

**EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN Y LOS HECHOS COMO OBJETO DE LA
PRUEBA O PROBARE O SOCCOMBERE
¿ES POSIBLE PLANTEAR UN DILEMA ABSOLUTO?**

EDUARDO OTEIZA

Profesor de la Universidad Nacional de La Plata.
Investigador Joan Monnet Fellow del Instituto Universitario Europeo.

SUMARIO:

I. Las Instituciones de desventaja y el empleo del Principio de Colaboración.- II. Los Principios Procesales como pauta de segundo grado que permiten aplicar las reglas de primer grado.- III. Disponibilidad del derecho y el concepto de Carga de la Prueba.- IV. Recorrido por ciertos procedimientos que flexibilizan la pauta sobre quién debe probar.- V. El Principio de Colaboración como remedio a las empresas.

I. LAS SITUACIONES DE DESVENTAJA Y EL EMPLEO DEL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN

En este ensayo intentaré dilucidar como opera el principio de colaboración en el proceso civil y su relación con las situaciones en las cuales una de las partes se encuentra en una nítida desventaja en cuanto a su capacidad para probar un hecho determinado.

Con esa intención me referiré a uno de los significados posibles que cabe asignarle a la idea de principios jurídicos y procuraré demostrar que a la mutua colaboración entre las partes es posible asignarle la jerarquía de principio procesal. En particular, mi propósito consiste en demostrar que la desventaja, en cuanto a la factibilidad de acreditar la existencia de un hecho, debe ser examinada desde la perspectiva del principio de colaboración, debido a su capacidad para nivelar las desigualdades, cuya aplicación debe conjugarse, en un fino equilibrio, con el principio dispositivo.

Algunas decisiones judiciales que describiré permiten sustentar la conveniencia de reconocer el alcance del principio de colaboración como pauta moderadora del concepto de carga procesal.

II. LOS PRINCIPIOS PROCESALES COMO PAUTAS DE SEGUNDO GRADO QUE PERMITEN APLICAR LAS REGLAS DE PRIMER GRADO

Para adjudicarle sentido a la expresión "principios procesales" seguiré en este desarrollo las ideas de Carrió¹, quien analiza el positivismo jurídico y los cuestionamientos de Dworkin a Hart a través de su propia visión sobre los principios jurídicos.

El discurrir de Carrió parte de un desafío interesante al utilizar el modelo de reglas del fútbol para inferir su posición con respecto a las reglas y a los principios. El recurso empleado permite advertir que ciertas dificultades que se presentan en la estructura normativa, al ser vistas desde la perspectiva de un juego, pueden ser superadas.

Recuerda que entre los distintos tipos de reglas del fútbol encontramos aquellas que prohíben y sancionan determinadas conductas. Por ejemplo: la regla que prohíbe a todos los jugadores, salvo el arquero dentro del área, tocar la pelota con la mano. Otras prohíben y sancionan una gama heterogénea de conductas que no poseen una definición precisa. Es el caso de la regla que sanciona con un tiro libre a los futbolistas que juegan en forma peligrosa o la que dispone que un jugador sea amonestado si su conducta es incorrecta a juicio del árbitro. A las primeras las denominamos reglas específicas y a las segundas estándares. Diferencia esos dos tipos de reglas con otra que es

¹ CARRÍO, G. *Necesidad de derecho y lenguaje*. Alcega-Perrot, consultada la Cuarta Edición corregida y aumentada, 1998, reimpresión, capítulo IV.

conocida como la "ley de la ventaja", según la cual no debe sancionarse una infracción (un *hand*, un *foul*, un *off side*, una jugada peligrosa) cuando como consecuencia de ello resultaría beneficiado el equipo infractor y perjudicado el que resultó víctima de la infracción. En sus orígenes esta regla no estaba comprendida en el reglamento oficial del fútbol y fue incorporada a él, tiempo después que los árbitros comenzaran a emplearla con frecuencia. Carrió denomina a la adopción temprana de esta regla por los árbitros "jurisprudencia referil", concepto que luego utilizaré para referirme al análisis de la situación de desventaja en materia de prueba y ciertas decisiones que han moderado la desigualdad de oportunidades a la hora de probar hechos.

Entre las características centrales de esta regla sostiene Carrió que: (i) guarda relación con la aplicación de otras reglas (vgr.: la del *hand*, las del *foul*, la del *off side*, etc.) razón por la cual se la puede considerar como una regla de segundo grado; (ii) está dirigida primordialmente a los árbitros²; y (iii) sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas de primer grado.

Luego, partiendo de la posibilidad de encontrar análogos jurídicos a las reglas específicas como las del *hand* o a estándares tales como los que prohíben el comportamiento incorrecto de los jugadores, Carrió pregunta: ¿Ocurre lo mismo con la ley de la ventaja? ¿Hay en el derecho pautas o criterios que presentan características similares a esta última? Para sostener la respuesta afirmativa explica que nada costaría elaborar una situación imaginaria en que los jueces de una comunidad aplicarían una pauta equivalente a la ley de la ventaja para evitar que un infractor recibiera beneficios por su trasgresión y se sintiera estimulado a reincidir en ella y otros a imitarlo. Para reforzar su respuesta explica las características del caso *Riggs versus Palmer*, resuelto en 1899 por un tribunal de Nueva York: X había otorgado un testamento en el que dejaba un importante legado a su nieto Y, que en conocimiento del legado asesinó a X para heredarlo. El tribunal se negó a aplicar literalmente las normas relativas a los efectos de los testamentos y las reglas de derecho sucesorio que no restringían en las referidas circunstancias el derecho de Y de recibir el legado. La sentencia sostuvo que "todas las leyes, así como todos los contratos, pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del *Common Law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o socor ventajos de su propia trasgresión (...)". Las descripciones de las características de la ley de la ventaja son aplicables a la decisión del caso *Riggs versus Palmer*. La decisión citada por Carrió denomina máxima a aquello que aquí llamaré principio. Desde esa óptica el concepto principio presupone la existencia de otras reglas y puede ser entendido (i) como una pauta de segundo grado; (ii) que se dirige a quienes se encuentran en situación de justificar decisiones con base en reglas de primer grado, y (iii) proporciona una guía acerca de cómo y cuándo han de usarse las reglas sobre las que versan; qué alcance darles; cómo combinarlas, cuándo otorgar precedencia a algunas de ellas.

De acuerdo con la posición comentada los principios jurídicos, con el alcance aquí asignado³, indican cómo deben entenderse, manejarse y complementarse tanto las reglas específicas como los estándares. La posición que aquí asumo guarda ciertos puntos de contacto con la mantenida por Peyrano⁴, quien considera que los principios se aplican en forma subsidiaria a las normas que

² Afirma, con razón, Carrió que sería absurdo sostener que porque en virtud de la ley de la ventaja no se sanciona el *foul* ineficaz del defensor del equipo, ella confiere a dicho jugador el derecho a cometer *fouls* ineficaces, y sólo le veda incurrir en jugadas *honestas* exitosas.

³ Puede distinguirse diversos usos tanto en el lenguaje corriente como en el jurídico del concepto: principio. Carrió explica que la expresión "principio jurídico" se emplea para: 1) indicar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico que no podrían faltar en una descripción suficientemente informativa de él (vgr.: el de la inmutabilidad de los jueces); 2) para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema (vgr.: el de que no hay responsabilidad por hechos ajenos); 3) para referirse a la *ratio legis* o *ratio iuris* de una norma dada (propósito, meta, etc.); 4) para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínsecamente justo (vgr.: prohibición de la esclavitud); 5) para identificar ciertos requisitos formales o accesorios que —se dice— todo orden debe satisfacer (vgr.: las normas no deben ser retroactivas); 6) para hacer referencia a guías dirigidas al legislador que sólo tienen un carácter teórico (vgr.: cláusulas constitucionales no operativas); 7) para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica.

⁴ PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Editorial Auzora, 1978, p. 49.

regulan un sistema procesal determinado y sirven fundamentalmente a su interprete y difiere con la utilizada por Díaz¹ quien sostiene que los principios generales del proceso civil son los presupuestos políticos, que vincula con las garantías constitucionales, que determinan la existencia funcional de un sistema procesal.

Mi elección por la explicación brindada por Carrió² tiene una finalidad específica. Intento indagar si existen razones que permiten al juez apartarse de la regla que impone a las partes el deber de probar los hechos que fundamentan su pretensión.

III. DISPONIBILIDAD DEL DERECHO Y EL CONCEPTO DE CARGA DE LA PRUEBA

Con el significado antes asignado al concepto principio jurídico, me referiré al principio dispositivo, entendido como el dominio de la parte sobre el derecho que sustenta su pretensión. Distintos alcances se le han asignado al referido principio. Como ejemplo de una posición absoluta de la disponibilidad cabe recordar a Goldschmidt³, quien entendía que el principio dispositivo supone el señorío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de este. El concepto de principio dispositivo desarrollado por Goldschmidt tiene el atractivo de reconocer la autonomía de la voluntad, noción arraigada en la tradición filosófica kantiana. Su frente más débil está constituido por el exagerado espacio otorgado a la noción de señorío ilimitado. El problema reside en cuidar que ese señorío no colisione con el compromiso público de la justicia que además de ser una cuestión de partes interesa a la sociedad democrática, que entre sus bases de sustentación y legitimidad encuentra al compromiso de organizar una justicia ante la cual los ciudadanos resuelvan sus conflictos. Principios jurídicos como el abuso del derecho o el de buena fe han discutido con éxito el espacio desmesurado asignado a la voluntad cuando se omite tener en cuenta las características concretas del ejercicio de los derechos. La idea de señorío ilimitado no asigna un lugar adecuado al problema de la igualdad y al de las desventajas reales de las partes en conflicto. Calamandrei⁴ reconoce que teóricamente las partes están colocadas en un plano de igualdad pero agrega que resulta necesario determinar las condiciones prácticas en las cuales ella se traduce ante la justicia. El reconocimiento de la existencia de una igualdad formal que puede esconder una desigualdad real supone restar asidero al pretendido señorío y reconocer que el juez también debe tener en cuenta que se encuentra frente a algo más que un juego de estrategia entre los circunstanciales litigantes.⁵ El desafío consiste en respetar la idea de autonomía de la voluntad, que permite la libre elección del plan de vida, y su relación con derechos tales como el de propiedad; y, al mismo tiempo, tolerar una acción eficiente del Estado que procure nivelar las desigualdades. La noción de principio dispositivo recoge de ambas fuentes su alcance. El juez al emplear el principio dispositivo para interpretar reglas procesales debe

¹ DÍAZ, C., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Tomo I, 1968, p. 212. Similar orientación encontramos en FALCÓN, E., *Tratado de la prueba*, Editorial Astrea, Tomo I, 2003, p. 210, que considera que son axiomas básicos sobre los que se asienta una comunidad de civilizada.

² Hay en la posición asumida por Carrió cierta recepción de las ideas kantianas de imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, uno como deberes absolutos que traen aparejada sanción y otros como reglas finales, cuya violación sigue la falta de obtención de la finalidad que el sujeto se había propuesto.

³ GOLDSCHMIDT, J., *Derecho Procesal Civil*, Labor, 1934, p. 93.

⁴ CALAMANDREI, F., *Proceso y democracia*, EJE, 1960, p. 178.

⁵ Ver: CHIOVENDA, G. (1933), *Insurrezioni al diritto processuale civile*, consultada la traducción de Figueroa Alfonso, E., París, México, 1997, p. 405. Allí luego de ocuparse de la experiencia alemana y suiza, Chiovenda sostiene que "si bien en nuestro sistema actual elimina el principio dispositivo y conserva la mejor importancia los principios expuestos sobre la carga de la prueba, la tendencia a que nos ocupamos de referir debe pensarse sobre todo y servirse para recomponer debidamente al principio dispositivo, según lo expuesto más arriba. Que prevalezca ese principio en un sistema procesal determinado, no significa dominio en él de la voluntad de las partes, sino que se concede un ocasional valor a su actividad, no implica reconocimiento de un pretensible derecho de disposición de las partes sobre el material de la causa [...]"

respetar la autonomía de la voluntad y paralelamente prestar atención a las desigualdades de las partes en conflicto.¹²

El fundamento del principio dispositivo, cuyos raíces las encontramos en las máximas: *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* y *ne eat iudex ultra petita partium*, guarda íntima relación con el modelo económico liberal adoptado por el Estado y el respeto de la idea de propiedad privada, de rango constitucional (artículo 17 de la Constitución Nacional). Sus manifestaciones en el proceso civil son el inicio de la actividad por requerimiento de una de las partes del conflicto sustancial, la determinación del objeto del proceso por los litigantes, la necesaria congruencia entre lo pedido y lo decidido, y la conclusión del proceso por voluntad de las partes.

Ahora bien, cómo juega el principio dispositivo con respecto a la prueba, en el desarrollo o dinámica de un proceso de las características del regulado por el Código Procesal Nacional. Me referiré a la norma o, en la terminología de Carrió, a la regla de primer grado que regula la noción de carga de la prueba. Ella impone a cada parte el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.¹³ Al describir las características del principio dispositivo sostuve que una de ellas era el dejar librado el inicio del proceso y la determinación de su objeto a las partes. Ellas definen los hechos que serán materia de examen jurisdiccional y delimitan los intereses protegidos. El concepto de carga como imperativo del propio interés que respeta la terminología difundida por Goldschmidt¹⁴ resulta congruente con la posición según la cual incumbirá probar a quien de la acreditación de los hechos obtenga una ventaja (volveré luego sobre la noción de ventaja al ocuparme del principio de colaboración y la idea de flexibilización de la carga de la prueba). Ello no necesariamente supone que solamente las partes puedan aportar prueba al proceso. Comparto la opinión de Picó i Junoy¹⁵ cuando explica que el concepto de aportación de prueba por la parte se diferencia del principio dispositivo. Este último, como vimos, supone el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad, apoyado en determinados presupuestos de las democracias liberales, en cambio la noción de aportación de parte pertenece al dominio del proceso civil ya que se ocupa de la introducción del

¹² Autonomía liberada como RAWLS, J. (1971), *Teoría de la Justicia*, consultada la traducción de Fondo de Cultura Económica (1979) sugieren que el orden social se ha de establecer y asegurar las perspectivas más amables de los mejor situados o menos que al hacerlo vaya en beneficio de los menos afortunados (p. 81 al hablar de la igualdad democrática y el principio de diferencia).

¹³ Artículo 377 del C.P.C.C.N. Sobre la idea de igualdad en autores como Rawls, Dworkin, Nozick y Cohen ver Gargarella, R. (1999), *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, 1936, desarrolla la teoría sobre la situación jurídica por oposición a la posición de Bilow sobre relación jurídica. Al explicarla trabaja sobre lo que considera una visión dinámica. Para entender el pensamiento de Goldschmidt sobre la situación jurídica es interesante ver su ejemplo sobre la diferencia que encuentra en la relación del Estado con sus territorios en tiempos de paz y de guerra. Señala que: "En cuanto la guerra estalla, todo se encuentra en la punta de la espada: los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y este derecho puede equilibrarse como consecuencia de haber desaprovechado una ocasión o descuidado una carga; como al comenzar la guerra puede despreocuparse al vencedor el disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde." (p. 58). Esa línea de pensamiento guarda un paralelo sobre su visión sobre el derecho material al que adjudica el carácter estático y al procesal conformado por una situación dinámica. Fuera de nuestros repertorios a la exaltación de Goldschmidt con respecto a ver el proceso sólo como el juego de las expectativas y posibilidades de las partes, lo cierto es que su noción de carga, tal vez más producto de los intereses de Goldschmidt y sus lecturas sucesivas, que del propósito del autor al enunciar su descripción de la carga lo tenido la virtud de reflejar un significado que guarda una gran coherencia. El autor decía: "la carga es la necesidad de presentar un perjuicio procesal, y en última instancia, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son arquetipos del propio interés (...)" (p. 82). Creo oportuno señalar las similitudes entre la posición de Goldschmidt y la de Carnelutti. En cuanto señalaba que: "hasta dejar a las partes la libertad de satisfacer su interés, para que el proceso tenga todo lo que necesita, para aclarar luego de determinados cuidados o de derivarlas a casos, necesarios o, en general, útiles al proceso como ocasión de satisfacción de los intereses mismos y, por tanto, no atribuyéndole una facultad, sino imponiéndole lo que se llama una carga procesal". Cita tomada de la traducción de Enrique Figueroa Alonso de 1997 de Sistema de Derecho Procesual Civil, Harla, Instrucciones de Derecho Procesal Civil. En cuanto al desarrollo del pensamiento de Carnelutti sobre la carga de la prueba puede consultarse su obra *La Prueba civil* (1955), en particular las notas de Agustín G. un fondo describe el desarrollo de las ideas de Carnelutti en esta materia (p. 217).

¹⁵ PICO I JUNOY, J., *Los principios del nuevo proceso civil en instituciones del nuevo proceso civil*, En: *Economía & Iuris*, Barcelona, obra colectiva coordinada por Alonso, J., Sayrol, 2000, C., p. 34.

material probatorio y no al sustancial de la disponibilidad de los derechos. No puede confundirse la tarea de lograr una convicción seria sobre cómo sucedieron los hechos con la renuncia o disposición de los derechos. La parte puede invocar serios argumentos basados en ideas fundamentales del orden social para sostener que la justicia no puede invadir su esfera privada adoptando decisiones que afectan su intimidad, situación que podría significar utilizar una moral perfeccionista, fuente de serios peligros al limitar la elección del propio plan de vida¹⁴, y tampoco limitar sin justificación el ejercicio de los derechos derivados de la propiedad privada, tales como la disponibilidad de los derechos. De allí no puede inferirse que la mejor organización de los procesos suponga que solamente las partes pueden aportar las pruebas. La aportación de material probatorio no encuentra una vinculación directa con el ejercicio de derechos trascendentes como la autonomía de la voluntad o el derecho a la propiedad privada. Ella guarda una relación directa con otro problema, consistente en determinar los mejores instrumentos para lograr un debate eficiente e imparcial. Desde luego, lo antes afirmado no significa desconocer que el juez no puede sustituir a las partes ni violar la necesaria igualdad que debe estar presente en el contradictorio, por el contrario debe velar por ella. Simplemente, ante la ausencia de prueba, teniendo en cuenta que el juez no puede utilizar la noción romana: *non liquet*¹⁵, frente a situaciones de desventaja que impidan la igualdad real a la que aludía Calamandrei, cabe reconocer al juez el poder para aportar prueba para resolver el conflicto y a inclinar su decisión a favor de la parte contraria a aquella que abusando de su posición fue pasiva en la prueba de un hecho relevante para decidir el conflicto.

El deber del juez de dictar una sentencia que resuelva el conflicto con fundamentos suficientes y que cumpla con el imperativo valorativo de justicia, permite sostener que a él no le es indiferente el grado de convicción que ofrezcan las pruebas producidas en el proceso. La disponibilidad del derecho no es asimilable al monopolio de las partes en lo tocante a la aportación de prueba.¹⁶ El ordenamiento procesal nacional impone al juez dos deberes que guardan íntima relación con aquella regla que impone la carga de la prueba. El primero de esos deberes consiste en mantener la igualdad de las partes.¹⁷ El segundo deber se refiere a la materialización de las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes¹⁸. Los referidos deberes identificados por el legislador pueden ser vistos como principios en cuanto sirven para justificar excepciones a las reglas de primer grado.

La regla que impone probar los hechos en los que se funda la pretensión se vincula en el proceso con otros tres principios que guían la actividad de las partes y del juez (en la terminología de la legislación: dos deberes y un principio). En primer lugar, guarda relación con el principio dispositivo en tanto las consecuencias de la negativa deliberada¹⁹ a probar serán perjudiciales, no debiendo el juez sustituir al accionar de la parte contra su voluntad, con excepción de los supuestos en donde estuviera involucrado el interés público. En segundo término se vincula con el principio de igualdad (en su sentido formal y material), ya que expresamente se consagra el deber del juez de respetar en forma idéntica a ambas a las partes en el proceso. Tercero: con el principio de colaboración, que permite al juez contrarrestar la desigualdad de oportunidades en materia probatoria frente a

¹⁴ Me refiero aquí al plejo de derechos derivados del artículo 19 de la Constitución Nacional.

¹⁵ SENTIS MELENDO, S., *La Prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, EJEA, 1978, comentaba que los romanos mediante el *non liquet* reconocían que el juez pudiera dudar. Dice Sentis Melendo: *los romanos era más honestos: al no verlos claro, le decían así y se sentenciaban (...)*

¹⁶ PICÓ (JUNOY, J.), *Op. Cit. nec. ant.*, 2000, p. 53, sostiene que el reconocimiento del derecho a la prueba no significa atribuir a las partes el monopolio excluyente en materia probatoria, por lo que no implica el tener cierta iniciativa autónoma del juez.

¹⁷ Artículo 34 inciso 5) c) del C.P.C.N.

¹⁸ Artículo 36 inciso 4 del C.P.C.N. según Ley 25.488.

¹⁹ Adrede califico la situación de no aportación como negativa deliberada. Con la calificación de la negativa intento diferenciar la decisión de no aportar con la imposibilidad o dificultad de hacerlo.

desventajas concretas²⁰, al imponer el deber de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.²¹ Deber del juez que, al estar impuesto por la ley, pone sobre aviso a las partes sobre la factibilidad que el juez las reemplace en la producción de la prueba ante una situación de desigualdad que lo justifique. El principio de colaboración²² ha sido desarrollado por Morello²³, quien al analizar las ideas dominantes en materia de prueba separa a la que denomina "visión individualista", caracterizada por concentrarse en el interés de la parte, y el "replanteo solidarista" que impone tener en cuenta que "la finalidad del debido proceso requiere —en el ámbito del esclarecimiento probatorio— la conjugación de la labor de los sujetos procesales a los cuales sin exclusión les incumbe en concreto hacerlo adecuadamente, queremos decir, a través de una actitud útil según sus posibilidades reales de actuación, lo que significa el no incurrir en una posición abusiva por omisión".²⁴

Ahora bien, ¿qué alcance tiene el principio de colaboración? Vuelvo aquí a la explicación de Carrió sobre la ley de la ventaja. Los árbitros crearon lo que él llamó la jurisprudencia referil ante la necesidad de encontrar un principio que impidiera obtener un beneficio a partir de una infracción a las reglas del juego. El principio de colaboración tiene un sentido similar. No anula o resta valor a la regla de la carga de la prueba, simplemente impide obtener un beneficio a partir de una notoria desigualdad o desventaja en la capacidad para probar la veracidad de un hecho. El reconocimiento por parte del juez que una de las partes ha aprovechado de su ventaja deslealmente con respecto a la parte contraria y, también, en lo que a él atañe, al evitar revelar aquello que se encontraba en su dominio permite acudir a este principio que hará ceder terreno a la regla de primer grado en su aplicación concreta.

Al igual que la ley de la ventaja, el principio de colaboración impide que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja en que se encuentra la parte contraria.

²⁰ Pasando del análisis de la práctica arraigada de los tribunales consistente en la indiferencia con respecto a la aportación y la producción de la prueba durante el desarrollo del proceso y hasta el momento en que se debe sentenciar. Hay múltiples excusas para falta de operatividad concreta. Por el momento, me centraré conotar su carácter imperativo.

²¹ Sobre el tema de la verdad y las funciones de la prueba remito al análisis de TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, traducción de FERRER BELTÁN, J. de la versión de 1992 de *La prova dei fatti giuridici*, 2001. Explica Taruffo que: "sólo en el ámbito de la concepción de la prueba como instrumento para alcanzar una determinación verdadera de los hechos puede encontrarse una confirmación coherente de la ideología definida como legal-racional de la decisión judicial, con todo el conjunto de garantías que se vinculan con ella. En efecto, no tiene sentido invocar valores como la legalidad, la corrección y la justicia de la decisión si no se reconoce que la verdad de los hechos es condición necesaria para una correcta aplicación de la norma. Pero todo esto no tiene sentido si no se reconoce que la función propia y exclusiva de la prueba es el de ofrecer elementos para la elección racional de la verdad de los hechos que puede definirse como verdadera."

²² MICHELL, G., *La carga de la prueba*, EJEA, p. 112, 1961, explica que: "La actividad probatoria puede asumir una relevancia diversa según que las partes sean consideradas como meras colaboradoras del órgano jurisdiccional, o bien como titulares exclusivas del poder de prueba".

²³ MORELLO, A., *La prueba. Tendencias modernas*, LEP, 1991, En particular el capítulo: *Hacia una visión realista de la carga de la prueba* (la cooperación con el órgano, sin refugiarse en el sólo interés de la parte), p. 55. En la segunda edición ampliada de la citada obra (2001) el capítulo tercero antes comentado es mantenido en forma inalterada, p. 83. Morello agrega un nuevo capítulo titulado *Distribución de la carga de probar y flexibilizaciones de los principios procesales*, p. 93. En el subraya la nota de flexibilidad con que deben conjugarse los principios procesales. MORELLO vuelve sobre esta idea en *El proceso civil moderno* (2001), LEP al asignar una posición prioritaria al principio de colaboración, p. 474. Con similar orientación Bertoneo, R. (1999), *Oreología Procesal Civil Actual*, capítulo 22 titulado *Colaboración procesal: método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por evidencias* (o prohibido de las reformas procesales en Argentina). AN BÉRIZONCE destaca que: "la función del proceso no es simplemente aquella de resolver controversias entre partes y por ende desatendida del accionamiento realitativo de los hechos, sino que es de su esencia la justicia intrínseca del resultado obtenido, y ello sólo puede asegurarse sobre la correcta reconstrucción de los hechos (...). Las partes se convierten en "colaboradoras" indispensables para el logro de la justa composición del conflicto". Similar orientación plantea Bertoneo, R. (2003), *El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba en el proceso por evidencias*, publicado en el libro *La prueba. Homenaje al maestro Hernando Daza Echandía*, Universidad Libre, Colombia.

²⁴ Los Principios del Proceso Civil Transicional ALIUNDROIT (2003-Borrador de discusión No. 34) elaborados por HAZARD, G. y en posesión o control de una evidencia relevante, que declara sin justificación producir, la corte puede considerarla una inferencia negativa con respecto al tema que acreditaría dicha prueba. Ver sobre el alcance de este principio Kalmehajner de Carlucci, A. (2001), *La charge de la preuve dans les Principes et Règles ALIUNDROIT relatifs à la procédure civile internationale*, Uniform Law Review, volumen VI 2001-4, p. 915.

IV. RECORRIDO POR CIERTOS PRECEDENTES QUE FLEXIBILIZAN LA PAUTA SOBRE QUIÉN DEBE PROBAR

La referida situación de desventaja ha sido valorada por los jueces al pronunciarse en materia probatoria. En los casos que citaré no hay una mención específica a una norma determinada. Los jueces han construido sus decisiones aplicando principios, como en el caso *Rigs versus Palmer*, recordado por Carrió, o en la creación de la "jurisprudencia referir". Dos de las decisiones que citaré han tenido una gran trascendencia en el campo de los derechos humanos. El desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires me permitirá sostener la vigencia del principio de colaboración en el derrotero procesal argentino.

La recordada sentencia del juez Warren en el caso *Brown versus Board of Education I*²⁵, en el cual se debatía la segregación racial en las escuelas públicas, después de reconocer que la separación por razas, privaba a los niños de iguales oportunidades educacionales, aún cuando las instalaciones y otros factores tangibles puedan ser similares, enfrentó problemas con respecto a su implementación en los diversos distritos escolares obligados a reconocer la inconstitucionalidad de la discriminación racial. Luego de la primera decisión que reconoció el derecho a no ser discriminado, la Corte, en el conocido como *Brown versus Board of Education II*, impuso a los Estados la "carga de probar" que cumplirían con "buena fe" la decisión de la Corte. Sostuvo la Corte que: "la carga de la prueba para acreditar que ese plazo es necesario en el interés público y es compatible con un cumplimiento de buena fe practicable en la fecha más próxima posible, pertenece a los demandados (los Estados)".²⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primera sentencia contenciosa: el caso *Yeláquez Rodríguez*²⁷, en el cual se juzgaba si la desaparición forzada del estudiante de la Universidad de Tegucigalpa había sido una consecuencia de una acción positiva y sistemática del Estado de Honduras, utilizó también la noción de carga de la prueba al imponer al deber del Estado de probar la inexistencia de la referida práctica. Sostuvo que: "la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado".

Tanto la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconocieron la diferente posición de las partes con respecto a su capacidad de probar un hecho. Las desigualdades entre las partes fueron en esas decisiones resueltas mediante la flexibilización de la carga de la prueba entendida como regla de primer grado por el principio de colaboración. En ambos procesos la importancia de los temas en debate impedía acudir a posiciones extremadamente formales. Podemos preguntarnos entonces: ¿en casos de menor trascendencia, el reconocimiento de la desigualdades también permite emplear el principio de colaboración?

Me ocuparé ahora de los precedentes locales. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Corones versus Marval y O' Farrell*²⁸ al analizar si la sentencia de un tribunal laboral que había rechazado una demanda en la cual se peticionaba una indemnización por despido consideró que se había lesionado la garantía del debido proceso legal al no haberse respetado las reglas atinentes a la carga de la prueba (reglas de primer grado según la terminología aquí adoptada), que en el caso

²⁵ El texto de la sentencia, de 1954, en castellano puede consultarse en MILLER, J., GELLU, M.A. y CAYUSO, S., *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Tomo 2, 1991, p. 1544.

²⁶ ROSENBERG, M., SHIT, H. ROCHELLE Cooper, *Elements of civil procedure*, Quinta edición, Foundation Press, 1990, p. 842, desarrollan el concepto *burden of proof*. Ellos transcriben el trabajo de James, J., (1961), *Burden of Proof*, quien reconoce que hay una tendencia de aceptar la carga de la prueba en la parte que tiene un particular conocimiento o control de la evidencia sobre la materia del conflicto, *Alvarez Finance Corp. v. Zimmerman*, 330 F.2d 740, 744 (5th Cir. 1964). De todos modos la introducción del citado artículo de James reconoce que "No hay una test satisfactorio para asignar la carga de la prueba en ningún sentido o en un aspecto determinado".

²⁷ Sentencia del 29 de julio de 1988. Ver en el sitio de la Corte Interamericana: <http://www.corteidh.or.cr/>

²⁸ Sentencia del 3 de julio de 1990. LL. 1990-D-536.

concreto debían respetar el “principio según el cual corresponderán mayores cargas a quien dispone de mayores posibilidades en razón de la posesión de los medios idóneos de prueba”.¹⁹

En el caso *Pinheiro versus Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario*²⁰ la Corte considera arbitraria a la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en un caso de mala praxis médica, en razón de haberse basado en un peritaje médico que a su vez tomó en consideración para producir sus conclusiones: una historia clínica a la que se le imputaron adulteraciones y carencia de elementos esenciales, tales como las hojas de enfermería y de anestesia, el parte quirúrgico, el registro gráfico de monitoreo y los exámenes complementarios de diagnóstico. La desigualdad frente a la capacidad de probar de la paciente que concurrió al hospital para ser asistida en el parto y el Instituto de Servicios Sociales resulta evidente. La Corte sostuvo que: “la Abada debió haber ponderado concretamente la eventual responsabilidad que le cabía a la demandada en el orden de los cargos probatorios por las deficiencias alegadas respecto de la confección de la historia clínica y por la pérdida de los elementos mencionados, ya que la desaparición de esas pruebas –cuya custodia incumbía al nosocomio demandado– no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba al efecto y la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbía al policlinico demandado”.²¹

En el caso *Galli de Mazzacchi versus Correa*²² la Corte tachó de arbitraria a una sentencia que en un accidente de tránsito decidió que la víctima debía aportar la prueba que le incumbía como pretensor, omitiendo, entre otras pruebas, valorar la conducta asumida por las partes en el proceso. Concluyó la Corte que: “las reglas atinentes a la carga de la prueba, deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, a los efectos de dar primacía –por sobre la interpretación de las normas procesales– a la verdad jurídica objetiva, de modo que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal”.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso *Coyargo versus Clínica Privada*²³, en un caso sobre responsabilidad médica aplicó la que denominó carga interactiva de la prueba, al entender que en el caso particular eran los demandados quienes estaban en mejores condiciones de acreditar –a través de la historia clínica y demás elementos que tenían a su alcance– que la enferma igual hubiera fallecido. Para la Suprema Corte opera en esta situación el “deber de colaboración” del galeno, por lo que su actitud en el proceso no puede limitarse a una mera negativa, tiene que “colaborar” en el esclarecimiento de la verdad.

Las decisiones de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires permitan responder afirmativamente la pregunta antes formulada, en el sentido que

¹⁹ Se trataba de un conflicto entre uno de los principales estudios de abogados de la Argentina y una secretaria, en el cual sin abrir la causa a prueba se dictó sentencia rechazando la demanda.

²⁰ Sentencia del 10 de diciembre del 1997, publicada en *Revista de Derecho Procesal*, 3 – I – (1999).

²¹ La mayoría de la Corte la inauguraron en el caso los ministros Moliné O'Connor, Fayt, López y Bossert. En el según su voto del ministro Vignaux concluyó: “[...] En el tema de la mala praxis médica debe actuarse –en principio– el antiguo aforismo procesal *onus probandi incumbit actori*, así como lo son aplicables los rasgos de la culpa subjetiva. No obstante, como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, sobre fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida” que hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerle (médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho delictivo). Asimismo, que esta desigualdad de las partes en el proceso, ha llevado a la doctrina a otorgarle sobre importancia a las presunciones judiciales –presunción *hominis*–. En síntesis, se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución *pace* –según los circunstancias fácticas– de los litigados y especiales cuestiones integradas de la litis. Dicho de otra manera, ambas partes ceden la obligación de aportar sus pruebas testificas a que el juez/a puede descubrir mejor la verdad objetiva, más allá de la *movencia formal*”.

²² L.J. del 22 de junio de 2001.

²³ Acuerdo 55133 del 22 de agosto de 1995, con voto del juez Hittner. Similar doctrina de la Suprema Corte Provincial puede encontrarse en los casos *Miladiz Arriola versus Municipalidad de Salta*, Acuerdo 55404 del 25 de marzo de 1997, *Inbuschi versus Pcia. de Buenos Aires*, B- 56136, B 56136 (maternidad contencioso administrativo), entre otros.

la primacía del deber de colaboración guarda relación con la desigualdad manifiesta entre las partes sin que necesariamente el caso deba revestir una determinada trascendencia social o institucional.

V. INCERTIDUMBRES Y CERTIDUMBRES EN MATERIA DE CARGA DE LA PRUEBA

Lascano en la Exposición de motivos del proyecto de 1935²¹ decía que: "es indudable que no deja de tener ventajas la consagración de una regla general al respecto, porque si ella determina con precisión a quién incumbe la prueba en cada caso, se aclara la situación de las partes y se simplifica considerablemente la misión del juez. Es por eso que en todas las épocas las leyes y la doctrina han procurado encontrar la fórmula general aplicable a todos los juicios (...) Pero la verdad es que por más que algunas doctrinas son seductoras y reconocen un fondo de verdad, no por ello escapan a las fundadas objeciones (...) El juez aplicará sin duda en la generalidad de los casos la regla o criterio aceptados con más conformidad por la doctrina, pero también tendrá en cuenta las situaciones especiales, sean de orden legal o simplemente de hecho, que aconsejen apartarse momentáneamente de esos principios".²²

En el pensamiento de Lascano destacamos dos aspectos que coinciden con la tesis de este ensayo. En primer lugar, la aplicación en la generalidad de los casos de reglas como la contenida en el código procesal nacional que impone a las partes el deber de probar el presupuesto de hecho de la norma que invocaren en su beneficio. En segundo lugar, el reconocimiento sobre la existencia de situaciones especiales. Con respecto a estas últimas creo que cobra relevancia el análisis del principio de igualdad y colaboración.

Frente a la ocurrencia de una determinada plataforma de hechos marcada por la desventaja de una de las partes, y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio llevar al convencimiento del órgano jurisdiccional, prima el principio de colaboración que permite mantener la igualdad de las partes en el conflicto. Desde luego, la mencionada desigualdad reviste el carácter de excepción y atenúa la aplicación de la regla de primer grado expresada en la formulación de la norma que adjudica la carga de la prueba.

Al igual que con la ley de la ventaja, con esta interpretación del principio de colaboración se intenta que una parte no sorprenda a la otra con una actitud desleal que contrarie la finalidad buscada con el establecimiento de las reglas que regulan la actividad. En el fútbol se intentará que gane el mejor, dotando al juego de pautas que respeten la lealtad de los contendientes. En materia procesal se procura obtener una sentencia que contenga el mayor grado de justicia posible.

La idea central aquí desarrollada guarda puntos de contacto con la posición de que sobre las cargas probatorias dinámicas ha formulado Peyrano²³ al criticar una visión en sus palabras excesivamente estática en materia de carga de la prueba. Coincido con Peyrano en cuanto a la importancia de determinar quién está en mejores condiciones de probar pero entiendo que los fundamentos por los cuales ceden las reglas sobre cargas probatorias es posible encontrarlos en la aplicación del principio de igualdad real y en los fines del proceso.

Devis Echandía aludía al principio de igualdad de oportunidades para la prueba: "Por que hoy esa igualdad es indispensable la contradicción, con todo ese principio significa algo más: que las

²¹ Ver MORELLO, A., *La reforma procesal civil en Buenos Aires. Documentos complementarios del Proyecto de 1935 con la legislación procesal vigente*, LEP, en donde el autor transcribe el proyecto de 1935, 1967, p. 354, nota 149.

²² Similar posición sostuvo ALSINA, H., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Segunda edición, Ediar, 1961, p. 255, al afirmar: "No es posible dar fórmulas absolutas que permitan establecer la conducta a seguir por las partes en la prueba".

²³ PEYRANO, J. y CHIAPPINI, J., *Tratamiento de las cargas probatorias "dinámicas"*, 1984, ED 107-1005. También PEYRANO J., *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, 1991, LL B-1034, (1993) *Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo*, J.A. del 28.7.1993, (1996), *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, LL B-1037, (1999), *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la mitigación de impedix de materia jurídica*, En: *Revista de Derecho Procesal*, 3 - 1-402.

partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario. Es un aspecto del principio más general (...) según el cual se exigen las mismas oportunidades para la defensa (...).³⁷

La mentada igualdad tiene el alcance que propiciaba Calamandrei. No se trata de una igualdad en abstracto sino de la equiparación en concreto, de acuerdo con la noción desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos de "igualdad de armas" en el proceso.

En consecuencia, a la incertidumbre provocada por la carga de la prueba como regla de primer grado se le agrega la certidumbre del principio de colaboración, acorde con las finalidades del proceso.

VI. EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN COMO REMEDIO A LAS SORPRESAS

La utilización del principio de colaboración como pauta de orientación para las partes y para el juez permite superar la posición que se limita a ver las reglas de la carga de la prueba solamente en función de la duda del juez. Rosenberg³⁸ sostenía que la esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en dar una instrucción al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en caso que no pueda comprobar la verdad de una afirmación de hecho importante. Palacio³⁹ agrega a la visión de Rosenberg que: "las reglas sobre la carga de la prueba además previenen a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga".

El principio de colaboración cumple idéntica finalidad. No solamente flexibiliza las reglas de primer grado cuya operatividad preserva sino que además advierte a los litigantes que los excesos en la no cooperación y los intentos de obtener beneficios impropios por la omisión de probar en las situaciones de clara superioridad o dominio serán tomadas en consideración por el juez.

Por último, trataré la certera observación de Eisner⁴⁰ cuando señalaba que para evitar eventuales emboscadas de una parte sobre la otra o la aplicación sorpresiva el juez debe anticipar su criterio en forma de distribución de la prueba. Coincido en cuanto a que el juez debe anticipar criterios que les permitan a las partes orientarse sobre la significación de aportar elementos convictivos con respecto a determinados hechos. No obstante, creo que la adopción del principio de colaboración permite desengañar a la parte sobre los beneficios de su supuesta abusiva comodidad.

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, Quinta edición, Editorial ABC, Bogotá, 1995, p. 124.

³⁸ ROSENBERG, L., *La carga de la prueba*, EJE, 1956, p. 2.

³⁹ PALACIO, L., *Derecho Procesal Civil. Actos Procesales*, Abeledo-Perrot, Tomo IV, 1970, p. 363.

⁴⁰ EISNER, J., *Desplazamiento de la carga probatoria*, 1994, LL. C-846. Arán, R. (2000) no le asigna gravedad al supuesto presentado por Eisner, ya que concluye que el litigante debe saber que tiene que probar todo lo que interesa a su derecho sin adoptar una actitud pasiva cuando la carga no le es impuesta categóricamente.