

CARGA DE LA PRUEBA. ACTUALIDAD. DOS NUEVOS CONCEPTOS:

EL DE IMPOSICION PROCESAL Y EL DE SUJECION PROCESAL

JORGE W. PEYRANO

Juez de Cámara de Rosario, Argentina.

*"Los tiempos están cambiando,
hermano,
y hay que entender
el huracán"*

Bob Dylan

Estamos en los umbrales del tercer milenio. En verdad, ya lo estamos viviendo. Sin embargo, todavía, reiteradamente hace presa de nuestro espíritu lo que está "dejando de ser"; vale decir la "modernidad" (1) ya superada por el "postmodernismo" (2), que todo lo impregna y colorea.

No es fácil, lo admitimos, desprenderse sin mayores miramientos de lo que hasta ayer fuera nuestra impronta, nuestro modo de ser, nuestra "cultura", como ahora se dice. Sólo espíritus singularmente sensibles a los cambios -que de algún modo no sólo los perciben sino que los propician con sus actitudes "abiertas"- pueden moverse más o menos cómodamente en épocas de crisis, donde lo que está finiquitando no ha muerto del todo y lo que está naciendo en su reemplazo no está suficientemente consolidado.

Pero dejemos caer nuestra mirada sobre lo que ocurre en materia jurídica, y en especial en lo referente a la procesalística civil. Forman excepción los códigos procesales civiles (3) que se han dedicado (por fin! a incorporar "nuevas" (4) figuras e instituciones, en pos de un procedimiento más expeditivo y eficaz. Las cosas no mejoran demasiado -salvo en contados y distinguidos casos- cuando se repasa la producción doctrinal, habitualmente dedicada a repensar, una y otra vez, lo ya dicho y enseñado hace décadas. Todo ello nos hizo expresar, por ejemplo, lo siguiente: "Decíamos -no hace mucho tiempo- que cuando las respuestas que nos ordenaban el mundo se transforman en preguntas nuevamente, es porque algo está cambiando en un terreno que se consideraba 'agotado' para ver brotar en su superficie nuevas especies. Algo así parecía ocurrir

con la teoría general de la prueba en materia procesal civil, por lo menos en nuestro medio. Sin embargo, la irrupción, entre otras novedades, de las llamadas "pruebas biológicas", del denominado "valor probatorio" de la conducta en juicio de las partes y de la doctrina de las "cargas probatorias dinámicas" (examinadas derechamente, o en sus conclusiones, por el libro cuya recensión aquí estamos consumando,...) hizo que -con razón- se comenzara a sospechar que no todo estaba dicho en la materia" (5). Precisamente, sobre éstas últimas se estructura lo principal del presente.

Pero antes de entrar de lleno al examen de lo anunciado es menester, creemos, recordar que las llamadas "reglas de carga de la prueba" son, en realidad parámetros decisorios, puesto que no sólo indican cuál de las partes debe

probar tal o cual hecho de la litis, sino que también prescriben que, de no acontecer ello, el tribunal deberá resolver contra quien debía probar y no probó (6).

Superando el ingenioso esquema distributivo en cuyo mérito se prescribía que ineludiblemente el actor debía acreditar cabalmente los hechos constitutivos invocados en su demanda, y el demandado, los hechos impeditivos, modificativos o extintivos que pudiera haber alegado en su escrito de respuesta, una observación más atenta de la realidad permitió entresacar, entre otras, dos especies de cargas probatorias. A saber: en primer lugar, la "carga probatoria limitada", que se caracteriza por considerar acreditado un hecho o circunstancia sin que concurren elementos probatorios que demuestren a cabalidad lo afirmado por el que soporta (¿o disfruta?) la mencionada carga. Se trata, vgr., de la carga probatoria que pesa sobre el demandado (actor en el principal) dentro de un incidente de arraigo, cuando le toca demostrar la solvencia específica que lo eximiría de arraigar (7); y también del supuesto en el cual resulta admisible producir "pruebas liviores" (8), es decir pruebas que por las especiales circunstancias del caso deben ser reputadas eficientes por más que no lo serían en otros supuestos. Además, debemos rescatar el rendidor concepto de carga probatoria "compartida". Dicho concepto-manifestación, sin duda, de una nueva "cultura" del proceso judicial, caracterizada por la vigencia del principio de solidaridad y el deber de cooperación de todos en procura de un rendimiento del Servicio de Justicia más eficiente que el actual - surgió a propósito del juicio de simulación (aunque a propósito del juicio de simulación que no se agotó en el mismo), donde se encuentra aceptable que, en buena medida, la tarea probatoria es común a ambas partes. Vale decir que en los supues-

tos del funcionamiento de una carga probatoria "compartida" la demandada, por ejemplo, no puede encerrarse en una cómoda (y desleal) negativa sistemática de los hechos invocados por el actor, para de tal modo dejar caer sobre los hombros de este último la totalidad del peso probatorio. Al respecto, apunta Mosset Iturraspe, lo que sigue: "La excesiva parquedad, la reticencia, tanto en la exposición de los hechos como en la tarea de armar pruebas, no coincide con la actitud normal que adoptaría quien fuese acusado injustamente de algo tan grave como es la simulación de un negocio jurídico. Una pura y simple negativa genérica de los hechos; cargar el acento sobre cuestiones marginales, etc., son indicios elocuentes de simulación... Las respuestas, apunta Muñoz Sabeté, no resultan en modo alguno proporcionales al estímulo. En los casos en que realmente no existía simulación, las respuestas del inocente suelen ser por regla general mucho más críticas y explicitadas, manteniendo el tono adecuado a la importancia de la acusación" (9). En el plano jurisprudencial, también se ha decidido que "en el juicio de simulación, la carga ordinaria de la prueba resulta en alguna medida modificada, produciéndose lo que se califica como redistribución del onus probandi, en virtud de la cual al demandado por simulación le incumbe el deber moral de aportar los elementos tendientes a demostrar su inocencia y los hechos por él invocados, tratando de convencer de la honestidad y seriedad del acto y colaborando con la justicia en el esclarecimiento de la verdad" (10).

Vayamos, ahora sí, a lo que consideramos el núcleo del presente: "la teoría de las cargas probatorias dinámicas". Todo comenzó con un trabajo publicado ya hace algunos años (11) que, según algunos (12), dió la puntada inicial para un suerto de "revolución si-

lenciosa" en los casos de responsabilidad civil médica, tratando de lograr un alivio en la pesada carga de la prueba de la culpa, la que históricamente recayó sobre la cabeza del paciente" (13). Ciertamente es que la susodicha doctrina nació como un paliativo para aligerar la improbable tarea de producir "pruebas diabólicas" que, en ciertos supuestos, se hacía recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas "apriorísticas" de distribución de la carga de la prueba. Las mencionadas reglas se contentaban con imponer, rigidamente, que según fuera la calidad de los juicios alegados (constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo) su prueba debía correr por cuenta y cargo del actor o del demandado. Sin embargo, la fuerza de las cosas demostró, vgr. que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior de un quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito. Cuantitas se encuentran, por ejemplo, los médicos y enfermeras participantes en el referido acto quirúrgico, en mejores condiciones para ofrecer y producir las pruebas respectivas que la propia víctima. Fue así que surgió la primera de varias modernas "cargas probatorias dinámicas", cual es la que impone la carga probatoria (dados ciertos supuestos) a quien se encuentre en mejores condiciones de producir la prueba respectiva (14) y no imponerla, ciega y apriorísticamente, por la sola circunstancia de tratarse de un hecho constitutivo, impeditivo, modificativo o extintivo. Luego, surgieron otras "cargas probatorias dinámicas" (15), y también nuevos aportes (16) orientados al análisis de la noción sobre la que venimos informando. Importa destacar que curiosamente, han sido los cultores del Derecho Civil quienes han evidenciado ma-

por interés en analizar la teoría de marras; siendo de remarcar que en varios certámenes científicos dedicados al mismo, se la ha abordado y examinado en profundidad (17).

No obstante lo antedicho, pareciera que las cosas están cambiando. Se comienza a notar algún grado de preocupación de la procesalista lugareña (18) por el examen de un concepto tan ubérrimo en consecuencias de todo tenor.

Pensamos que el esquema que proponemos para las citadas "cargas probatorias dinámicas" (que presuponen un desplazamiento del esfuerzo probatorio del actor al demandado o viceversa, según fuere la coyuntura y sin aceptar "apriorismos") se ajusta al ideal perseguido por el proceso moderno, preocupado, sobremanera por "ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad" (19).

Llegados aquí, debemos terminar de cumplir con lo anunciado en el epígrafe. Consecuentemente, debemos dar noticia de dos novedades doctrinales, de algún modo conectadas con el concepto de "carga procesal".

La primera ha sido denominada "imposición procesal", reservándose tal término para el supuesto representado por una misma conducta procesal impuesta que, a la par, constituye una carga procesal para las partes y un deber funcional del tribunal (20). Se trata, vgr., de la "imposición procesal" de "hablar claro" (*clare loqui*); con lo que se quiere expresar que mientras las partes soportan la carga de manifestarse con claridad en sus escritos y actuaciones (lo que de no ocurrir, puede acarrear consecuencias desfavorables, como la interposición en su contra de una excepción de defecto legal en el

modo de proponer la demanda), los tribunales deben confeccionar sus resoluciones sin incurrir en ambigüedades (lo que, de no ser respetado, determinará que la decisión respectiva sea "claudicante" y así susceptible de ser impugnada con éxito por haber violado el deber del Oficio de evitar situaciones equívocas e interpretaciones desdichadas en los justiciables). En suma, y como ya hemos tenido oportunidad de señalarlo, "carga procesal de las partes", deber funcional de los tribunales o, si se prefiere una locución "menos jugada", "imposición procesal", el *clare loqui* constituye -en cualquier caso- un valioso reaseguro para la preservación de la buena fe procesal y del "principio de contradicción" (21).

Lo restante, pensamos que podría ser llamada "sujeción procesal". ¿De qué se trata? Casi forma un lugar común comprobar que se dice y se repite que la presentación de agravios en segunda instancia es una carga procesal que le incumbe al apelante. Así por ejemplo, se ha subrayado que: "Con un claro acento castizo, los códigos procesales de nuestro país hacen referencia a la frase expresión de agravios para indicar la carga que tiene el apelante de fundamentar ante la Alzada el recurso concedido libremente." (22). En igual sentido, se ha pronunciado Podetti (23). En cuarto a la sede judicial, también prevalece dicha idea (24). Ahora bien: ¿es realmente así? Como harlo se conoce, si por algo se caracteriza la verdadera carga procesal es por ser una suerte de "canto a la libertad", cuyo levantamiento no asegura, insoslayablemente, la obtención de una ventaja procesal ni tampoco quedar sumida la parte no cumplidora en una necesaria desventaja procesal. Tal o cual ventaja o tal o cual desventaja puede (o no) acontecer. Piénsese -ya que estamos en la materia- en el supuesto correspondiente a la car-

ga probatoria satisfecha por una de las partes a través del ofrecimiento de una testimonial, que, a la postre, le resulta desfavorable.

Sucede que cuando el apelante no expresa agravios en tiempo y forma, (es decir, extemporáneamente o de modo "insuficiente", desde el punto de vista técnico), "fatalmente" ello redundará en una drástica desventaja procesal para el recurrente, quien verá consolidada en su contra - con la fuerza de la cosa juzgada - la sentencia adversa de primera instancia (25). ¿A tal coyuntura (la expresión de agravios no realizada en tiempo y forma), se la puede válidamente denominar "carga procesal"? ¿O se tratará de otra cosa y está por verse qué es? Obvio es que creemos que la respuesta afirmativa a la parte final del interrogante se impone.

La ineluctabilidad y gravedad de las consecuencias suscitadas por la falta de expresión de agravios, obligan a calificar como algo distinto a una carga a la conducta prescripta sobre el particular al apelante. Quizás, la más idónea sería la de "sujeción procesal", por resultar bastante gráfica en punto a que deja traducir que la conducta que impone a quien la soporta es "menos libre" y más llena de consecuencias tajantes.

Cabe acotar que, no obstante el apuntado consenso existente respecto de que la expresión de agravios sería una carga procesal, "flota" en la doctrina una suerte de mala conciencia sobre el punto que, por ejemplo, ha hecho que varios autores mencionen que la deserción de la apelación (consecuencia de la falta o deficiencia de la expresión de agravios) es una "sanción" (26). Creemos que el calificativo de "sanción" para la consecuencia de la falta de levantamiento de una carga (que, de ordinario puede acarrear únicamente una eventual desventaja

procesal) revela que se sospecha que se está ante algo distinto y más enérgico.

Importa traer a cuento otro ejemplo de lo que también se nos ocurre que es una "sujeción procesal". Es el supuesto contemplado por el art. 331 CPR. santafesino (27), que establece que la falta de prestación del arraigo fijado dentro de determinado plazo trae aparejada la perención de la instancia principal (28). También interesa puntualizar que cuando Maurino analiza el referido instituto señala que: "El plazo de noventa días concedido por la ley (art. 331 CPR. Santa Fe) para arraigar el juicio, bajo sanción de caducidad, comienza a computarse a partir de la notificación del decisorio que manda arraigar el juicio, resultando innecesaria su ejecutoriedad" (29). Con ello, pensamos, también se pone de manifiesto su sospecha de que se está ante algo diferente a una "carga procesal". Aquí debemos confesar que, como todos, nos equivocamos, y de seguro que frecuentemente. Así es que en otra ocasión (30), rotulamos, erróneamente, a la susodicha conducta impuesta al actor por el art. 331 del ordenamiento procesal civil santafesino, como "carga procesal" cuando lo correcto hubiera sido catalogarla como una "sujeción procesal".

Del desarrollo que venimos concretando emerge que, aparentemente, allí donde exista una "sujeción procesal" concurría una "sanción procesal" para el caso de que fuera insatisfecha aquélla.

Luego de sentar lo anterior, hemos venido a informar al lector acerca de varias innovaciones en materia de conceptos y herramientas procesales. Algunas, probablemente, prosperarán y crecerán lozanías; otras, seguramente, no. No importa. Lo que sí nos interesa es insistir -una y otra vez- en que el Derecho procesal es

Ciencia y Técnica; y que si ello es así, necesariamente, su progreso está unido al descubrimiento de más y más utensilios cada vez más perfectos y con incumbencias más específicas.

Por allí, creemos, pasa el meridiano de la "prosperidad" y del desarrollo de la procesística nacional; y también la adhesión de nuevos cultores y de nuevos entusiasmos, dando así finiquito al tedioso "ir y venir" entre los conceptos ya conocidos y probados.

A modo de balance, puntualizamos lo que sigue:

1.- La doctrina y la legislación vernáculas registran un sensible atraso en incorporar, decididamente, nuevas instituciones idóneas para materializar un mejor Servicio de Justicia.

2.- Se ha propuesto el funcionamiento de varias modernas especies de cargas probatorias: las "limitadas", las "compartidas" y también las "dinámicas". Estas últimas se caracterizan por apartarse -concurriendo determinadas situaciones- del esquema general y apriorístico diseñado tradicionalmente para la distribución de las cargas probatorias entre las partes; aceptando el desplazamiento de la misma (del actor al demandado, o viceversa) según fueren las circunstancias del caso.

3.- El Derecho procesal es Ciencia y Técnica. Si ello es así, se concluye en que su progreso está íntimamente ligado al descubrimiento permanente de herramientas e instrumental cada vez con finalidades más específicas. Se cuentan entre los avances más recientes en la materia, la aparición del concepto de "imposición procesal" (que impone conductas procesales que a la par son una carga para la parte y un deber funcional para el tribunal), y la de la noción de "sujeción procesal" (que

manda observar conductas bajo compulsión de aplicar "sanciones" mucho más genéricas y graves que la mera contingencia de una desventaja procesal, que es la consecuencia propia de la insatisfacción de "cargas procesales").

NOTAS

(1) Se suele definir a la "modernidad" como una suma de ciertos valores centrales: la racionalidad, la libertad, el espíritu científico y tecnológico, la idea del progreso, los conceptos de persona y conciencia.

(2) Conf. "Procedimiento civil y comercial", por Jorge W. Peyrano, Rosario, 1991, Ed. Juris, t.1, en especial el opúsculo denominado "El Derecho procesal postmoderno" en ps.1 y ss.

(3) Entre los casos de excepción mencionados puede citarse el nuevo ordenamiento procesal civil peruano, que ha incorporado, expresamente, nuevas y plurales instituciones (vgr., la medida innovativa, la medida conminatoria, el mandato preventivo, etc.) enderezadas a otorgarle mayor eficacia al proceso. Sobre algunos rasgos del referido ordenamiento puede consultarse "La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano", por Jorge W. Peyrano, en Themis. Revista de Derecho de la PUC (Lima) n. 22, ps. 5 y ss.

(4) Usamos entrecorrido pues, en realidad, lo de "nuevas" es relativo, por tratarse de ideas ya más o menos manejadas en los ámbitos doctrinario-jurisprudenciales.

(5) Conf. recensión de "La prueba en el proceso civil" de Roland Arzi, publicado en JA Semanario del 19/8/92, p.63.

(6) Peyrano, Jorge W., "Compendio de reglas procesales en lo civil

y comercial", Rosario 1983, Ed. Zeus, p. 124 "Las reglas de la carga de la prueba (que apuntan a determinar quién debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Es que, en tal caso, el Tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no probó".

(7) *Ibidem*, p. 169: "A la actora que se le ha opuesto arraigo, sólo le incumbe la carga limitada de aportar los datos (Vg., los datos de inscripción de un inmueble en el Registro General) del bien que invoca como demostrativo de solvencia, que sean suficientes como para que su contraria pueda verificar si efectivamente es el titular dominial del mismo y también si sobre dicho bien pesan gravámenes". Posteriormente, se le practicaron algunos ajustes a la referida doctrina, los que pueden consultarse en "Ajustes a la doctrina de la carga limitada del actor en la excepción de arraigo", por Jorge W. Peyrano, en Zeus, boletín del 2/5/91.

(8) Peyrano, Jorge W., "Aproximación a la teoría de la prueba leviores", en "Estrategia procesal civil", Santa Fe, 1982, Ed. Rubinzal Culzoni, ps. 93 y ss.

(9) Mosset Iturraspe, Jorge, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", Bs.As. 1974, Ediar, I, p. 294.

(10) Zeus (Rosario) 136 R-60.

(11) Peyrano, Jorge W. y Julio O. Chiappini, "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas", en ED 107-1006.

(12) Vázquez Ferreyra, Roberto, "Prueba de la culpa médica" Bs. As. 1991, Ed. Hammurabi, *passim*,

(13) *Ibidem*, p. 106.

(14) Peyrano, Jorge W., "Compendio de reglas procesales en lo Civil y Comercial", p. 126.

(15) *Ibidem*, p. 125. Así, le incumbe la carga de la prueba, en principio, a quien pretende alterar el actual estado de las cosas.

(16) Peyrano, Jorge W., "Doctrina de las cargas probatorias dinámicas" en "Procedimiento civil y comercial", ps. 75 y ss.

(17) Así, por ejemplo, las "Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil" (1989) y las "III Jornadas de Derecho civil y comercial de la Provincia de la La Pampa" (1991).

(18) En tal sentido, podría mencionarse la inclusión del tema "Carga de la prueba. Actualidad", dentro de las "Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, comercial, procesal e informático", a celebrarse en Junín, prov. de Buenos Aires, en octubre de 1992.

(19) Peyrano, Jorge W. "Doctrina de las...", p. 77.

(20) Peyrano, Jorge W., "Una imposición procesal a veces olvidada: el *clare loqui*" en JA 1991-IV-577.

(21) Peyrano, Jorge W., "Del *clare loqui* (hablar claro) en materia procesal" en LL 1992-B-1159.

(22) Hillers, Juan C., "Técnica de los recursos ordinarios", Bs. As. 1985, Ed. Platense, p. 440.

(23) Podetti, J. Ramiro, "Tratado de los recursos", Bs. As., 1958, Ediar, p. 163.

(24) Vide Zeus 50 J-91; Zeus 50-R-111.

(25) Art. 266 CPR. (Ley 22.434 -LA 1981-B-1472-): DESERCIÓN DEL RECURSO. Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciera en la forma prescrip-

ta en el artículo anterior, el tribunal declarará desierto el recurso, señalando, en su caso, cuáles son las motivaciones esenciales del pronunciamiento recurrido que no han sido eficazmente rebatidas. Declarada la deserción del recurso la sentencia quedará firme para el recurrente.

(26) Conf. "Código Procesal civil y comercial de la Nación. Comentado y concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de la prov. de Buenos Aires", por Carlos Fenocchietto y Roland Arazi, Bs. As. 1983, Ed. Astrea, t.1, p. 840, donde se lee lo siguiente: "La sanción que importa la deserción". Terminología parecida utiliza Augusto Morello en "El memorial en el recurso de apelación abreviado" publicado en JA 1959-III-694.

(27) Art. 331 CPR. santafesino (ley 5531): "Solicitado el arraigo, el juez sustanciará el incidente y lo resolverá fijando, en su caso, la cantidad por la que debe presentarse la caución. Las costas se impondrán por su orden si se produjere el desistimiento del demandado después de rendida la prueba. La resolución será apelable en efecto devolutivo, y no causa estado. El incidente seguirá su curso normal, y si la caución no se prestare, el juez suspenderá el procedimiento del principal hasta que se otorgue. Transcurridos noventa días, incluidos los inhábiles, sin que se constituya, procederá la declaración de caducidad del proceso".

(28) Carlos Eduardo y Miguel Ángel Rosas Lichtschein, "Explicación de la reforma procesal civil santafesina", Santa Fe 1962, Ed. Belgrano, pág. 160: "Si ésta no se prestare, transcurridos noventa días se producirá la caducidad de aquél, aunque el proceso incidental esté todavía pendiente de su decisión definitiva".

(29) Maurino, Alberto, "Perención de la instancia en el proceso civil", Bs. As., 1991, Ed. Astrea, p. 97.

(30) Peyrano, Jorge W. y Julio O. Chiappini, "Problemática del Dere-

cho procesal civil", Rosario 1996, Ed. Vélez Sársfield, p.116.

NOTA DE REDACCION: Este artículo ha sido publicado en la Revista "Jurisprudencia Argentina"

No. 5799 del 21 Octubre de 1992. Bs. As. Director Dr. Ricardo Estevéz Boero.