expresado en que corresponde introducir los medios probatorios a quien alega un hecho del que se deriven consecuencias positivas para él, corresponde a una regla de facilidad probatoria. Se entiende por el legislador que se facilita la comprobación de la verdad de lo discutido en el proceso, cuando se grava sobre cada parte que invoca unos hechos que le son favorables introducir los medios de prueba que acreditan esos hechos. Pero, en ocasiones, aunque cada parte está en la situación de probar los hechos que le son favorables según el criterio antes señalado, la parte contraria puede verse con la carga de aportar las pruebas de esos hechos esgrimidos por la contraria, porque ello puede realizarse de un modo más rápido o más fácil (Fernández López, 2012).

Y por disponibilidad probatoria se apunta a que la parte que no ha invocado unos hechos se ve en la situación de aportar los medios probatorios que acreditan

tales hechos, por tener un acceso material exclusivo a esas pruebas o por ser la única que conoce el dato que hay que incorporar al proceso (Fernández López, 2012, p. 183).

En el caso de que la debilidad de una de las partes sea el motivo para alterar las reglas sobre la carga de la prueba, o bien cuando no se dispone de las pruebas, las legislaciones echan mano, como lo resume Ormazabal (2011), de una de las siguientes medidas: a) Alterando las reglas relativas a la distribución de la carga probatoria, de modo tal que la incerteza sobre el acaecimiento de los hechos constitutivos de la pretensión perjudique al demandado y no al demandante, tal como resultaría de aplicar la regla ordinaria de distribución de la carga de la prueba. b) Estableciendo presunciones de hechos de culpa o responsabilidad. c) Rebajando o disminuyendo el grado de certeza que la prueba haya de suministrar al juez para tener por fijados los hechos constitutivos de la pretensión, situándolo en un nivel de probabilidad cualificada o preponderante, excluyendo así una idea de plena convicción subjetiva o más allá de toda duda razonable. d) Combinando los mecanismos referidos en las letras a) y c), es decir, dando lugar a la inversión de la carga de la prueba si se aportan indicios que hagan plausible o sugieran la probabilidad de que hayan acontecido los hechos constitutivos en que se basa la pretensión (pp. 61-62).

Analizaré a continuación los principales mecanismos de alteración de las reglas tradicionales sobre la carga de la prueba. Primeramente, la denominada carga dinámica de la prueba. Luego me referiré a algunas regulaciones sobre presunciones, especialmente de culpabilidad o responsabilidad civil. Finalmente, me concentraré en algunas situaciones de alteración de la carga de la prueba cuando se aporten determinados indicios probatorios.

2.2. La carga dinámica de la prueba

La carga probatoria dinámica implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, el peso de hacerlo (Giannini, 2019).

El sistema tiene dos variantes. En un caso, el juez lo comunica con la debida antelación a las partes durante el proceso para que puedan reacomodar sus estrategias defensivas.

Otra modalidad consiste que el juez, al momento de dictar sentencia, atribuye la carga de la prueba a la parte que tenía mayor disponibilidad de aportar ese medio de prueba. Dicho de otro modo, en este último caso el juez construye una presunción que termina por atribuir la carga de la prueba a la otra parte, alterando la regla general del *onus probandi*. Esta es la situación del derecho italiano, donde los jueces en sus sentencias modifican el sistema de carga de la prueba regulado por el legislador por el artículo 2697 del Código Civil. En este último caso, normal-

mente la parte no ha podido reacomodar su defensa y en algún sentido la decisión del juez lo sorprende y perjudica.

Para los autores Yáñez-Meza y Castellanos (2016), con relación al derecho colombiano, esos dos momentos en realidad identifican dos instituciones diferentes: si la alteración de la carga de la prueba sucede en la sentencia, entonces se estaría frente a una situación de inversión de la carga de la prueba. Si ello se realiza en una etapa anterior a la sentencia, pues ahí correspondería hablar propiamente de carga dinámica de la prueba. Creo que tienen razón estos autores al realizar esta distinción.

En general, esta alteración de la carga de la prueba no goza de buena recepción por parte de la doctrina. Taruffo (2010) la tilda de excesiva (p. 263). Hernán Corral (2012) en Chile señala que ella trastoca todo el delicado entramado de equilibrios, de pesos y contrapesos, del orden jurídico sobre las pruebas de los hechos y la forma en que las personas desarrollan autónomamente su vida en el ámbito del derecho civil. Por otro lado, señala que con este tipo de estándares es prácticamente imposible evitar decisiones cargadas de subjetividad e incluso de sesgo que terminan por desacreditar a los órganos de la judicatura y atenta contra el derecho de defensa y la imparcialidad de juzgador. Finalmente, agrega este autor que tal regla acentúa la litigación en vez de reducirla (pp.112-113). Este último aspecto señalado por este autor debe entenderse, a mi modo de ver, con la imposibilidad de prever razonablemente cuál será la decisión judicial en determinada materia. Esa incerteza jurídica crea las condiciones para aumentar la litigiosidad.

Palomo (2013), pone el acento en una posible afectación del derecho de defensa de las partes en juicio y, al igual que Hernán Corral, destaca una afectación del valor seguridad jurídica (p. 458).

Nieva (2018), va quizás más allá en sus críticas, pues pone acento en la absoluta inutilidad de esta herramienta, desde que el juez valora los hechos con total prescindencia de quien aporte las pruebas al proceso. En los sistemas de prueba libre, como existen hoy en día en la mayoría de los países, el demandado ya no puede esperar que el demandante no consiga probar su pretensión, sino que tiene que aportar la prueba necesaria para intentar ganar el juicio. Hacer lo contrario sería altamente imprudente, exista o no el criterio de la facilidad probatoria .

Para Ferrer (2019), en una línea similar a la de Nieva, el principal problema de la carga dinámica de la prueba es que sienta sus bases en la dimensión subjetiva de la carga de la prueba y, según este autor y otros, queda más que claro que en la dinámica del proceso, esta dimensión de la carga de la prueba es completamente inútil o prescindible.

Con lo expuesto, se puede observar que hay bastante resistencia por un sector de la doctrina a incorporar en el proceso civil esta carga dinámica de la prueba.

En mi concepto y asumiendo como propias parte de esas críticas, frente a los inconvenientes que presenta un uso discrecional y eventualmente abusivo de esta potestad por parte del juez, así como una posible afectación del derecho de defensa de las partes y una afectación del valor seguridad jurídica, se hace más aconsejable la utilización de otros instrumentos diferentes a una alteración de la carga de la prueba en los términos de la carga dinámica de la misma, lo que permite, además, acercarse de mejor manera a la verdad.

En este sentido, siguiendo a Ferrer (2019), si una de las partes dispone de una prueba relevante o tiene mayor facilidad para producirla, ello parece una buena razón para imponerle el deber de que la aporte al proceso, pero no se ve conveniente ni necesario asignarle el riesgo de perder el proceso por insuficiencia probatoria. Por otra parte, señala este mismo autor, que es fácil imaginar situaciones en que, respecto de un mismo hecho, esté repartida entre las partes la disponibilidad de las pruebas relevantes. En esa situación, modificar la asignación de la carga de la prueba objetiva tendría un efecto sobre los relativos incentivos para una u otra de las partes, pero en ningún caso permitiría incentivar a ambas partes por igual para que aporten las pruebas de que disponen. En este sentido, epistemológicamente, la carga de la prueba dinámica no es un buen mecanismo.

Mejor que introducir una regulación de la carga dinámica de la prueba, es dar al juez poderes oficiosos de prueba y, también, obligar a las partes a exhibir documentos. Esta obligación de exhibir documentos queda mejor conceptualizada si se entiende como un deber de las partes en el proceso, de colaboración o de otro tipo, que tiene como referente al Estado. Por ello, si la parte no colabora, la consecuencia debe ser una sanción, normalmente una multa a beneficio fiscal. Tampoco debe descartarse el arresto o la condena en costas del juicio a esa parte rebelde (Bordalí, 2016a).

El pago de una multa desde luego no va a intimidar siempre a litigantes pudientes o poderosos, pero puede pensarse en un rango progresivo de valores como multa y aplicar el máximo de ese rango a sujetos con suficiente capacidad económica. Pagada o no la multa, si persiste la no rendición de la prueba solicitada, se debe proceder al arresto de la parte rebelde.

Señalado lo anterior, se debe expresar que una situación diversa a la carga probatoria dinámica, se da con ocasión de aquellos casos difíciles de probar para el demandante común. Piénsese en aquellos procesos en que se demanda la reparación del medio ambiente o una indemnización de perjuicios derivada de daños al ambiente. En estos casos, a veces, el legislador, *a priori*, pone en cabeza del sujeto demandado la carga de la prueba.

Como expresa Denti (1982), es difícil pensar que las normales técnicas probatorias y el mismo instituto de la carga de la prueba puedan encontrar aplicación en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, sin que ello derive en un sustancial

vaciamiento de las posibilidades de tutela. Dificultades de este género -expresa el mismo autor-, habrían inducido al legislador estadounidense, en la *National Environmental Policy Act* de 1969, a imponer una suerte de inversión de la carga de la prueba, obligando a los órganos administrativos establecidos para la tutela del ambiente a justificar su proceder (227 y ss.). En este caso, si una persona demanda a dicha administración por daño al ambiente, será la misma administración quien tendrá que probar que la actividad autorizada no tiene efectos dañinos para el ambiente y que, además, no existían otras alternativas practicables.

Si bien en el caso anterior estamos en un proceso de indemnización contra la administración del Estado, ese proceso de responsabilidad extracontractual conserva en sus trazos principales las particularidades de un proceso civil¹.

Sin embargo, en este caso se está ante una situación bastante diversa de la carga dinámica de la prueba, pues se trata de una inversión prevista por la ley con un carácter general y, por lo mismo, con anterioridad a todo proceso en que deba regir. Se trata más bien, se ha dicho, de normas de carácter sustantivo cuya consagración tiene por finalidad despejar dudas interpretativas de las normas comunes de la carga de la prueba o para establecer una repartición más equitativa de las cargas procesales (Hunter, 2015, pp. 225-226).

En este último caso, todas las críticas que se formulan a la carga dinámica en el sentido de alteración de las estrategias defensivas de las partes y por acentuar la discrecionalidad judicial, desaparecen. En esta situación, la alteración de la carga de la prueba ya está definida *a priori* en la ley y es igual para todos los casos. No existe afectación del derecho de defensa del sujeto demandado, pues no hay sorpresas de ningún tipo durante la realización del proceso. Por otra parte, los sujetos saben con antelación a qué sujetarse en caso de que deban comparecer en un proceso judicial, por lo que se produce mayor seguridad jurídica.

2.3. Presunciones de hechos, culpabilidad o responsabilidad

Las presunciones legales son consideradas por un sector de la doctrina dentro de la tipología de herramientas de facilidad probatoria (Hunter, 2015). Esta misma doctrina distingue entre presunciones legales propiamente tales y las verdades provisionales o interinas. En las primeras, el legislador tipifica ciertos supuestos fácticos probados, en los cuales se da por establecido otro hecho determinado también por el legislador y que integra el supuesto fáctico que permite obtener

1 Se debe destacar que aún en un proceso contencioso administrativo de nulidad, la carga de la prueba aparece regulada de un modo muy parecido a la de un proceso civil. Hoy en día se ha entendido que la presunción de validez del acto administrativo, prácticamente no tiene ninguna mayor implicancia para el tema de la carga de la prueba, conservando en sus trazos principales la misma regla tradicional del proceso civil. Un análisis sobre este aspecto puede verse en Bordalí (2016b) p. 202.

la consecuencia jurídica. En cambio, con las verdades interinas, se produce una exención probatoria por el solo ministerio de la ley, desde que el legislador ha dado por cierto un hecho sin necesidad de prueba. En este caso, el sujeto perjudicado por la verdad interina, tendrá el peso de probar que la verdad predeterminada por el legislador no ha ocurrido (Hunter, 2015).

Taruffo (2010) critica este sistema de presunciones por cuanto, pese a ser justas o políticamente adecuadas, no parecen buscar precisamente la verdad (p. 260), y por ello no deben ser admitidas sin más.

Este tipo de técnica, que facilita la prueba, generalmente se utiliza para probar situaciones fácticas referidas al dolo, la buena fe, la culpa, entre otras. Piénsese en una demanda de reparación o de indemnización por daños al medio ambiente, donde es muy difícil acreditar el dolo y la relación de causalidad entre el dolo y el daño. Acá no se invierte totalmente la carga de la prueba por medio de la ley como en la *National Environmental Policy Act*, sino que se establece una presunción a favor de la parte demandante.

El legislador chileno ha avanzado por este tipo de reglas en materia de juicios de responsabilidad civil por daño ambiental. Así, el artículo 52 de la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley n.º 19.300), prescribe una presunción de culpabilidad para el que cause daño ambiental y no diere cumplimiento a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la Ley 19.300 o en otras disposiciones legales.

El precepto de la ley chilena (art. 52 de la Ley n.º 19.300) establece una presunción de culpa -aunque la ley hable de presunción de responsabilidad- del autor del daño ambiental, en el caso que este haya infringido las normativas que dicho artículo expresa. En este caso, la culpa en el daño ambiental se presume, por lo que corresponderá al sujeto que causa el daño y no al actor probar que ha actuado con diligencia. Pinilla (2019) define a esta situación como una alteración de carga de la prueba para el caso de la culpa infraccional.

La presunción comentada admite, desde luego, prueba en contrario, pero si no se introduce esta y se prueba por el actor la infracción, el daño y el nexo causal, el sujeto demandado será condenado a la reparación del daño ambiental. Será de cargo del sujeto demandado, por lo tanto, probar que ha operado con la debida diligencia o cuidado.

Se trata de una presunción que tiene por fin facilitar la actividad probatoria de la parte demandante y constituye una especie de incentivo o castigo, según como se le mire, en relación con el cumplimiento o no de la normativa de carácter ambiental. Ahora bien, ello no implica que el demandante de daño ambiental esté

exonerado de prueba, pues le corresponderá siempre probar la infracción de la normativa, el daño producido y el nexo causal entre la acción del demandado y el daño producido.

En este caso, la ilegalidad en la conducta del demandado no es requisito de la responsabilidad, sino que es solo presupuesto de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, que admite actividad probatoria en contrario. Por lo tanto, aun cuando no se cumpla con la ley, es perfectamente posible que el agente que causa el daño pueda en definitiva exonerarse de la responsabilidad, para lo cual debe probar que ha actuado con la debida diligencia y cuidado en la situación concreta.

Este tipo de presunción que emplea el legislador ambiental chileno es definido como de culpa subjetiva atenuada (Saavedra, 2011, p. 154), lo que permite a quien es demandado y no ha dado cumplimiento a la normativa ambiental exigible, introducir pruebas en el juicio para demostrar que ha cumplido con el deber general de no causar daño y descartar la culpabilidad. Por otra parte, no hay razones ni de texto ni de equidad para descartar la situación inversa, esto es, probar que quien ha dado cumplimiento a la normativa, ha obrado, sin embargo, con culpa (Hunter, 2005).

Haciendo una valoración de este tipo de presunciones, creo que ellas sacrifican muy gravemente una justicia basada en la verdad de los hechos de la controversia. Por lo tanto, no soy partidario de su introducción.

2.4. Inversión de la carga de la prueba frente a indicios

El derecho laboral es el espacio más claro fuera del derecho público que genera relaciones jurídicas desiguales o donde se configura una asimetría significativa entre las partes (González Coulon, 2013, p. 161). Configurar la relación laboral entre empleador y trabajador como una relación jurídica entre sujetos que se vinculan en términos de igualdad, es algo absolutamente irreal. Desde hace más de un siglo que se asume que la relación laboral es desigual y como tal, necesita de una activa regulación protectora por parte del Estado. Y ese rol protector del Estado en favor del trabajador se traspasa también al ámbito del proceso laboral.

El proceso laboral está informado por algunos principios que intentan fortalecer, en casos interpretativamente dudosos, la posición del trabajador. Asimismo, la ley suele contemplar instituciones y reglas que derechamente benefician la posición del trabajador. Se trata, entre otros, de los principios de protección y *pro operario*.

Sin embargo, estoy de acuerdo con Meneses (2017) cuando sostiene que los principios de protección y *pro operario* no pueden ser considerados en la tarea de valorar las pruebas según la sana crítica, ya que estas máximas intervienen en

el campo de la interpretación y aplicación del derecho laboral y no en el establecimiento de los hechos.

Sin embargo, la legislación procesal laboral no ha estado ausente en reglas que intentan facilitar la prueba de los trabajadores que demandan a sus empleadores. Una de las herramientas que utilizan algunas legislaciones en materia de proceso laboral, es la inversión de la carga de la prueba o la atenuación del clásico *onus probandi* mediante la incorporación de indicios.

Así, por ejemplo, el legislador laboral chileno creó hace ya unos años (2006) un procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. Este procedimiento contiene una serie de disposiciones que facilitan el acceso a la justicia de los trabajadores afectados en sus derechos fundamentales, así como la rendición de las pruebas.

En relación al tema probatorio, el legislador chileno dispuso una norma sobre facilidad probatoria que beneficia al trabajador denunciante. Dispone al efecto el artículo 493 del Código del Trabajo que “cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

Esta es una típica herramienta usada en el derecho estadounidense y europeo en las normativas antidiscriminatorias. Se trata de una alternativa que mezcla la vía de alterar las reglas sobre la carga de la prueba con una disminución en el grado de certeza que la prueba le arroja al juez para dar por establecidos los hechos constitutivos de la pretensión.

En el proceso de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores del derecho chileno, se utiliza la técnica de facilidad probatoria para el trabajador demandante, considerando las dos situaciones en que se encuentra dicho sujeto. En primer lugar, en atención a que la infracción de aquellos derechos por parte del empleador suele ser sutil, a través de conductas no manifiestamente ni directamente atentatorias contra los mismos. Por otra parte, debido a que es el empleador y no el trabajador el que suele tener cierto control sobre las fuentes probatorias que pueden introducirse al proceso².

De este modo, es común que los empleadores ejerzan cierta presión sobre otros trabajadores de la misma unidad empresarial o lugar de trabajo del demandante para que no declaren en su contra en el juicio. En algunos casos ni siquiera

2 Entiendo por fuente de prueba, siguiendo a Meneses, como algo distinto a medio de prueba. La diferencia esencial está dada porque la fuente probatoria tiene una ubicación previa y extraña al juicio, mientras que los medios de prueba entran derechamente en la dinámica procesal, los que son utilizados por las partes como base de su argumentación en el proceso y por el tribunal para justificar la determinación de la cuestión fáctica (Meneses, 2008, p. 63).

es necesario ejercer presión alguna, sino que los trabajadores que han presenciado algunas conductas indebidas por parte del empleador, se niegan a declarar en juicio para salvaguardar así sus puestos de trabajo.

Por otra parte, si en el lugar de trabajo existen cámaras de vigilancia u otros medios de registro visual o sonoro, es el empleador quien dispone de las grabaciones de las cámaras o de los registros, pudiendo, si es necesario, destruirlos u ocultarlos. Todo ello conspira contra las posibilidades de obtener pruebas por parte de los trabajadores.

Constatando este tipo de dificultades probatorias, a nivel del derecho comunitario europeo, se promulgó la Directiva 2000778/CE, del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se señala:

1. Los Estados miembros adoptarán, con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional, las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.
2. Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de que los Estados miembros adopten normas sobre la prueba más favorables a la parte demandante.
3. Lo dispuesto en el apartado 1 no se aplicará a los procedimientos penales.
4. Lo dispuesto en los apartados 1, 2, y 3 se aplicarán asimismo a toda acción judicial emprendida de conformidad con el apartado 2 del art. 9.
5. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar lo dispuesto en el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos relativos al caso corresponda a los órganos jurisdiccionales o a otro órgano competente³.

No basta en estos casos una mera alegación de trato discriminatorio o desigual para que se traslade a la parte demandada el peso de la prueba, sino que se requiere algo más. Ese algo más camina por una idea de demostración o acreditación (Ormazabal, 2011, p. 82).

El sentido de esas disposiciones europeas, siguiendo a Ormazabal (2011), avanza por una idea de que si el actor logra acreditar indiciariamente (sin plena

3 Antes de dicha normativa, existía una anterior similar, del año 1997 (Directiva 97/80).

certeza, mediante un principio de prueba) los hechos constitutivos fundantes de la discriminación, el demandado queda gravado con la carga de aportar plena certeza en relación con su no acaecimiento y, de no lograrlo, sucumbiría en el proceso.

En este caso, se pone del parte del empleador la carga de la prueba si es que el demandante aporta algún elemento probatorio, aunque mínimo, de modo tal que haga plausible, sugiera o indique, la probabilidad de que el empleador vulneró algún derecho fundamental del trabajador. Corresponderá entonces en este caso al empleador aportar pruebas que puedan demostrar que las medidas que adoptó respecto del trabajador son justificadas y razonables, de manera tal que no constituyen una violación de sus derechos fundamentales.

Hay que destacar que no se está en una situación pura y dura de inversión de la carga de la prueba, pues no basta que el trabajador invoque en su denuncia que se le vulneró un derecho fundamental para que, de esa manera, le corresponda íntegramente el peso de la prueba al demandado en orden a desvirtuar tal aseveración. Más que inversión de la carga de la prueba, estamos frente a casos de disponibilidad de la prueba, aligeramiento de la carga de la prueba o desviación de la carga de la prueba (Guidotti, 2013, p. 158).

Se trataría, en definitiva, de una reducción del grado o estándar de certeza normalmente exigible a la prueba (lo que en Alemania se denomina *Beweismassreduzierung*). En vez de la certeza moral excluyente de dudas razonables entraría en juego el paradigma de la probabilidad preponderante (*Überwiegende Wahrscheinlichkeit*), un resultar más probable la producción del hecho que su no producción. (Ormazabal, 2011, p. 85)

Al trabajador se le exige una mínima carga de aportar antecedentes probatorios que sugieran que se ha producido la vulneración de sus derechos fundamentales. Se exige aportar antecedentes y no bastan las meras alegaciones por parte del trabajador (Santibáñez, 2010). Introducidos esos antecedentes probatorios, aunque sean mínimos, ello no se traduce en que se deban dar por establecidos los hechos señalados por el actor, sino que hace operar una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado, quien deberá probar que no realizó una conducta ilegítima que vulneró un o algunos derechos fundamentales del actor.

Se trata de una clara normativa de facilidad probatoria o de aligeramiento probatorio que tiene una doble justificación: por una parte, la posición de sujeto más débil del trabajador frente al empleador y, por otra, un interés por parte del Estado en orden a que los derechos fundamentales de los trabajadores al interior de la empresa sean íntegramente respetados.

Preceptos como el artículo 493 del Código del Trabajo chileno, traen como consecuencia que, aportados indicios por parte del trabajador demandante de que le han sido vulnerados sus derechos fundamentales durante la vigencia de la relación laboral o con ocasión del término de esta, si el tribunal no logra tener certeza sobre los hechos denunciados, el costo del hecho incierto o dudoso recae sobre el empleador demandado (Ugarte, 2009).

Hay que tener presente que, si el trabajador demandante logra introducir prueba la directa que acredite que sufrió una vulneración de sus derechos fundamentales por hechos imputables al empleador, el tribunal, sin necesidad de aplicar ninguna regla sobre la carga de la prueba, acogerá la demanda. Por su parte, si el demandado introduce prueba suficiente al proceso que demuestre su actuar legítimo coherente con la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador, el tribunal deberá desechar la demanda sin necesidad, tampoco, de aplicar reglas sobre la carga de la prueba.

Lo curioso es que frente a la normativa europea donde se traslada al demandado el demostrar que no ha existido un trato desigual o discriminatorio, la normativa chilena solo hace referencia a que el demandado tiene el peso de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 493 Código del Trabajo). En el caso europeo se sitúa el tema en la prueba (demostrar) y en la situación chilena en la alegación o defensa (explicar). Sin embargo, la doctrina (Santibáñez, 2010, p. 90; Ugarte, 2009, p. 225;) y algunos fallos de Cortes chilenas (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Sentencia 82, 2010; Corte de Apelaciones de Rancagua, Sentencia 102, 2010), lo han interpretado en el sentido de acreditar, demostrar o probar.

La regla parece presentar cierta utilidad respecto al trabajador que demanda, pues introducidos los medios probatorios para configurar los indicios, hace surgir en cabeza del empleador demandado una carga extra en relación con los términos del debate, pues deberá demostrar la racionalidad de los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Al configurarse los indicios, al empleador demandado no le bastará demostrar que no afectó los derechos fundamentales del empleador, sino que tiene que demostrar que las medidas que adoptó son racionales y proporcionales. En algún sentido los indicios hacen aumentar la carga argumentativa del empleador, lo que puede favorecer la posición del trabajador.

En definitiva, si bien este tipo de reglas pueden afectar en parte el valor verdad como objetivo del proceso, su fin de justicia y de defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, hace que esa eventual merma del valor verdad aparezca razonable y adecuada.

3. Conclusiones

- a. La evolución del proceso civil desde fines del siglo XIX en adelante, ha avanzado al considerar la posición material de las partes de la relación jurídica procesal. En este sentido, desde esta época en adelante los legisladores de muchos países han regulado el estatuto del juez y el proceso judicial de un modo tal que se asegure que las partes no solo sean formalmente iguales ante la ley, sino también materialmente. La posición desigual del sujeto pobre o, generalmente, débil, es compensada, en un primer momento, con un juez con mayores poderes y con un abogado gratuito que lo representa en juicio.
- b. El reparto del trabajo de introducir las pruebas en el proceso desde comienzos del siglo XIX y casi todo el siglo XX, se basaba en la idea de que quien alegaba hechos que beneficiaban su posición, tenía la carga de introducir las pruebas de esos hechos. En ese caso, si al momento de fallar el juez no tenía claridad sobre por qué el hecho no resultó probado, gravaba con el riesgo de esa incerteza a la parte que debiendo introducir pruebas, no lo hizo.
- c. A fines del siglo XX, los legisladores de muchos países de tradición jurídica continental, observaron que muchas veces las partes no podían introducir las pruebas para dar por acreditada su pretensión, bien porque no tenían el dinero o capacidad para introducir esas pruebas o bien, porque no tenían acceso o disponibilidad de esas pruebas. Avanzando aún más en la idea de obtener una igualdad material entre las partes, comienzan a regularse reglas sobre facilidad o disponibilidad probatoria.
- d. Una de las reglas sobre facilidad probatoria más conocidas es la carga dinámica de la prueba. Esta regla tiene dos variantes. Una, como en Italia, en que el juez al momento de dictar sentencia, puede alterar la regla de la carga de la prueba para favorecer así la posición de aquella parte que no tuvo facilidad a la prueba. Es criticable esta regla porque afecta claramente el derecho de defensa de las partes y crea inseguridad jurídica. La otra variante consiste en que el juez en el trámite del proceso, avisa a las partes que alterará la carga de la prueba para favorecer así a quien observa como la parte débil o con dificultades para obtener medios de prueba favorables a su posición. En este caso, ya no hay una evidente afectación del derecho de defensa y tampoco una radical afectación del valor seguridad jurídica. Sin embargo, en sus dos variantes, se debe señalar que ellas, además de mostrarse algo inútiles en la práctica por la idea de comunidad de prueba que rige en el proceso, no contribuyen mayormente al descubrimiento de la verdad que es el objetivo que debe buscar todo proceso.

- e. En razón de las críticas antes señaladas, se ve más aconsejable mantener y fortalecer los poderes probatorios oficiosos del juez. Y junto con ello, establecer deberes de colaboración de las partes en materia de prueba, siendo un deber de la parte que tiene una determinada prueba o acceso a ella, introducirla, so pena de ser sancionado si no cumple con lo ordenado. Estas reglas permiten favorecer de mejor modo a la parte que no tiene acceso a una determinada prueba y logran de mejor modo que se imparta justicia con base en la verdad de los hechos discutidos en la causa.
- f. Otros instrumentos de facilidad probatoria son las presunciones sobre hechos, responsabilidad o culpa. Se trata de presunciones *iuris tantum* que admiten prueba en contrario. Estas no siempre han demostrado ser particularmente eficaces para facilitar la introducción de las pruebas en favor de los sujetos demandantes. Tampoco contribuyen a obtener una justicia basada en la verdad de los hechos discutidos en el proceso. Su contribución es muy marginal.
- g. Finalmente, otra regla de facilidad probatoria analizada, es aquella en que si el actor logra acreditar indiciariamente (sin plena certeza, mediante un principio de prueba) los hechos constitutivos fundantes de su demanda, es el demandado quien queda gravado con la carga de aportar plena certeza en relación con su no acaecimiento, y de no lograrlo sucumbiría en el proceso. Un caso de uso de este tipo de reglas es el proceso de tutela de derechos fundamentales del trabajador del derecho chileno. La regla parece presentar cierta utilidad respecto al trabajador que demanda, pues introducidos los medios probatorios para configurar los indicios, hace surgir en cabeza del empleador demandado una carga extra en relación con los términos del debate, pues deberá demostrar la racionalidad de los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Al configurarse los indicios, al empleador demandado no le bastará demostrar que no afectó los derechos fundamentales del empleador, sino que tiene que demostrar que las medidas que adoptó son racionales y proporcionales. En algún sentido los indicios hacen aumentar la carga argumentativa del empleador, lo que puede favorecer la posición del trabajador.

Referencias bibliográficas

- Bordalí, A. (2016a). Nuevas herramientas probatorias en el proceso civil chileno. Análisis en un contexto de facilidad probatoria. *Revista de Derecho*, 23(1), 173-198.
- Bordalí, A. (2016b). La carga y valoración de la prueba en el contencioso de reclamación ante los tribunales ambientales. En Arancibia, J. y Romero Seguel, A. (coords.),

- La prueba en la litigación pública* (pp. 193-210). Santiago de Chile: Universidad de Los Andes, Librotecnia.
- Caponi, R. (2007). Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice del processo civile tedesco dopo la riforma del 2001. En AA.VV (comps.), *Atti del Convegno Nazionale. Cagliari, 7 - 8 ottobre 2005*. (pp. 265- 301). Milán: Giuffrè.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1996). *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Carvajal, P. I. (2014). *Onus probandi: la formación del artículo 1.698 del Código Civil de Chile*. *Fundamina*, 20(1), 125-133.
- Cipriani, F. (1997). *Ideologie e modelli del processo civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Corral, H. (2012). Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil. En Aguirrezábal, M. (ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, (pp. 107-117). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- Chile. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. Sentencia 82. (2010).
- Chile. Corte de Apelaciones de Rancagua. Sentencia 102. (2010).
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y del poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Denti, V. (1982). *Un progetto per la giustizia civile*. Bolonia: Il Mulino.
- Fernández López, M. (2012). El juez civil y el hecho incierto. Un estudio desde la perspectiva de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria. *Derecho y sociedad*, 38, 176-184.
- Ferrer, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (dirs.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 53-87). Madrid: Marcial Pons.
- Giannini, L. (2019). Revisitando la doctrina de la 'carga de la prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (dirs.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 89-115). Madrid: Marcial Pons.
- Goldschmidt, J. (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor.
- González Coulon, M. A. (2013). *La carga dinámica de la prueba y sus límites*. Santiago de Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters.
- Guidotti, B. (2013). La igualdad y el principio protector en el proceso laboral. En Muñoz, F. (ed.), *Igualdad, inclusión y derecho. Lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria* (pp. 153-164). Santiago de Chile: Lom.
- Hunter, I. (2005). La culpa con la ley en la responsabilidad civil ambiental. *Revista de Derecho*, 18(2) 9-25. DOI: 10.4067/50718-0950200500200001
- Hunter, I. (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho*, 22(1), 209-257.

- Meneses, C. (2008). Fuentes de prueba y medios de prueba en el proceso civil. *Ius et Praxis*, 14(2), 43-86.
- Meneses, C. (2017). *Estudios sobre el proceso civil chileno*. Valparaíso: Prolibros.
- Nieva, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, 1, 1-17.
- Ormazabal, G. (2011). *Discriminación y carga de la prueba en el proceso civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Palomo, D. (2013). Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda la vuelta?. *Ius et Praxis*, 19(2), 447-464.
- Pinilla, F. (2019). Daño ambiental y Administración: su función y determinación en el sistema sancionatorio ambiental. En Ferrada, J. C., Bordalí, A. y Prieto, M. (coords), *La justicia ambiental ante la jurisprudencia. Actas de las II Jornadas de Justicia Ambiental* (pp. 273 - 305). Santiago de Chile: Der ediciones.
- Prütting, H. (2010). Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Heinz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio. *Ius et Praxis*, 16(1), 453-463.
- Ricci, G. F. (2001). *Principi di diritto processuale generale*. Turín: Giappichelli.
- Saavedra, R. (2011). La doctrina de la Excma. Corte Suprema en materia de responsabilidad ambiental en la experiencia del Consejo de Defensa del Estado. *Revista de Derecho*, 26, 151-174.
- Santibáñez, C. (2010). Las cargas probatorias dinámicas. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1(1), 83-92.
- Tarello, G. (1989). *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bolonia: Il Mulino.
- Taruffo, M. (2010). *Simply the truth. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (dirs.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 11-21). Madrid: Marcial Pons.
- Ugarte, J. L. (2009). Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba. *Revista de Derecho*, 33(2), 215-228.
- Yáñez-Meza, D. y Castellanos, J. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. *Universitas*, 132, 561-609.



Fotografía Juliana Restrepo Santamaría. Zona amarilla

La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas*

Diana Ramírez-Carvajal**

Andrea A. Meroi***

Resumen

La carga de la prueba es una de las instituciones procesales más importantes para el adecuado desarrollo de la labor de la administración de justicia. Se reviste de importancia desde el punto de vista histórico, así como por sus implicaciones teóricas, epistémicas, constitucionales y prácticas (jurisprudencial y litigiosa).

Se expone aquí una perspectiva de interés sobre los modelos iberoamericanos y la utilización de la carga de la prueba. Se analizan sus dimensiones procesales y el lugar privilegiado que ha obtenido desde dos perspectivas fundamentales para la justicia: como principio de aportación de parte y como regla de juicio para el juez. Asimismo, se trabaja, sobre las tendencias modificatorias en las se ha plasmado especialmente una nueva categoría: la carga dinámica de la prueba. Explicar esta nueva perspectiva y la frecuente confusión que hoy se vive es otro aspecto contemplado en el presente trabajo, especialmente a través de un ejemplo de aplicación en la ley del consumidor adoptada por Argentina.

Palabras clave: carga; prueba; carga de la prueba; principio de autorresponsabilidad; regla de juicio; carga dinámica.

The burden of proof, contemporary dynamics

Abstract

The burden of proof is one of the most important procedural institutions for the proper development of the work of the administration of justice. It is important from the historical point of view, as well as for its theoretical, epistemic, constitutional and practical implications (jurisprudence and litigation).

An interesting perspective on Ibero-American models and the use of the burden of proof is presented here. Its procedural dimensions and the privileged place it has obtained are analyzed from two fundamental perspectives for justice: as a principle that the burden of production lies with the parties and as a rule of judgment for the judge. Work is also being carried out on the modifying trends in which a new category has been shaped in particular: the dynamic burden of proof. Explaining this new perspective and the frequent confusion experienced today is another aspect contemplated in this work, especially through an example of application in the consumer law adopted by Argentina.

Key words: burden; proof; burden of proof; principle of self-responsibility; rule of judgment, dynamic burden.

O ônus da prova, dinâmicas contemporâneas

Resumo

O ônus da prova é uma das instituições processuais mais importantes para o desenvolvimento adequado do exercício da administração de justiça. Aumenta sua importância do ponto de vista histórico, devido às suas implicações teóricas, epistêmicas, constitucionais e práticas (jurisprudencial e litigiosa).

Aqui se expõe uma perspectiva de interesse sobre os modelos ibero-americanos e o uso do ônus da prova. São analisadas suas dimensões processuais e o lugar privilegiado que obtiveram em duas perspectivas fundamentais para a justiça: como princípio de contribuição de parte e como regra de experiência para o juiz. É possível trabalhar com as modificadoras tendências nas quais uma nova teoria foi moldada: a distribuição dinâmica do ônus da prova. Explicar esta nova perspectiva e a frequente confusão que se vive atualmente são outros aspectos contemplados no presente trabalho, especialmente através de um exemplo de aplicação na Lei do Consumidor adotada pela Argentina.

Palavras-chave: Ônus; prova; ônus da prova; princípio da auto responsabilidade; regra de experiência; carga dinâmica.

* Artículo de investigación. Derivado del proyecto: "Principios procesales de la justicia civil", realizado por el grupo de investigaciones jurídicas de la Universidad Católica de Oriente, en la línea justicia y sociedad. El investigador principal fue la profesora Diana Ramírez Carvajal y trabajó con un grupo de cinco coinvestigadores internacionales: Michele Taruffo, Jordi Nieva, Giovanni Priori, Eduardo Oteiza y Daniel Mitidiero. El proyecto fue financiado en Colombia por la Universidad Católica de Oriente y en los países de cada coinvestigador, por sus respectivas universidades. La fecha de terminación de este proyecto fue en noviembre de 2018, ahora se está surtiendo la segunda fase del proyecto internacional y se denomina: "Estudio horizontal de los principios procesales de la justicia civil".

** Profesora investigadora de la Universidad Católica de Oriente, Colombia. Adscrita al grupo de investigaciones jurídicas en la línea denominada justicia y sociedad. Magister en derecho procesal de la Universidad de Medellín y Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: dmr Ramirez@uco.edu.co y radiana2113@gmail.com. ORCID: 0000-0001-7833-1393. Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=oXxZdTgAAA&hl=es>

*** Doctora en Derecho, Magíster en Derecho Procesal, Profesora Titular Ordinaria de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Correo electrónico: ameroi@gmail.com ORCID: 0000-0003-1620-1037

Cómo citar este artículo: Ramírez Carvajal, D. y A. Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. *Estudios de Derecho*, 77 (170), 227-248

DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a09

Fecha de recepción: 3/03/2020 Fecha de aceptación: 27/05/2020



La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas

Introducción

La carga de la prueba es una de las instituciones jurídicas más representativas en todos los campos del derecho, de ahí que los debates actuales sobre su naturaleza jurídica y los impactos que las nuevas dimensiones causan en el proceso sean tan importantes. Estos aspectos se abordan en el presente artículo, teniendo como eje central la importancia que la carga de la prueba reviste para el adecuado desarrollo de la administración de justicia.

Su significación desde el punto de vista histórico es indudable, pero también se destacan sus implicaciones teóricas, epistémicas, constitucionales y prácticas (jurisprudencial y litigiosa). La carga de la prueba ha solucionado el problema de las sentencias *non liquet*, pero además ha servido como eje transversal durante todo el proceso para demarcar las exigencias que se pueden y se deben hacer a cada uno de los sujetos procesales.

La investigación que da paso a estas reflexiones tuvo una metodología de pensamiento sistémico e interdisciplinar que requirió combinar formación, investigación y amplia difusión de las instituciones en su adaptación a la realidad.

La postura epistemológica en la investigación se dio con el enfoque metodológico hermenéutico-comprensivo, así: 1) la hermenéutica como herramienta para la correcta interpretación de la experiencia humana en el mundo (Gadamer, 1988) y 2) la hermenéutica en su carácter dialéctico a través del lenguaje (Habermas, 1988).

Este enfoque analítico ha permitido acercar y comunicar experiencias culturales desde la investigación comparada a través de estructuras normativas; trabajar vivencias, compartir símbolos y también optimizar una perspectiva de la vida social, apoyando las actividades en el análisis del contexto y de la praxis.

Pueden anticiparse dos resultados de la investigación que marcan la complejidad que se viene presentando con la aplicación de este instituto en el derecho. El primero, es sobre la llamada carga dinámica de la prueba, la cual ha creado serios marcos de confusión. En el mejor de los casos, no es una flexibilización de la carga probatoria sino un incremento de los poderes de instrucción del juez que le permiten

redistribuir la demostración fáctica entre los sujetos procesales; preocupa en los dos ámbitos el respeto al debido proceso y al principio de contradicción. Pero aun más allá, la carga dinámica de la prueba tiene un aspecto más sombrío y es la posibilidad que se abre de modificar arbitrariamente las reglas probatorias (entre las más importantes reglas) para obtener una sentencia legítima.

El segundo aspecto de importancia, es que la polémica creada alrededor de la carga de la prueba deja sentado que se requiere una nueva dimensión de su estructura: tratándose de una institución creada y pensada para el siglo XIX, este trabajo deja expuesto que aún no está nada claro si los cambios lo serán sobre su naturaleza jurídica o sobre la exigencia de aportación que deben asumir las partes. Es tal la dimensión de esta problemática y sus impactos sobre toda la estructura y desarrollo del proceso judicial, que hoy, todavía, se debe considerar un asunto en discusión.

Lo aquí referenciado se expone en cuatro segmentos: el primero, aborda algunas normativas en países iberoamericanos y la forma en que se ha aplicado la carga de probar; el segundo, presenta reflexiones sobre la naturaleza de la carga de la prueba; un aparte subsiguiente está dedicado a la carga dinámica de la prueba y, finalmente, el cuarto, contiene la exposición de un interesante caso sobre la ley del consumidor en Argentina.

1. La carga de la prueba en algunos países de Iberoamérica

Con la dirección de Taruffo, se realizó en 2018 un estudio comparado sobre los principios procesales en Iberoamérica. Esta investigación tuvo una metodología de pensamiento sistémico e interdisciplinar, donde se aplicó el método analítico en todas las fases para trasladar a la sociedad iberoamericana distintas posturas jurídicas. Esto, por supuesto, requirió combinar formación, investigación y amplia difusión de las instituciones en su adaptación a la realidad de cada país.

Es así, como el jurista debe dimensionar que en países como Argentina, que tiene organización federal, se impone una distribución de competencias entre la nación y cada una de las provincias que la integran. En lo que aquí concierne, es competencia de la nación (específicamente, del Congreso Nacional) la sanción de la legislación “de fondo” (sustantiva, material), mientras que la legislación procesal y la organización de los poderes judiciales, corresponde a cada una de las provincias¹.

1 La Constitución Nacional de Argentina en su artículo 75, enuncia que corresponde al Congreso: ... 12) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente, leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en

Por esta razón, en Argentina coexisten, por un lado, el ordenamiento procesal² y la organización del Poder Judicial federal, y por otro, tantos ordenamientos procesales y organizaciones del Poder Judicial por cuantas provincias existen. Esto hace complejo cualquier estudio en este país, sin embargo, podría sostenerse que en Argentina se discute actualmente si la “carga de la prueba” y las reglas que la definen pertenecen al derecho sustantivo, al derecho procesal o al que Goldschmidt denominaba “derecho justicial material”.

Más allá de esos debates doctrinarios, expuestos en investigaciones profundas (Terrasa, 2020), durante mucho tiempo existió un amplio predominio de la llamada teoría normativa de la carga de la prueba, desarrollada en la obra clásica de Rosenberg (2002), según la cual, el derecho objetivo hace referencia a un estado hipotético de cosas que formula en abstracto para cumplirse. Como el juez tiene prohibición de *non liquet*, aparecen las reglas de la carga de la prueba como una

Instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en los casos, en que no puede comprobarse la verdad de la afirmación de un hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada. (Rosenberg, 2002, p. 17)

Desde luego, “las normas sobre la carga de la prueba no pueden deducirse del resultado del proceso singular, sino que deben establecerse independientemente de todo proceso, sacándolas de las normas abstractas del derecho a aplicarse” (Rosenberg, 2002, pp. 16-17).

Sin perjuicio de que esta regla se tratara de un complemento necesario de toda ley y de todo presupuesto jurídico, toda vez que siempre es posible la duda, ocurrió que, en muchos ordenamientos, no existía previsión normativa sobre la “carga de la prueba”. De hecho, no existía en el ordenamiento civil ni en el procesal civil de la Alemania de la época de Rosenberg ni existe al día de hoy, por ejemplo, en el Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe. En cambio, aquellos códigos procesales provinciales que siguieron el modelo del Código Procesal Civil y Comercial de la nación replicaron la norma que claramente consagra la teoría normativa en ese ordenamiento, así:

Art. 377 Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada

beneficio de la Argentina, así como bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

2 Denominación que se aplica al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal del país, así como en los tribunales federales con sede en el interior.

una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

En línea con la distinción de Rosenberg, la mayoría de los autores argentinos refieren también a las categorías de “carga subjetiva” y “carga objetiva”, destacando que la carga de la prueba es, por una parte, el peso que tienen las partes de producir prueba y, por la otra, “una regla que utiliza el juez ante la incertidumbre provocada por la insuficiencia o la falta de prueba” (Falcón, 2003, p. 253).

En una perspectiva similar, siguiendo la línea de la investigación, se evidencia que los países iberoamericanos no federados adhieren una legislación nacional más uniforme y se encuentra con bastante frecuencia que las denominadas categorías de carga subjetiva y carga objetiva son replicadas en las diversas legislaciones.

En Colombia, de acuerdo a Ramírez (2018), el Código General del Proceso continuó la línea del Código Procesal Civil de 1970 y acogió la regla de que “las partes deben probar el supuesto de hecho de la norma que contempla el efecto jurídico que ellas persiguen”. Estos son los presupuestos básicos de la carga de la prueba, sin perjuicio de lo cual su interpretación ha variado de principios del siglo XX hasta ahora. Sería plausible decir que, en principio, la interpretación de esta regla se ha realizado en un sentido “fuerte” como el expuesto por Lessona (2001) que afirmó que:

No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye un extremo de la acción, deberá probarlo el actor y no el demandado. Lo mismo cabe decir para aquella hipótesis en la que la prueba sea imposible para el actor y posible para el demandado o a la inversa; la imposibilidad no priva del deber de la prueba. (p. 43)

Posterior a este sentido tradicional, la jurisprudencia inicia una flexibilización interpretativa adoptando criterios como la verdad en el proceso y la necesidad o facilidad. A juicio de la Corte Constitucional colombiana:

La carga demostrativa que se hace descansar a hombros de los contendientes, sirve para abastecer al proceso de la mayor cantidad posible de trazas históricas, útiles al propósito de reconstruir los hechos debatidos, es decir, para hallar la verdad como correspondencia entre los enunciados que se hacen acerca de la realidad y la realidad misma. Como la actividad de las partes en el proceso es de suyo competitiva, el juez usualmente tendrá entonces dos visiones inconciliables que se neutralizan pero que a la vez contribuyen al esclarecimiento de los hechos” pero que a la vez contribuyen al esclarecimiento de los hechos. (Corte Constitucional, Sentencia T-733, 2013)

Es decir, el demandante prueba el hecho que alega, a su vez el demandado responde a las inversiones de ley cuando niega o introduce hechos nuevos, pero el juez debe captar las disímiles versiones y darles sentido holístico aplicando consecuencias procesales desfavorables a quien no fue diligente a la hora de probar. En confirmación a esta regla, la Corte Constitucional en la Sentencia T 733 de 2013, define que la carga de la prueba “*onus probandi*” es una herramienta procesal que permite a las partes aportar los elementos de prueba para acreditar los hechos que alega el demandante o las excepciones propuestas por el demandado. Así, el Juez descarga la responsabilidad de la falta de prueba en quien debía de haberla aportado (Taruffo, 2008) y, por tanto, le da la razón a la contraparte que sí presentó sustento probatorio.

Finalmente, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso Colombia -mezclando la regla de la carga de la prueba con la teoría de las cargas dinámicas- adopta ambos conceptos en el artículo 167. Con ello envía un mensaje de flexibilización absoluta del criterio clásico por el que se híper amplifican los poderes del juez.

No es algo mejor lo que ocurre en Bolivia, país que tiene uno de los códigos más recientes (2013), según Mostajo (2018), allí se adopta un principio general en el acápite de pruebas que denominan el principio de la verdad material, según el cual “La autoridad judicial en relación a los hechos alegados por las partes, averiguará la verdad material, valiéndose de los medios de prueba producidos en base a un análisis integral”. Esto implica que los tribunales deberán establecer la verdad de los hechos en litigio y que la verdad tendrá que ser determinada tomando los elementos de prueba para establecer la verdad de los hechos relevantes, es decir, para lograr una de las metas fundamentales de la administración de justicia.

Este principio general se acompaña de la carga de probar, en el sentido tradicional, donde quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión y quien contradiga la pretensión deberá probar los hechos impositivos, modificativos o extintivos del derecho de la parte actora. Pero como es de esperarse, el mismo código antepone en el artículo 136. III que la carga de la prueba que se impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial, pues debe buscarse la verdad material.

Sobre la carga de probar, Chile, de acuerdo a Bordalí (2018), propende por principios como el equilibrio entre demandante y demandado de introducir los medios de prueba y los riesgos en el proceso. Esa repartición se encuentra en el Código Civil, no en el Código de Procedimiento Civil. El código procesal no establece ninguna disposición respecto a la carga de la prueba. La regla básica de la carga de la prueba está en el artículo 1698 del Código Civil que ordena, “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”. Esta regla de carga de la prueba, si bien se encuentra en el título XXI del Código Civil, referido a la prueba de

las obligaciones, tiene aplicación general para todo el derecho privado. Inclusive, se puede decir que es la regla general para todos los procesos judiciales chilenos, con exclusión solo de los penales y de algunas reglas especiales. Uno de los pocos ámbitos donde el legislador ha innovado en este clásico sistema de reparto de la carga de probar, favoreciendo la flexibilización, se da en materia de tutela laboral de derechos fundamentales de los trabajadores.

Por su parte Cuba, según Mendoza (2018), al tenor del artículo 244 de la Ley Procesal Civil, indica que a cada parte corresponde probar los hechos que alega y los opuestos, a la contraria que los haya alegado. Al actor le corresponde aportar los fundamentos fácticos que sostienen la litis. Por su parte, al demandado solo le corresponderá la carga de la prueba cuando en su escrito de contestación introduzca nuevos hechos al proceso con la oposición de excepciones perentorias que por su propia naturaleza jurídica constituyen hechos que deben ser probados.

En crítica a esta norma cubana, Mantecón (2016) señala:

“1) que no puede perderse de vista que la regla del *onus probandi* adquiere mayor relevancia al momento de la sentencia, cuando el juez se dispone a valorar el material probatorio y 2) que existen hechos que no necesariamente son introducidos al proceso por las partes, sino por el propio tribunal en virtud de su actividad de investigación judicial, al amparo de la facultad que regula el artículo 45 de la propia Ley Procesal, esencialmente en los procesos de familia. Por último, aduce que la atribución de la carga de la prueba encuentra asidero en el dogma de los intereses procesales, en el entendido de que prueba el que está en mejores condiciones para ello”. (pp.38-39)

En estas situaciones la norma cubana no ha realizado aún variaciones probatorias, como la inversión de la carga de probar o las pruebas dinámicas.

En forma similar, Panamá, de acuerdo a Chen (2018), sigue la teoría clásica de la carga de la prueba consagrada en el artículo 784 del Código Judicial en el que se afirma que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que le son favorables. Se eximen de prueba los hechos admitidos por la parte contraria, los hechos notorios, aquellos amparados por una presunción de derecho y el derecho escrito que rige la nación. Por ello, para que una presunción establecida en la ley sustancial sea considerada probada, los hechos en que se funde dicha presunción deben estar debidamente acreditados en el proceso.

En el mismo sentido, Paraguay ha rendido culto a la teoría de la carga de la prueba, en tal medida que se dispone como la razón de ser del derecho probatorio, pues solo con el conocimiento adecuado de la carga de la prueba se obtendrá la perspectiva orientadora de saber qué es lo que incumbe probarse en el litigio (Villalba, 2018). Sin embargo, la doctrina se plantea cuestiones sobre bases

más amplias, lo que obliga al legislador a dictar reglas de juicio que no solo se limiten a evitar el *non liquet* (la cuestión no está clara, no puede fallar), sino de evitar decisiones que, aun conteniendo un juicio lógico, no definen la materia de la controversia. En definitiva, se considera que es la ausencia de prueba la que produce el perjuicio y lleva a la utilización del instituto, por cuanto de probarse correctamente en cada litigio no habría necesidad de su aplicación.

En tanto Perú, Priori (2018) sustenta que allí regula la carga de la prueba en el artículo 196 del Código Procesal Civil de la siguiente manera: “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”. De este modo, en este país se establece, siguiendo la teoría general, que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma el hecho constitutivo o mejor, a quien afirma el hecho extintivo o modificativo. En esa línea, es la ley (especialmente el Código Civil) el que establecerá de modo específico algunas situaciones sobre la carga de la prueba.

Sin embargo, el Código Procesal Civil incluye en el artículo 200 una regla que parece ser contradictoria con la regla general. En ella establece que “si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvenición, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada”. Esta regla se contradice abiertamente con el artículo 196, según el cual la carga de la prueba se asigna solo a quien formula una pretensión en el proceso, sea a través de la demanda o de la reconvenición. Así, si quien expresa esa pretensión no prueba el hecho invocado en ella, debe perder el proceso sin considerar la actuación probatoria que haya tenido el demandado cuando, en virtud de la regla general, perdería el proceso la parte a la cual haya correspondido la carga de probar.

Estas disposiciones contradictorias se unen a una práctica judicial negativa en el Perú, que hace que los jueces comiencen la motivación de sus sentencias citando las reglas de carga de la prueba, por lo que esta -antes de convertirse en una regla de juicio subsidiaria- se constituye en una regla de perjuicio.

Siguiendo la teoría tradicional, en Portugal, de acuerdo con Costa e Silva (2018), a partir del Código Civil, se establece que la distribución de la carga de la prueba depende del efecto que el hecho produzca en el derecho invocado. En tal sentido, probar los hechos que constituyen derechos invocados es un deber que recae sobre quien invoca el derecho y, por el contrario, la carga de probar hechos impeditivos, extintivos o modificativos del derecho recae sobre aquel contra quien se ha invocado el derecho. De ahí que la distribución de la carga de probar es importante para resolver los casos de *non liquet*. De acuerdo con el Código de Proceso Civil cuando el juez se encuentre en una situación de duda sobre la ocurrencia de un hecho debe decidir en sentido contrario a aquel a quien le sería favorable.

Conforme a la tradición francesa que aún subyace en República Dominicana, por disposición legal, la carga de la prueba corresponde al actor (Cruceta, 2018). Así lo dispone el artículo 1315 del Código Civil que indica que “el que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla. Recíprocamente, el que pretende estar libre, debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación”. Sin embargo, en algunas leyes recientes como la Ley del Consumidor y en los casos de Responsabilidad Médica, la carga de probar ha sufrido cambios debido a que la sala civil y comercial de la Suprema Corte de Justicia sentó el criterio de que el derecho a probar es parte esencial de la tutela judicial efectiva (artículo 7.4 de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales) y, por tanto, existe una tendencia a aplicar el concepto de la carga dinámica de la prueba, sobre todo cuando existe una relación de desigualdad entre los sujetos procesales, provocando el traslado de la prueba a la parte que se encuentre en mejores condiciones para aportar los elementos probatorios en el caso concreto.

En coherencia con los criterios expuestos, Uruguay, según Pereira (2018), en el Código General del Proceso define la carga de la prueba como

El imperativo que tienen las partes, por su propio interés, en probar los hechos que alegan ante el tribunal, con la consecuencia desfavorable de que si no lo hacen no podrán obtener la satisfacción judicial de la pretensión que han deducido en juicio

La carga de la prueba se refiere así, a la determinación sobre la parte que tiene que probar los hechos históricos y cuál de ellas sufrirá las consecuencias de no hacerlo.

El régimen procesal que rigió Uruguay desde el año 1877 se afiliaba a la tesis que predominaba en los códigos iberoamericanos de principios del siglo XIX, según la cual cada parte tenía la carga de probar las afirmaciones que realizaba. En términos generales acogieron la doctrina según la cual el juez siempre tiene que fallar, no puede dejar de hacerlo por falta de prueba. Se trata pues en realidad de una regla de juicio.

Luego, con la entrada en vigencia del Código General del Proceso (CGP) (1989), se recogieron las modernas tendencias flexibilizando -en opinión de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria- los criterios clásicos de carga. Así, el artículo 139.1 del CGP dispone en general que “corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión, a quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión”. Pero, la regla se flexibiliza con lo dispuesto en el numeral siguiente que ordena “la distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”.

En conclusión, puede considerarse una fluctuación similar en la interpretación de la carga de la prueba en los países iberoamericanos: aunque todos ellos no se encuentren en la misma etapa de reforma procesal, es bastante evidente que la ruta de migración sigue los mismos condicionamientos. En todos ellos se constata la flexibilización de las reglas sobre la carga de la prueba, pero se está entre adoptar las cargas dinámicas y ampliar la iniciativa probatoria de los jueces.

2. Algunas perspectivas contemporáneas

Como se desprende de lo expuesto, actualmente la carga de la prueba -tanto por su historia como por sus implicaciones teóricas, epistémicas, constitucionales y prácticas (jurisprudencial y litigiosa)- es una de las instituciones jurídicas más representativas en todos los campos del derecho y en todos los países de Iberoamérica. Esta importancia ha provocado múltiples discusiones a su alrededor, tal vez dos aspectos de gran importancia para el derecho procesal contemporáneo son el principio de autorresponsabilidad y la flexibilización de las cargas probatorias.

a. Sobre el principio de autorresponsabilidad

Cuando se discute sobre la aportación de prueba de las partes, siempre se torna a repensar sobre la institución procesal de las “cargas”.

Es perentorio reconocer que la distribución probatoria en forma de “carga” fue a principios del siglo XX una solución procesal adecuada al fenómeno político del momento (Estado Liberal), que incluso permitía al juez establecer una regla de juicio idónea. Sin embargo, hoy el mapa geopolítico ha cambiado considerablemente: fenómenos como la constitucionalización de la justicia, proponen nuevos dilemas al proceso y nuevos retos a la justicia. Para el derecho contemporáneo, el derecho a probar y la contradicción elevan su estatus normativo: son derechos fundamentales al tiempo que garantías constitucionales, no son simples actos procesales de exclusivo interés personal como lo sería por ejemplo la contestación de la demanda.

Si ello es así, su balance en el proceso, ¿se corresponde con la naturaleza jurídica de “las cargas”?

La carga es una institución procesal homogéneamente expuesta por la doctrina procesal clásica. Por ejemplo, de manera elocuente Véscovi (1999) la explica (citando a múltiples autores) como el imperativo del propio interés y no del interés ajeno, motivo por el cual no existe una sanción coactiva que conmine al individuo a cumplirla, sino que se producirá para él, por su propia negligencia, una situación de desventaja.

No obstante, esta institución procesal tan clara y bien elaborada, pero además tan eficiente para el derecho procesal clásico, entra en contradicción con los postulados contemporáneos de la tutela judicial efectiva, donde se delinea una discusión sobre la lealtad de las partes y el deber de colaboración con la administración de justicia. Si probar es un derecho fundamental parecería que la acción de probar se contradice con la de una carga. Por ejemplo, la Constitución Política de Colombia dispone como parte del debido proceso del artículo 29, la prueba, la contradicción y la defensa, y posteriormente la Carta Política en el artículo 95 conmina a los ciudadanos a entender que el ejercicio de los derechos y las libertades reconocidos en la Constitución implican responsabilidades y entre ellas está la de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Con ejemplos como este, replicables en otros países de Iberoamérica, se pone en evidencia que “el concreto reparto de responsabilidades para la determinación de los presupuestos fácticos de la sentencia es primariamente una decisión política jurídica” (Hess y Jauernig, 2015, p. 166). Ello explica por qué en los países donde se cambia el modelo liberal por el social de derecho (o similares) nacen discusiones doctrinarias y legales en torno a la carga de la prueba.

En esta discusión la carga de la prueba se relaciona con la imperativa necesidad de aportar pruebas idóneas para obtener en el proceso una decisión correcta, válida y justa. Ello propicia discernimientos, incluso sobre su propia naturaleza, bien como obligación o bien como deber, porque al parecer la institución de las “cargas” propia del principio dispositivo (en el dejar hacer, dejar pasar del Estado liberal) no es compatible con las nuevas propuestas políticas que consignan alrededor de la prueba más garantías constitucionales que actos procesales.

Hoy se discute sobre cómo se debe relacionar el ciudadano con la administración de justicia con criterios de responsabilidad. Esto significa no dañar por acción o por negligencia en la narración, no solamente como pedido de ley sino de las garantías constitucionales modernas. Como afirma Taruffo (2010): “Las partes a través de sus abogados no están interesadas en la verdad” (p. 57), no porque estén autorizadas para decir mentiras o porque el proceso esté diseñado para tramitar con falsedad las afirmaciones de las partes, sino porque en su condición de creadoras del litigio, a las partes les es lícito sostener la postura más benéfica para sus intereses. Es pues un reto contemporáneo discutir sobre las múltiples dimensiones que hoy se vierten sobre la carga de la prueba.

En esta discusión, por ejemplo, Hess y Jauernig (2015), afirman que “el principio de aportación de parte atribuye a éstas la tarea de aportar los presupuestos fácticos de la sentencia (incluyendo sus medios de prueba) para lo que resultan responsables en exclusiva” (p.166).

Esta postura, que se estudia como de gran controversia, ya que choca frontalmente con las tendencias de flexibilización de la carga de la prueba, cambia en el proceso la naturaleza de la carga por la de la obligación en la aportación de prueba.

b. Sobre la flexibilización de la carga de la prueba

Un segundo aspecto que es pertinente examinar críticamente se corresponde con la conexión de la carga de la prueba con otros fenómenos de distribución probatoria, como las diversas modalidades de facilitaciones o flexibilizaciones probatorias (por ejemplo, la carga dinámica, las presunciones y las modalidades de responsabilidad presunta).

En Colombia hay autores que defienden abiertamente criterios de máxima flexibilización en la carga de la prueba. Al respecto, Parra (2000) sostiene que:

Una de las formas de desigualdad más vedada es aquella que impone la carga de probar a una parte a quien le resulta muy difícil hacerlo, hasta el punto que se le exigen actividades que lindan con el heroísmo; las más de las veces, esa noción rígida de carga, sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso. La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta, en determinados casos, a quien le queda más fácil probar. (p. 154)

Siguiendo esta línea, Peña (2008) afirma que “actualmente la solidaridad es palpable en la carga de la prueba, en el momento en que se conmina a quien pueda obtener más fácilmente una prueba para que esté obligado a aportarla” (p. 278), por lo que también se plantea un desplazamiento del *onus probandi* hacia la parte que está en mejores condiciones.

En Argentina, se desprendió con fuerza el mismo fenómeno a partir de los conceptos de Peyrano (2009), quien sostuvo que:

La noción de carga procesal fue un concepto técnico que sustentó y explicó muchos aspectos del proceso civil, pero este rol ya fue cumplido, aunque de manera no totalmente satisfactoria; ya que la falta de elementos de prueba solo significa que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis. La falta de elementos de demostración probatoria produce incertidumbre acerca de ella, pero no la confirmación de la hipótesis contraria. (p. 227)

Otros países como Bolivia, según quedó citado en el numeral anterior, han optado por vincular al capítulo de pruebas la verdad material. Ello por supuesto les permite unas dinámicas distintas en cuanto a la distribución de la carga probatoria que tienen las partes y el mismo juez.

La doctrina, el legislador y también la jurisprudencia, como es evidente, se vinculan cada vez con mayor fuerza a criterios de flexibilización total. Sin embargo,

cada paso debe ser medido con sumo cuidado por cuanto la carga de la prueba es una estructura que sustenta la distribución en el actuar probatorio durante todo el proceso (como distribución de las reglas de aportación) y también al momento de dictar sentencia (como regla de juicio). Son múltiples los aportes que esta institución hace al derecho procesal: desviar sus objetivos o cambiar su naturaleza jurídica, implica repensar el proceso judicial completo.

3. Funcionalidad probatoria de la flexibilización

a. El contrasentido de la teoría de las cargas dinámicas

La teoría normativa de la carga de la prueba ha recibido fuertes embates desde sectores que cuestionan la justicia de sus resultados o, incluso, su utilidad. Como ha quedado esbozado, quizá el desafío más exitoso y extendido sea el de la llamada “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, no exenta de renovados cuestionamientos.

Más allá de las disputas en torno a la originalidad de la teoría (García, 2005), Peyrano, que se ha considerado precursor de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, afirma que la descripción fue acuñada en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Termas de Río Hondo 1993):

Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquélla produzca consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.

De entre las varias miradas críticas a las cargas dinámicas, se destaca la de Taruffo (2019), para quien:

En esta decisión el juez se sirve de 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. (p. 13)

De igual modo Alvarado (2009) ha expuesto que:

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 sólo es actitud tramposa, sino que en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. (p. 41)

No es pues un tema pacífico, a pesar de la avanzada de algunos legisladores y de la connotada doctrina que ha defendido su importancia. Es un tema de singular delicadeza para el proceso que merece un riguroso estudio interdisciplinar.

b. El deber de colaboración de las partes

Varios autores argentinos han citado el “deber de colaboración” de las partes en materia probatoria (Oteiza, 2008, pp. 125). Como línea de ejemplo, Giannini (2010, p. 1136; como en una colaboración más reciente, 2019, p. 89) destaca la necesidad de distinguir conceptualmente el principio procesal de colaboración (que impone a las partes la carga de producir elementos de prueba que están o deberían estar en su poder), de la adjudicación del *onus probandi* en cabeza de quien “está en mejores condiciones de probar”.

En especial, el autor da cuenta de la existencia de “procesos caracterizados por la dificultad probatoria y la desigualdad de las partes respecto de los medios para acceder a la información” (Giannini, 2019, pp. 91-92), del surgimiento de la teoría de las “cargas probatorias dinámicas” y de la -para él, errónea- utilización indistinta del principio de colaboración y de la teoría de la carga dinámica de la prueba, agravada por la sanción del nuevo Código Civil y Comercial en Argentina.

Giannini (2019), afirma la necesidad de distinguir “carga dinámica de la prueba” de “deber de colaboración”,

Ya que la aplicación de los mismos dentro de su campo específico de acción puede conllevar a soluciones absolutamente divergentes, especialmente en los casos en los que, pese a la plena cooperación

prestada por el demandado, no se puede colectar prueba suficiente para tener por acreditados los hechos afirmados en la pretensión. (p. 100)

La teoría de la carga dinámica,

Expresada como una regla diferenciada de distribución del *onus probandi*, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo (...) La regla de juicio analizada... hace pesar las consecuencias de la incertidumbre en cabeza de quien está en mejor posición de probar. (p. 100-101)

A su vez el principio de colaboración,

conlleva a la posibilidad de extraer indicios (o 'argumentos de prueba') o sanciones propiamente dichas en lo referido a la demostración de los hechos controvertidos, como derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos. (p. 101)

En suma, para Giannini (2019) "la carga de producir evidencia no importa una inversión de la carga de probar" (p. 106).

4. Un problema de actualidad: la ley de defensa del consumidor en Argentina

El problema de la prueba de los hechos en las relaciones de consumo ha generado fundadas preocupaciones y animados debates que no siempre desembocan en la consecución del objetivo final perseguido: la consagración de un sistema de protección diferenciada de los derechos de los consumidores.

Nadie duda que el consumidor se encuentra en inferioridad (o aun imposibilidad) para acceder a las fuentes de prueba de los hechos fundantes de su pretensión. En cambio, resulta más dudoso que las denominadas "cargas probatorias dinámicas" o el "deber de colaboración" sean la solución más eficiente a los fines declamados.

En su redacción originaria, la Ley 24.240 no tenía previsión específica respecto del tema de la prueba, sin perjuicio de lo cual la mayoría de los autores -y ciertamente de las decisiones judiciales- echaban mano de la "teoría de las cargas dinámicas" (Bersten, 2004, pp. 354 y ss.) o de las presunciones (Gozafni, 2005, p. 449) (o de ambas, indiscriminada o inconscientemente) para aligerar el *onus probandi* del consumidor.

Por su parte, la Ley 26.361 incorporó una previsión expresa, prescribiendo que "[l]os proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que

obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio”.

La doctrina viene interpretando esta disposición de muy diversa manera: a) Para un grupo de autores se trata -lisa y llanamente- de la consagración legislativa de la “teoría de las cargas dinámicas de la prueba”. En esta línea, se ha afirmado que:

[l]a reforma establece, en materia de litigios de consumo, la regla de las ‘cargas probatorias dinámicas’ ordenando al proveedor aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. (Martínez Medrano, 2008, p. 283)

b) Otros autores disienten, sosteniendo que:

La disposición en comentario [el art. 53] únicamente pone en cabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder -o deban estarlo-, pero no determina que recaea sobre él la carga de producir la prueba pertinente. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino, únicamente, de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes o servicios. Cabe destacar, asimismo, que... el incumplimiento del deber de conducta y colaboración en materia probatoria no tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, sino que genera un indicio que permitirá al juez presumir el hecho invocado por el consumidor. En este sentido, cabe recordar que la configuración de presunciones judiciales no genera, de manera alguna, una inversión de la carga de la prueba, pues la parte demandada debe probar los mismos elementos que antes de producirse la presunción. (Sáenz, 2015, p. 670)

Por su parte, el consumidor carga con la prueba de los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción, por lo que

[e]s respecto de este último aspecto que el abogado de la parte débil debe tener presente, en todo momento, la virtualidad de la conducta de las partes como principio morigerador de la carga de la prueba, tanto a los fines de invocarlo en la oportunidad respectiva -que se presentará, en general, al momento de alegar-, como con el objeto de aportar las suficientes constancias probatorias que acrediten la certeza de dicho indicio -vgr., que un determinado documento se encontraba en poder de la parte contraria, y que ésta procedió a su destrucción-, a los fines de habilitar la posibilidad de que el magistrado interviniente tenga por presupuesto el hecho cuya certeza pretende aportar. (Sáenz, 2015, p. 671)

c) En una posición intermedia, se afirma que:

En términos simples, en caso de que el proveedor incumpla la carga impuesta por el estatuto del consumidor, tal actitud sólo podrá erigirse en una mera presunción en contra de éste (estrictamente, un indicio, analizada la conducta a la luz de los arts. 316, CPCC Córdoba y 163, inc. 5, CPCCN), sin que exista -en principio- inversión de la carga probatoria. Es por tanto una consagración legal de principios caros al derecho procesal, como lo son la lealtad, probidad y buena fe. (Díaz, 2010)

d) Una interpretación original es la que brinda Frisicale (2013), para quien:

El texto de la norma no hace referencia a una carga procesal sino exclusivamente a un deber en cabeza del proveedor. Este deber de aportar elementos de prueba puede identificarse con la llamada *actio ad exhibendum*. En este sentido, Gian Antonio Michelli sostiene que la *actio ad exhibendum* se relaciona únicamente con la disponibilidad de los medios de prueba; en cambio, la regla sobre la carga de la prueba se vincula con la decisión de un hecho incierto, esto es, cuando la etapa probatoria ha concluido. Por lo tanto, el artículo 53 intenta resolver aquellas dificultades que se presentan cuando los elementos de prueba están en poder de una de las partes y no son ofrecidos espontáneamente en el proceso. La *actio ad exhibendum* limita 'la libertad de las partes, pero no influye sobre el fenómeno de la decisión'. Este instituto no se identifica con la carga de la prueba, pues 'la construcción usual de la carga conduce, en efecto, al inconveniente de hacer muy difícil la configuración de una actividad procesal que una parte está forzada a desarrollar'". (p. 81)

Casos como el expuesto, dan cuenta de la complejidad que conlleva la desestructuración de la carga de la prueba. Variar el sentido del instituto diversifica las interpretaciones en su aplicación, produciendo las más de las veces impactos negativos en la legitimidad de la decisión judicial. Tanto el legislador como el juez y la doctrina, actualmente se encuentran confundidos no solo con los fines procesales de la carga de la prueba sino con su naturaleza jurídica.

Conclusiones

¿Sigue siendo eficiente en el derecho procesal contemporáneo la institución carga de la prueba? ¿Cuáles son sus interpretaciones más eficientes?

El tratamiento legislativo en la Ley de Defensa del Consumidor argentina resulta ineficaz justamente por las diversas interpretaciones a las que somete

un lenguaje multívoco (la expresión “deber”), bien porque lleva a la adopción de doctrinas sobre las que no existe completo consenso (como las cargas probatorias dinámicas) o bien por la consagración de principios que -incluso- podrían lucir contrafácticos (cual el deber de “colaborar” en un proceso entre partes adversarias).

El incumplimiento de la carga de probar concreta las consecuencias clásicas: la parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico soporta la carga de la prueba porque en ese caso no se aplica el precepto jurídico.

La configuración del aporte de medios probatorios como deber deja este tema en un limbo de apreciación judicial subjetiva, caso por caso, que no genera en automático la protección de la parte débil.

La consideración legal de “la mayor facilidad probatoria” o “la disponibilidad de los medios de prueba” a la hora de configurar el supuesto de hecho de la norma o de establecer una presunción legal relativa, según lo que aquí se ha expuesto, resulta en una solución mucho más tuitiva por el juez.

De otro lado, cabría recabar sobre las presunciones legales, de las cuales se desprenden muchos ejemplos en los países iberoamericanos. Como afirma Taruffo (2008):

Cuando el derecho ‘presume’ un hecho que debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada de la carga y la carga de probar lo contrario se traslada a la otra parte. Si esta parte logra probar lo contrario, ganará el pleito; si no, ganará la parte favorecida por la presunción. Las presunciones legales son frecuentes en todos los sistemas jurídicos. En general, las presunciones legales se utilizan con el objetivo de facilitar la victoria de una de las partes relevándola de las cargas probatorias y trasladando la carga a la otra parte, como suele suceder en los procesos por daños, en los de negligencia profesional, de contaminación industrial y de venta de productos inseguros o peligrosos. (pp. 151-152)

La tendencia disruptiva sobre el sentido tradicional de la carga de la prueba, sus fines y sus objetivos en el proceso, puede presentar algunas salidas sin que se considere superado el tema. Aunque parece más eficiente seguir profundizando en la consagración de presunciones legales relativas, sería también de gran utilidad retomar la discusión sobre las “cargas”. En todo caso discutir sobre la carga de la prueba es un tema de total actualidad y de absoluta necesidad.

Referencias bibliográficas

- Alvarado, A. (2009). *Sistema procesal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Beltrán, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

- Bersten, H. (2004). *Derecho Procesal del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- Bordalí, A. (2018). Principios estructurales del proceso civil chileno. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica* (pp. 137-156). Lima: Palestra.
- Chen, M. (2018). Principios materia de análisis en perspectiva de la justicia civil de Panamá. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica* (pp. 293-322). Lima: Palestra.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. (2020). Editorial ERREIUS.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-733 (2013).
- Colombia. Congreso de la República (julio 12 de 2012). Ley 1564. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial n.º 48489*.
- Constitución Nacional de Argentina. (1994). Editorial Astrea.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Legis.
- Costa e Silva, P. (2018). Principios materia de análisis en perspectiva de la justicia civil (Portugal). En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil, en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Cruceta, A. (2018). Aplicación y desarrollo de los principios esenciales del proceso civil dominicano. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Díaz, M. (2010). *REFORMA AL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR. IMPACTO EN LOS ORDENAMIENTOS PROVINCIALES*, SJA.
- Frisicale, M. (2013). *El deber de información como medida de prevención del daño y su relación con la carga de la prueba*, DCCyE.
- Falcón, E. (2003). *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea.
- Giannini, L. (2019). Revisitando la doctrina de la 'carga dinámica de la prueba'. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 89-109). Madrid: Marcial Pons.
- Gozáñi, O. (2005). *PROTECCIÓN PROCESAL DEL USUARIO Y DEL CONSUMIDOR*. SANTA FE: RUBINZAL-CULZONI.
- Gadamer, H. (1988). *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Salamanca: Sígueme.
- García, M. (2005). *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris.
- Habermas, J. (1988). *La lógica de las ciencias sociales*. Madrid: Tecnos.
- Hess, B. y Jauernig, O. (2015). *Manual de derecho procesal civil*. Madrid: Marcial Pons.

- Lessona, C. (2001) Teoría de las pruebas en el derecho civil (vol. 2). En *Serie Clásicos del Derecho Probatorio*. México: Editorial Jurídica Universitaria.
- Meroi, A. (Coord.). (2020). *Carga de la prueba. Prospectivas y desafíos, correspondiente al Proyecto de Investigación DER-169, Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario* (en prensa).
- Mostajo, J. (2018). Los principios de la justicia civil en Bolivia. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Mendoza, J. (2018). Evolución, reforma y actualidad del proceso civil en Cuba. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Mantecón, R. (2016). *Introducción al Derecho Probatorio*. La Habana: Ediciones ONBC.
- Martínez Medrano, G. (2008). *Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor Ley 26.361*, Microjuris Argentina Online, MJ-DOC-3441-AR | MJD3441.
- Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (2019). *Contra la carga de la prueba*: Madrid: Marcial Pons.
- Oteiza, E. (2008). El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?. *Advocatus*, (018), 125-134.
- Parra, J. (2000). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Peña, J. (2008). *Prueba Judicial, Análisis y Valoración*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla.
- Peyrano, J. (2009). Carga de la prueba. En *La prueba en el proceso judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Pereira, S. (2018). Principios estructurales del proceso civil: regulación y aplicación en Uruguay. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Priori, G. (2018). Los principios de la justicia civil en el Perú. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Rosenberg, L. (2002). *La carga de la prueba* (2ª ed. Castellana) (Ernesto Krotoschin, trad.). Buenos Aires: B de F.
- Ramírez, D. (2018). Los principios en perspectiva de la justicia civil: caso Colombia. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Sáenz, L. (2015). Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo. *Responsabilidad Civil y Seguros* (12), 47-60.

- Taruffo, M. (2008). *La prueba* (Manríquez, L. y Ferrer Beltrán, J., Trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad*. Barcelona: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2019). Casi una introducción. En Nieva, J., Ferrer, J. y Giannini, L. (eds.), *Contra la carga de la prueba* (pp. 11-22). Madrid: Marcial Pons.
- Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.). (2018). *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.
- Terrasa, E. (2020). La carga de la prueba. En Meroi, A. (coord.). *Carga de la prueba. Prospectivas y desafíos*, correspondiente al Proyecto de Investigación DER-169, Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Rosario (en prensa).
- Vescovi, E., De Hegedus, M., Klett, S., Cardinal, F., Simón, P. y Pereira, S. (1998). *Código General del Proceso* (Tomo 4). Buenos Aires: Ed. Ábaco.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis.
- Vázquez, R. (2009). *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*. Buenos Aires: La Ley.
- Villalba, P. (2018). Principios materia de análisis en perspectiva de la justicia civil: la situación paraguaya. En Taruffo, M., Mitidiero, D., Nieva, J., Oteiza, E., Priori, G. y Ramírez, D. (coords.), *Los principios procesales de la justicia civil en Iberoamérica*. Lima: Palestra.

Instrucciones para quienes deseen publicar en la revista Estudios de Derecho

Convocatoria permanente

La Revista Estudios de Derecho informa que tiene convocatoria permanente para la recepción de artículos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por Colciencias:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará, en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-

edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: "registrarse como autor". Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

Criterios generales:

El texto debe digitarse en letra tipo "Cambria, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben "llamarse" previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.
- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.

- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis solo incluye el año. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011)

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si éste lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde solo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

Libro:

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellido, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellido, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellido, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Capítulo de libro colectivo:

Apellido, A. A. & Apellido, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Artículo De Revista:

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (año). Título del artículo. *Título de la publicación, volumen* (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

Documentos institucionales:

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

Tesis:

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

Documento electrónico:

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

Jurisprudencia

(Órgano, Sentencia y año)

(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221 de 1994)

Para referenciar:

Legislación

País. Órgano que emite la norma. (Año). Norma. Título. Dónde fue publicada. Lugar. Año. Número.

Colombia. Congreso de la República. (1993). Ley 61. Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para dictar normas sobre armas, municiones y explosivos, y para reglamentar la vigilancia y la seguridad privada. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1993. no. 40.987.

España. Ministerio de Justicia e Interior. (1994). Real Decreto 2364. Por el que se aprueba el Reglamento de Seguridad Privada. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1994. no. 8, p. 779-815

Sentencias nacionales e internacionales

País. Órgano, Sentencia n° (año)

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-230 (2010)

Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Colombia. Consejo de Estado, Radicación 1000998776555 (2010)

O

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

Periódico:

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

Derechos de reproducción:

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

Revista Estudios de Derecho

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

<https://www.udea.edu.co/revistaestudiosdederecho>

<https://twitter.com/RevistaEDerecho>

<https://www.facebook.com/RevistaEDerecho>

Edificio de Extensión, Oficina 404

Teléfono: (57-4) 2195855

Medellín-Colombia



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co