

La Carga de la Prueba, los Criterios de Valoración y los Fundamentos de la Decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar



EDUARDO OTEIZA

Profesor Titular en la Universidad de la Plata.
Director de la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Profundizado
de la Universidad Notarial Argentina.
Miembro del Consejo de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

SUMARIO:

- I. Propuesta. Dificultad probatoria. Principio de colaboración y el deber del juez de producir decisiones motivadas sobre los hechos probados.
- II. Verdad, igualdad, motivación y control.
- III. La carga de producir prueba y el riesgo de no persuadir.
- IV. El dilema sobre quién debe probar en un proceso por audiencias en situaciones de desventaja.
- V. La dificultad para probar y la desventaja probatoria. Conducta de las partes y presunciones.



I. PROPUESTA. DIFICULTAD PROBATORIA, PRINCIPIO DE COLABORACIÓN Y EL DEBER DEL JUEZ DE PRODUCIR DECISIONES MOTIVADAS SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

Trataré aquí solamente dos cuestiones vinculadas con el problema de la incertidumbre en materia probatoria. Me referiré a la posición del juez con respecto a quién debe probar y a cómo debe fundar una decisión controlable cuando quien estaba en mejores condiciones de probar no aporta prueba. El supuesto central del análisis prescinde de las situaciones en las cuales existe una relativa igualdad de oportunidades de probar entre las partes. Por el contrario, toma como problema central el caso en que una parte encuentra dificultades para probar y su contraria omite colaborar, con el propósito de obtener un beneficio, derivado de su relativa posición de ventaja.

Para simplificar la discusión asumo que las circunstancias que condicionan la posibilidad de probar y que permiten una ventaja concreta nacieron antes del inicio del proceso. En ese contexto, cabe examinar si el juez debe indicar a la parte que se encuentra en ventaja con respecto a la producción de la prueba de un hecho, que espera cierta actividad probatoria de ella, con fundamento en el principio de colaboración o de buena fe procesal. Examinado el referido interrogante plantearé el problema de la motivación de la sentencia cuándo se funda en "presunciones" derivadas de la omisión de probar por quien estaba en mejores condiciones de hacerlo, cuando la otra parte se enfrentaba a una excesiva dificultad probatoria.

II. VERDAD, IGUALDAD, MOTIVACIÓN Y CONTROL

Si bien no puedo detenerme sobre la complejidad que presenta el concepto de verdad, en el marco del proceso, ni sobre el ideal iguali-

tario en materia procesal, ni sobre el alcance y significación del deber de motivación de la decisión, en términos generales y con respecto a la prueba en particular, la línea de pensamiento que desarrollaré parte de tres premisas que solamente me limitaré a describir. La primera asume que en el proceso es posible encontrar una verdad tributaria del contexto en que ella es reconocida. La segunda rescata el carácter igualitario del proceso judicial, desde una visión no formalista. La tercera subraya que toda decisión judicial debe permitir a las partes controlar cómo el juez ha llegado a dar por cierta una determinada hipótesis de hecho.

Reconocer que el proceso debe aspirar a lograr un aceptable grado de verdad sobre las hipótesis de hecho planteadas por las partes¹, supone abandonar la idea que sostiene que la única finalidad del proceso es resolver conflictos. La radicalización de ésta última postura lleva a considerar que el juez no debe por propia iniciativa buscar la verdad de los hechos ya que su finalidad se cumple con la moderación del debate entre partes y el dictado de la sentencia. La pasividad del juez, siempre desde la referida visión, guarda correspondencia con la idea de considerar indiferente la obtención de la verdad. Mientras el procedimiento se aplique correctamente la decisión cumplirá el estándar de justicia. El juez es visto como un moderador del debate de las partes, al que se le asigna simplemente la función de verificar el cumplimiento de las reglas de juego, sin importar que logre tomar decisiones fundadas en el conocimiento sobre la verdad de los hechos. Este concepto podría aplicarse para resolver las relaciones planteadas en los juegos, en los cuales es justo el resultado que se logra con la aplicación de un procedimiento correcto, no en el proceso judicial. Si, por el contrario, asignamos relevancia a la decisión, por considerarla el último paso en el cumplimiento del mandato de respetar el debido proceso, como garantía constitucional y como derecho

1. Ver TARUFFO, Michelle. *Algunas consideraciones sobre verdad y prueba*, trad. de Betty, Maurizio y Coloma, Rodrigo. Doxa, Discusiones, Año III, número 3, <http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/>

humano, la veracidad contextual de los hechos adquiere relevancia. La decisión aplicará la ley a un supuesto de hecho verificado en el proceso. El proceso debe aspirar a resolver conflictos mediante una decisión justa apoyada por una reconstrucción de la verdad de las hipótesis de hecho sostenidas por las partes². Como sostiene, entre otros, Ferrajoli³ la decisión para no ser arbitraria debe basarse en alguna medida de verdad, de carácter relativo, relacionada con el contexto en el que se produce.

Es cierto que los Estados no adoptan modelos absolutos y puros en cuanto a la trascendencia asignada al problema de la igualdad. En esta materia hay grados y tendencias. Sin embargo, intento aquí destacar el valor de la igualdad aplicada al proceso, concretamente, en materia probatoria. DAMASKA⁴ considera que debe reconocerse que las partes son diferentes, de allí que ofrecerles las mismas armas no asegura una habilidad igual para defender sus intereses en el proceso. Es necesario un concepto de igualdad no formal que tome en cuenta la diversidad de situaciones y la desigualdad. El juez desempeña el papel de atemperador de las diferencias y desventajas que afrontan las partes. Las limitantes fundadas en las condiciones de desigualdad se manifiestan tanto en las restricciones para acceder a la justicia como en los problemas que encuentran las partes al litigar ya sea por diferencias en el soporte técnico de su defensa, debido a la asistencia letrada o al costo de llevar adelante determinadas pruebas, o simplemente por estar colocadas en una objetiva desventaja.⁵

Al asumir que en el proceso es trascendente lograr un grado de verdad sobre las hipótesis de hecho y que para conseguirlo el juez debe moderar las diferencias y desventajas de las partes, corresponde señalar que la valoración sobre la determinación de la verdad debe ser consistentemente explicada y fundada al momento de tomar la decisión. WRÓBLESWSKI⁶ explica que *en la cultura jurídica contemporánea, tanto en los sistemas de statutory como en los de common law, se cuenta con que la decisión legal sea una decisión justificable.*

La sentencia como juicio racionalmente justificado y controlable tiene como presupuesto un procedimiento cognoscitivo complejo que permite alcanzar cierto grado de verdad. La decisión debe dar las razones por las cuales el juez ha considerado probada una determinada hipótesis de hecho para que las partes puedan controlar sus motivaciones. El juez debe obtener elementos de confirmación y de soporte de una decisión racional. En caso que considere que quien estaba en mejores condiciones de probar no lo hizo y que esa circunstancia le permite considerar verdadera una hipótesis sobre los hechos, debe dar una explicación fundada que vincule la pasividad de la parte en ventaja y los hechos tenidos por probados.

El derecho a un debido proceso legal garantiza que el Estado no pueda poner restricciones al acceso a la justicia, que durante el debate procesal se respeten en un pie de igualdad los derechos de ambas partes, sin dilaciones temporales injustificadas, y que la sentencia

2. Para una explicación sobre la ideología del proceso como resolución de conflictos ver TARUFFO, Michelle. *La prueba de los hechos*, trad. de Ferrer Beltrán, Jordi, Madrid, 2002, p. 37 y ss; y DAMASKA, *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, trad. Morales Vidal, Santiago de Chile, 2000, p. 154 y ss, pp. 169 y ss, pp. 313 y ss, pp. 368 y ss.

3. FERRAJOLI. *Derecho y razón*, Madrid 2004, pp. 37 y 69.

4. DAMASKA. *Las caras* cit. not. 2, pp. 185 y ss.

5. CALAMANDREI. *Proceso y democracia*, Buenos Aires, 1960, pág. 178 y ss. Sostenía, con razón, que teóricamente las partes están colocadas en un plano de igualdad, sin embargo es menester determinar si esas condiciones abstractas cobran vida ante la justicia.

6. WRÓBLESWSKI. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. Arantxa Azurza, Madrid, 1985, pp. 57 y ss.

cuenta con una fundamentación racional, que permita controlar los argumentos de la decisión. El debido proceso puede ser visto como un iter continuo que cubre el acceso, su transcurso y la conclusión. El derecho a una decisión motivada es uno de los aspectos del debido proceso. El juez debe dar razones de su acto de autoridad.

III. LA CARGA DE PRODUCIR PRUEBA Y EL RIESGO DE NO PERSUADIR.

En el derecho continental se ha aludido a carga de prueba subjetiva y objetiva o a sus aspectos subjetivo y objetivo. ROSENBERG⁷ recuerda que en el proceso común, en el auto interlocutorio de prueba, se establecía cuál "debía" producir cada parte. La carga subjetiva quedó, así, asociada a la necesidad práctica de probar.⁸ De allí que el concepto se encuentre ligado a la actividad de cada una de las partes y se la designe como subjetiva. La carga objetiva, en cambio, prescinde de la actividad de las partes y regula las consecuencias de la incertidumbre, el dilema del juez frente al dilema planteado por la noción de *non liquet*, caracterizada como el deber del tribunal de resolver sobre las consecuencias jurídicas que se asignan a datos insuficientemente probados. La noción carga objetiva prescinde de toda actividad de las partes. DEVIS ECHANDÍA⁹ aclara que en realidad debería hablarse de los aspectos subjetivo y objetivo de la carga de la prueba ya que entre otras razones: i) si la carga es un poder o facultad (en sentido amplio), no se la puede

concebir sin el sujeto titular de ese poder y ii) no puede decirse que la carga, conceptualmente hablando, recaiga sobre el juez ya que él no obra movido por poder o facultad sino en cumplimiento de un deber.

Es útil recordar que en el derecho a la evidencia en los Estados Unidos de Norteamérica se asignan dos significados a la noción de *burden of proof*¹⁰. El primer significado, conocido como *burden of producing evidence* o *burden of going forward with the evidence*, equivale a la carga de una de las partes de producir suficiente evidencia como para justificar un veredicto a su favor, sobre cada una de las proposiciones de hecho. El segundo, llamado *risk of nonpersuasion* o *burden of persuasion*, constituye una *default rule*. Especifica cuál de las partes corre el riesgo de no persuadir al juez.¹¹

La carga de la prueba no puede identificarse simplemente con el principio de *non liquet*. Como *la cosa no está clara: nihil habere quod liqueat (no sacar nada en claro)*¹² y el juez igual debe tomar una decisión, las reglas de la carga de la prueba permiten adjudicar, a una de las partes, las consecuencias de la *falta de claridad*¹³. Es insuficiente decir que las cargas de la prueba están dirigidas al juez, quien no debe discernir acerca de la parte a la cual le incumbe la carga de la prueba hasta el momento de dictar sentencia.

La idea de carga de la prueba, reservada al momento de la decisión, no toma en cuenta la dinámica del proceso y los dilemas que presenta

7. ROSENBERG. *Carga de la prueba*, trad. de Krotoschin, Ernesto (1956), Montevideo, 2002, pp. 34 y ss.
8. COMOGLIO, Ferri y TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*, Bolonia, 1995, p. 527. En cuanto al onere della prova distinguen también su sentido subjetivo y objetivo. En cuanto al objetivo explican que es la regla por la cual en el curso del proceso cada parte debe aportar la prueba de determinados hechos y no de otros, en función de su posición con respecto a la relación sustancial.
9. ECHANDÍA, Devís. *Teoría general de la prueba judicial*, Santafé de Bogotá, 1995, pp. 434 y ss.
10. Ver JAMES, Fleming Jr., HAZARD, Geoffrey Jr., LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*. Nueva York, 2001, pp. 414 y ss.
11. Omíto aquí, por razones de espacio, aclarar cómo juegan las citadas nociones en el derecho norteamericano, las cuales, en su aplicación, se encuentran influidas por las nociones de pretrial y trial y por la intervención de los jurados y el papel del juez antes del veredicto.
12. Ver FALCÓN. *Tratado de la prueba*, Buenos Aires, 2003, pp. 251 y ss.
13. En Argentina el art. 15 del Código Civil impone el deber de fallar aun en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes.

al juez y a las partes en su desarrollo. En ese sentido Falcón destaca 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.¹⁴

Las nociones referidas a los aspectos subjetivos y objetivos de la carga de la prueba y de *burden of producing evidence* y de *risk of non persuasión* permiten tomar en consideración, primero, quién debe probar y en qué medida el juez debe guiar el proceso de recolección de prueba y, luego, qué elementos toma en cuenta el juez al decidir en caso de incertidumbre probatoria.

IV. EL DILEMA SOBRE QUIÉN DEBE PROBAR EN UN PROCESO POR AUDIENCIAS EN SITUACIONES DE DESVENTAJA

Dado que no intento aquí analizar un determinado régimen procesal en particular, a pesar que realizaré algunas referencias al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), hablaré del proceso por audiencia como paradigma que ha logrado un significativo consenso en América Latina desde la aprobación de las Bases y el Anteproyecto de Código Modelo por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal¹⁵ ya que un importante número de proyectos de reforma en la Región ha seguido las aguas de ambos textos.

Sin perjuicio de las variaciones y adaptaciones de las premisas del modelo que cada regulación local

formula, puede señalarse que existe una amplia coincidencia sobre las bondades de organizar la estructura del proceso en base a audiencias conducidas por el órgano jurisdiccional. Siempre desde una perspectiva muy general puede decirse que este tipo de proceso cuenta con una audiencia preliminar cuyo cometido, además de la tentativa conciliatoria usualmente propiciada, consiste en reunir a las partes con el juez a los efectos de terminar de definir el objeto del proceso y establecer las cuestiones de hecho que animarán el debate y serán materia de prueba. En las audiencias posteriores la actividad se concentrará en probar los hechos. Ya que el propósito de las sucesivas audiencias es recibir la prueba, cabe preguntarse qué pautas deberían guiar dicha actividad.

Puede afirmarse, asimismo, que es ampliamente aceptada la idea que impone a las partes el deber de conducirse respetando pautas de ética, identificadas por el principio de buena fe, la noción que prohíbe el abuso del derecho y el principio de colaboración. La idea central, matizada según los usos a los que responden los distintos regímenes, es dotar al proceso judicial de un marco de lealtad en el desarrollo del debate. El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo en el Libro I, Título I, junto con los principios a los cuales se debe ajustar el proceso¹⁶ regula el de "Buena fe y lealtad procesal"¹⁷ en los siguientes términos: "*Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todas las participantes del proceso, ajustarán su conducta a*

14. FALCÓN. *Op. Cit.*, pág. 253.

15. En las IV Jornadas de Venezuela (Caracas—Valencia 1967) se concertó la preparación de Bases Uniformes para la posterior preparación de Códigos Modelos. Se encargaron de la preparación de dichas bases para el proceso penal los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo y para el proceso civil los profesores uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi. Las bases fueron consideradas en las V Jornadas del Instituto (Bogotá, 1970). El Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica fue escrito por los profesores: Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Vescovi, y aprobado en las Jornadas Iberoamericanas celebradas en Rio de Janeiro en 1988. Ver: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Secretaría General; "El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia, antecedentes, exposición de motivos. Texto del Anteproyecto", Montevideo, 1988, pág. 19.

16. A mero título enunciativo cabe recordar los siguientes principios enumerados en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo: dirección e impulso a cargo del Tribunal (art. 2º), deber del Tribunal de mantener la igualdad de las partes (art.4º), publicidad (art.7º), intermediación procesal (art.8º), pronta y eficiente administración de justicia (art.9º), derecho al proceso (art.11º).

17. En las Bases del Código Modelo se señala que "Deben consagrarse normas que impongan y hagan efectiva la

*la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.*¹⁸

El art. 5° del Anteproyecto de Código Procesal Modelo para Iberoamérica que consagra el principio de buena fe y lealtad procesal¹⁹ guarda íntima relación con la idea de colaboración, que debe animar la actividad de las partes.²⁰ La consecuencia de dicho principio es instar un comportamiento abierto de las partes y permitir que el juez guíe el debate con el propósito de esclarecer la verdad de los hechos. El principio de colaboración impone ciertas consecuencias sobre la decisión de una parte de prevalerse de las dificultades que enfrenta su oponente para probar determinados hechos. Ello ha llevado a DEVIS ECHANDÍA a sostener que en el supuesto de obstrucción de la prueba por la parte contraria, que viola el denominado "principio de lealtad y probidad o veracidad de la prueba", se debe exonerar de prueba a quien no ha podido probar.²¹

El eje de la propuesta que aquí se discute refiere a la dificultad o situación de desventaja de una de las partes con respecto a la prueba. En consecuencia, corresponde indagar si en un proceso por audiencia el órgano debería indiciar, en

situaciones de dificultad probatoria, quién se encuentra en mejores condiciones de probar y cuáles serían las consecuencias de su reticencia.²² Me refiero aquí al poder del juez de advertir a las partes sobre una situación de insuficiencia probatoria. Adrede he omitido referirme a un ordenamiento procesal en particular para tratar solamente los beneficios de dotar a las partes de información sobre las incógnitas que enfrenta el juez durante el desarrollo del proceso y que usualmente se difieren para el momento de dictar sentencia. Hay una cierta práctica en materia de debate judicial que guarda correspondencia con la visión jerárquica del proceso. Según esa práctica, el proceso poco tiene de diálogo organizado entre quienes intentan solucionar el conflicto. El juez y cada una de las partes se mueven entre límites formales, que muchas veces impiden encontrar una verdad contextual al proceso sobre las hipótesis de hecho y, en consecuencia, se diluye la expectativa de lograr una solución justa. El CPCCN tributario de la tradición del proceso común ha intentado transformarse en un proceso por audiencias. Las últimas reformas han llevado a establecer el deber del juez de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 4°). No obstante, la norma no ha alcanzado a revertir la tradición

moraldad del proceso, la lealtad, probidad y buena fe, y que excluyan el fraude procesal. El juez debe disponer de amplios poderes para sancionar la violación de los anteriores principios y el fraude procesal, sin perjuicio del derecho de defensa". En Argentina el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, elaborado por los profesores Augusto Mario Morello, Mario Kaminker, Isidoro Eisner y Roland Arazi (1992), ha sido elaborado tomando como fuente el Anteproyecto de Código Modelo y adopta entre las disposiciones generales el principio de buena fe y lealtad procesal.

18. Art. 5° del Anteproyecto de Código Modelo.

19. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en el art. 34, inc. 5°, d) permite al juez sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

20. Ver sobre el principio de colaboración Morello, *Visión solidarista de la carga de la prueba* (la cooperación con el órgano, sin refugiarse en el solo interés de la parte), en "La prueba. Tendencias modernas". Buenos Aires, 2001, p. 83 y ss., Berizonce, *El principio de colaboración procesal y el régimen de la prueba por audiencias*, en "La prueba. Homenaje a Hernando Devís Echandía", Colombia, 2002, p. 389 y ss. Oteiza, Eduardo, *El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto*, en Morello (dir.) "Los hechos en el proceso civil", Buenos Aires, 2003, Eguren, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas como exponente del binomio "libertad—igualdad"*, en *Revista de Derecho Procesal*, 2005—1—201.

21. ECHANDÍA, Devís. *Op. Cit.* pp. 442 y ss.

22. LEC Española, Ley 1/2000, art. 217. Establece que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio (inc. 6).

de pasividad y aislamiento.²³ Mi propósito es subrayar que el antecedente de los problemas que luego surgen a la hora de sentenciar, en supuestos de incertidumbre, tiene como origen la falta de seguimiento y dirección del proceso por parte del juez, al asumir el papel de mero espectador por entender que el proceso es *sólo cosa de partes*. Como con acierto explica Picó²⁴ el principio dispositivo, directamente relacionado con el objeto del proceso, en nada limita que el juez ordene el desarrollo del proceso y posea iniciativa probatoria. Obsérvese que aquí ni siquiera aludo a la propia actividad probatoria del juez sino al deber de adelantar a las partes que una de ellas está en mejores condiciones de probar y su contraria en una situación de desventaja. Intento volver sobre la observación de EISNER quien señalaba que para eludir emboscadas de una parte sobre la otra o el uso de criterios judiciales sorprendidos, el juez debe anticipar los criterios de distribución de la carga de la prueba.²⁵

V. LA DIFICULTAD PARA PROBAR Y LA DESVENTAJA PROBATORIA. CONDUCTA DE LAS PARTES Y PRESUNCIONES

Paso ahora al segundo problema constituido por el deber del juez de tener que dictar una sentencia en una situación de incertidumbre. Agregó que en la hipótesis analizada una de las partes enfrentó dificultades para probar una determinada hipótesis de hecho durante el proceso, limitación que no afectaba a su contraria.

He sostenido²⁶ que normas tales como el art. 377 del CPCCN, que impone a cada parte la

carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, pueden ser consideradas reglas de primer grado que se diferencian de los principios o estándares, entre los cuales encuentro el principio de ventaja/desventaja en materia probatoria y el principio de colaboración. Resulta muy atractiva la explicación que brinda Carrió²⁷ sobre reglas, estándares y principios al utilizar el ejemplo sobre la aplicación de dichos conceptos al juego del fútbol. 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 será amonestado si su conducta es incorrecta a juicio del árbitro. A las primeras las denomina reglas específicas y a las segundas estándares. Diferencia esos dos tipos de reglas con otra que es 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, relata Carrió, ésta 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. Denomina a la adopción temprana de esta regla por los árbitros

23. Cito la opinión contraria a la aquí sostenida en cuanto a la virtualidad de la reforma del art. 36 por la ley 25.488 que impuso el deber de esclarecer la verdad, sostenida por ARAZI, quien considera que ella en buena medida determina que el juez deje de estar limitado por el estado de incertidumbre al tener deberes en materia de prueba. Ver, ARAZI, *Deberes del juez y carga de las partes en la etapa probatoria*, en "La Prueba, Homenaje al maestro Hernando Devis Echandia", Colombia, 2002, pp. 453 y ss.

24. PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, pp. 224 y ss. También en *La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites*, Revista del Poder Judicial, tercer trimestre 1998, pp. 280 y ss.

25. EISNER, *Desplazamiento de la carga probatoria*, Revista Jurídica La Ley 1994—C—846.

26. OTEIZA, "El principio" cit.

27. CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1998, capítulo IV.

"jurisprudencia referil". Entre las características centrales de esta regla encontramos 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 árbitros²⁸; y
- (iii) Sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas de primer grado.

Al relacionar las nociones de reglas, estándares y principios con el derecho explica que nada costaría elaborar una situación imaginaria en la 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 vs. 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 sacar ventajas de su propia trasgresión...". Las descripciones de las características de la ley de la ventaja son aplicables a la decisión del caso *Riggs vs. 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.

Frente a una situación de desventaja de una de las partes con respecto a la capacidad de probar la ocurrencia de una determinada hipótesis sobre los hechos y la reticencia de la parte contraria a acreditar aquello que está en su dominio llevar al convencimiento del órgano jurisdiccional, quebrantando el principio de colaboración, es posible atribuirle a ésta última las consecuencias negativas del estado de incertidumbre. El principio al que aquí me refiero impide a una de las partes obtener beneficios producto de la dificultad probatoria de su contraria. Por caminos distintos llego a similares respuestas que las planteadas por PEYRANO²⁹ sobre cargas probatorias dinámicas. El concepto de carga probatoria dinámica elaborado por Peyrano³⁰ lo

28. 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 ejemplo, ella confiere a dicho jugador el derecho a cometer fouls ineficaces, y sólo le veda incurrir en jugadas bruscas exitosas.

29. Ver los distintos desarrollos realizados en PEYRANO y CHIAPPINI (1984) *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*, ED 107—1005 (1984). Peyrano, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, LL 1993—B—1034, *Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo*, JA diario del 28.7.1993, *Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, LL 1999—B—1027, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica*, *Revista de Derecho Procesal*, 3—II—402.

30. Peyrano para desarrollar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas toma el trabajo de GOLDSCHMIDT, *Teoría general del proceso*, Editorial Labor, 1936, en el que desarrolla la teoría sobre la situación jurídica por oposición a la posición de Bülow sobre relación jurídica, al entender que la situación jurídica es más apropiada debido a que brinda un concepto que permite explicar el dinamismo de la situación procesal. Goldschmidt sostenía que la carga es la necesidad de prevenir un perjuicio procesal, y, en último término, una sentencia desfavorable, mediante la realización de un acto procesal. Estas cargas son imperativos del propio interés. (pág. 82).

lleva a considerar que las reglas sobre carga de la prueba deben ser examinadas en su faz "dinámica" en tanto la práctica judicial demuestra que no se atan a preceptos "rígidos"³¹. Peyrano reconoce la cercanía entre la posición que aquí defiendo basada en el principio de colaboración y la interpretación desarrollada por la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, cuando señala que *la temática del desplazamiento de la carga de la prueba reconoce hoy como capítulo más actual y susceptible de consecuencias prácticas a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también conocida como principio de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en el acopio de material probatorio*³².

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas constituyó una primera reacción en el derecho procesal argentino contra la rigidez que se le atribuía a las reglas sobre carga probatoria. Su principal logro fue explicar que las reglas sobre carga de la prueba no eran útiles en todos los casos. Intentamos aquí sumarle los argumentos por los cuales el abuso de una situación de ventaja o la extrema dificultad pueden cumplir con una finalidad similar pero partiendo de la diferencia entre reglas de primer grado y principios.

La situación de ventaja y la de dificultad de probar constituyen indicios. Entiendo por indicios a los hechos conocidos de los cuales se parte para llegar a un determinado grado de verdad sobre la ocurrencia de hechos sobre los cuales no hay prueba directa. Como señala LESSONA, los indicios son pruebas en potencia. La presunción es el razonamiento por el cual a

partir de indicios se llega a dar por verdadera una hipótesis de hecho.³³ En las *Presumptions* nos encontramos ante la relación entre un hecho probado o admitido y otro hecho que debe ser probado. Cuando (X) está probado se asume que (Y) ocurrió.

El carácter de presunción asignado a la idea de desventaja es confirmado por los principios y reglas de proceso civil transnacional, aprobado por el ALI y UNIDROIT, que en el art. 21.3 establece que cuando surge que una de las partes está en poder o tiene bajo su control prueba significativa que rehúsa producir, sin justificación alguna, el Tribunal podrá elaborar presunciones respecto de la cuestión que se procura acreditar por dicho medio de prueba. Por oposición a las presunciones legales que contienen los textos normativos, aquí no encontramos ante *presunzioni giurisprudenziali* elaboradas por el juez en lugar del legislador.

El juez deberá en ese caso tomar en cuenta una serie de hechos entre los cuales se encuentra la conducta de las partes³⁴. Al proceder a *invertir la carga de la prueba* el juez se mueve dentro del campo de las llamadas *presunzioni giurisprudenziali*. Cuenta con una serie de hechos considerados indicios por el alto grado de veracidad sobre su ocurrencia y con la conducta de la parte que ha estado en mejores condiciones de probar pero que ha evitado hacerlo. En esas circunstancias deberá tomar la decisión y producir una decisión controlable que permita entender cuáles son las razones para determinar que ante la incertidumbre se decida dictar una sentencia en su contra. El punto sobre el que llamo la atención es que no basta con recono-

31. Ver PEYRANO. *Lineamientos de las cargas probatorias "dinámicas"*.

32. PEYRANO. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en "Cargas probatorias dinámicas", Peyrano (Dir.), Lépori White (coord.), Santa Fe, 2004, p. 19. El resto de los autores de la obra colectiva elabora una serie de trabajos de interés sobre la materia.

33. Ver Ricci. *Premesse ad uno studio sulle prove atipiche*, Arezzo, 1990, pp. 174 y ss.

34. KIELMANOVICH. *La conducta procesal de las partes y la prueba*, en LL 2001—C—1221, para quien la conducta de las partes es un hecho objeto de prueba. Agrega que se trata de aprehender una conducta procesal como prueba a partir de la inobservancia de la carga de colaboración en la producción de la prueba... Ver también MASCIOTRA, *La conducta procesal de las partes y su valor probatorio*, Revista de Derecho Procesal, 2005—2—269 (y ss.) y Acosta, *La conducta procesal de las partes como concepto atinente a la prueba*, JA 2004—II—1019.

cer que el juez debe interactuar con las partes y dirigir la actividad probatoria evitando llegar al momento de dictar sentencias a la aplicación de la *default rule* del *onere de la proba*. Contrariamente el juez debe dirigir el proceso con el claro objetivo de evitar el simple *non liquet*. En caso que no obstante dicho esfuerzo se produjera un estado de incertidumbre al dictar sentencia

el juez debe motivar y dar argumentos por los cuales ha decidido alterar las reglas de la sana crítica, mediante una decisión controlable por las partes, que exprese las razones que permitan, incluso lograr que el órgano jurisdiccional de revisión pueda comprender los argumentos que llevaron a una condena o a una liberación en el proceso.