

CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: NI NUEVAS, NI ARGENTINAS, NI APLICABLES

por MAXIMILIANO GARCÍA GRANDE

1. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: Podemos esbozar que las cargas probatorias dinámicas implican que la carga de probar determinado hecho recaerá sobre quien está en mejores condiciones fácticas de hacerlo, encontrándose la contraparte en una imposibilidad o extrema dificultad de acompañar dicho material probatorio. Se valoran las posiciones de ambas partes, tanto de quien alegó el hecho como también de la contraria. El primero debe encontrarse en una imposibilidad o dificultad para demostrar su afirmación y, la contraparte, hallarse en una posición de gran facilidad para derribar el hecho descrito por aquél. La carga probatoria dinámica supone entonces que el *onus probandi* se encuentra sobre aquél que se encuentra en mejor posición para probar determinados hechos que dificultosamente pueden ser demostrados por quien los alegó.-

1.2. Su verdadero origen: Comenzaremos por derribar dos mitos. Ni las cargas probatorias dinámicas son una teoría moderna ni tuvieron su origen en Argentina.-

La manifestación más antigua de la teoría data de 1823 y fue expuesta por el inglés Jeremías BENTHAM. Dicho autor denunció el abuso y las dilaciones causadas por encontrarse la carga probatoria sobre quien demanda, y propuso que la carga pese sobre quien esté en mejores condiciones probar: *“Entre las partes contrarias ¿a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. (...) Se dirá, es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades*

que para resolverlas”¹. Por lo tanto, la teoría tiene poco más de 180 años y su origen es europeo. El instituto, lejos de quedarse en suelo británico, cruzó aguas septentrionales y llegó al viejo continente, principalmente Alemania.-

Gracias a un hallazgo de ARAZI², podemos situar en el 1933 un antecedente nacional, ya que un proyecto de reformas del Código Civil de ese año formulaba en su art. 1154³ el interés sobre las situaciones de las partes litigantes a fin de determinar el sentido de la carga de la prueba.-

Del año 1957 data el primer antecedente jurisprudencial conocido, donde se impuso el *onus probandi* sobre quien se encontraba en mejores condiciones fácticas de aportar la prueba, y proviene de la Corte Suprema Nacional en la causa: “Perón, Juan D.”⁴

El envión nacional a la teoría es mucho posterior y proviene de una sentencia de un Juzgado rosarino, sobre un caso de mala praxis médica. A partir de 1981 ha tenido un impulso importante en la doctrina de nuestro país y ha sido bautizada con el nombre que la conocemos hoy⁵.-

2. LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS NO DEBERÍAN APLICARSE ANTE LA AUSENCIA DE PRUEBA

EFICAZ: No generaría ningún rechazo afirmar que, ante la ausencia de prueba suficiente, el juez debe rechazar la demanda incoada. Si bien esta conclusión dista de ser polémica, las aguas se enturbian cuando comenzamos a indagar sobre la causa de dicha afirmación; o sea, el motivo por el cual el juez debe rechazar la demanda. ¿El juez rechaza la demanda porque el actor no probó teniendo la carga de hacerlo, o porque no desvirtuó la presunción favorable hacia el actor?, ¿el juez, cuando no observa prueba, decide por el sólo hecho de atenerse a las reglas de la distribución (normas de forma) o falla de acuerdo a las presunciones del derecho de fondo?.-

¹ BENTHAM, Jeremías; Tratado de las pruebas judiciales, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2002., pág. 289. -

² ARAZI, Roland; Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, pág. 348. -

³ “Salvo disposición en contrario la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa pesa sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos”.-

⁴ Si bien este fallo no sentó un denodado estudio sobre el tema, es importante por haberse anticipado –dentro de nuestro país- a lo que luego será una teoría ampliamente estudiada por toda la doctrina. Puede leerse en el fallo: “Los Códigos de fondo y las leyes de procedimiento reglamentan la carga de la prueba con especial consideración de las circunstancias de hecho y de la índole de las relaciones jurídicas correspondientes, no ateniéndose por tanto, exclusivamente a los aforismos tradicionales y a las construcciones de la doctrina al respecto que no tienen otro valor que el de simples indicaciones generales” “En materia de enriquecimiento ilegítimo de los funcionarios, las circunstancias mismas y la naturaleza de las cosas, que toda legislación sería debe respetar en primer término, son las que exigen que sea el funcionario quien produzca la prueba de la legitimidad de su enriquecimiento y no el Estado la de la ilegitimidad; es aquél quien está en las mejores condiciones para suministrar esa prueba, en tanto que para éste existiría, si no una imposibilidad, una grave dificultad evidente” Esta causa puede leerse en LL-87-110. -

⁵ CHIAPPINI, Julio y PEYRANO, Jorge W.; Lineamiento de las cargas probatorias dinámicas en ED 107-1005; PEYRANO, Jorge W.; Doctrina de las cargas probatorias dinámicas, LL 1991-B-1034. -

A *Prima facie* el incumplimiento del *onus probandi* no puede resolver el juicio. La carga no conlleva una sanción ni un apercibimiento para quien la incumple, sólo una desventaja o –mejor dicho- la pérdida de una ventaja futura. Entonces, si una carga no acarrea un simple apercibimiento en medio del proceso, sería absurdo que se condene contra el incumplidor al final del mismo y con la sanción máxima: perder el pleito. La carga remite al interés privado (así, no interesa al ordenamiento jurídico imponer sanción) y por tal motivo no puede ser usado por el órgano jurisdiccional como regla decisiva en el litigio.⁶

Prestigiosa doctrina argentina y extranjera ha concluido que el Tribunal debe fallar contra quien debía probar y no lo hizo⁷; nosotros opinamos que debe verse la cuestión desde el otro lado de la moneda: el Tribunal debe resolver a favor de quien se presumía su liberación y dicha presunción no fue destruida con prueba en su contra.-

Máximo CASTRO llega a la misma conclusión: *“En ausencia de prueba y dado que el juez no tiene porqué dar mayor crédito al dicho del demandante que al del demandado, debe absolver a éste. Es ya bien conocido en derecho penal el principio de que en todo aquello que fuese dudoso es necesario estar siempre por la más favorable para el acusado. En derecho civil, aunque la regla no se ha formulado en los mismos términos, el concepto es fundamentalmente idéntico: en ausencia de prueba debe ser absuelto el demandado, no ya absuelto de la instancia (como se hacía antiguamente, dejando abierta la puerta para que el demandante pudiera promover un nuevo juicio), sino de manera total y definitiva, dejando cerrada la puerta a todo litigio ulterior”*⁸.-

Nos recuerda DE LA COLINA -quien se contestaba la misma pregunta: ¿Cuáles son las consecuencias de la falta de prueba?- que *“Lo más justo, pues, lo más sabio, es la máxima romana, que crea y protege la presunción de libertad y de propiedad en el demandado, imponiendo a las partes la prueba de los hechos que les favorezcan. Los jueces no pueden negarse a*

⁶ Hacemos la salvedad para cuando la inactividad de un litigante acarrea apercibimientos, como por ejemplo si el demandado no contesta la demanda. Pero en el caso de no cumplir con la carga probatoria, ninguna sanción legal surge, sólo una posición más desfavorable en el juicio. -

⁷ CHIAPPINI, Julio y PEYRANO, Jorge W.; Lineamiento de las cargas probatorias dinámicas en ED 107-1005 y El proceso atípico; Editorial Universidad; 1993, pág. 163; PEYRANO, Jorge W.; Compendio de reglas procesales..., Editorial Zeus, Rosario, 1983, pág. 126; DEVIS ECHANDÍA, Hernando; Nociones generales de derecho procesal civil, Ed. Aguilar, Madrid, 1966, pág. 326; DEVIS ECHANDÍA; Compendio..., pág. 197.-

⁸ CASTRO, Máximo; Curso de Procedimientos civiles; Talleres gráficos Ghio, Buenos Aires, 1926, págs. 223 y 224.-

*administrar justicia, por ausencia, oscuridad, deficiencia o destrucción de las pruebas entre sí, y es deber de los litigantes esclarecer su conciencia y llevar a su animo la convicción del derecho que les asiste. Si así no lo hacen, sucumba su pretensión”*⁹.-

Ante estas objeciones puede alegarse lo siguiente: no existe una construcción legal e inobjetable del principio de liberalidad o *favor debitoris* dentro de la órbita del derecho civil, o sea una norma inequívoca de donde se extraiga el principio de inculpabilidad, sino que, por el contrario, sólo se hallan las excepciones a dicha máxima –cuando la ley presume la culpa-¹⁰. Sin embargo, si bien no hay una presunción expresa de inculpabilidad del demandado, esta emana implícitamente de las normas de fondo¹¹ y a *contrario sensu* del artículo 143 del código de rito santafesino. También podemos encontrar el principio del *favor debitoris* en el art 218, inc. 7º del Código de Comercio -entre otras disposiciones normativas-, al cual consideramos que debe ser aplicable analógicamente en la órbita civil. Como escribieron OBARRIO¹² y BONNIER¹³, la regla es la libertad del deudor y, su coacción, la excepción. Tampoco podemos dejar de olvidar la nota de Vélez Sarsfield al artículo 745 del Código Civil en donde se vale del principio “*Plus favemus liberationibus quam obligationibus*”¹⁴. Es un precepto del derecho romano, mucho anterior a la teoría de la distribución de la carga probatoria del derecho procesal. Es, en realidad, la distribución del *onus*

⁹ DE LA COLINA, Salvador; Derecho y legislación procesal, 2ª edición, Editorial Lajouane, Buenos Aires, 1916,, pág. 65.-

¹⁰ Por otro lado, si la escasez de regulación de las presunciones de liberación del deudor es el motivo principal para utilizar a la distribución del *onus probandi* como mecanismo para dirimir el litigio cuando no hay prueba, debemos decir que este argumento carece de validación en nuestra provincia de Santa Fe donde, como todos sabemos, tampoco hay regulación alguna sobre la distribución de la carga probatoria. Pero sí, en Santa Fe, podemos inferir la presunción de liberación del demandado a contrario sensu del art. 143 del código procesal civil y comercial. En la norma citada se presumen (salvo prueba en contrario) reconocidos los hechos articulados por el actor o reconveniente ante la falta de contestación a la demanda o reconvencción.-

¹¹ Creemos encontrar algunos ejemplos en los siguientes artículos del Código Civil: Art. 618: “*Si no estuviere determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo. Si no estuviere designado el lugar en que se ha de cumplir la obligación, ella debe cumplirse en el lugar en que se ha contraído. En cualquier otro caso la entrega de la suma de dinero debe hacerse en el lugar del domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación*”, Art. 778: “*No expresándose en el recibo del acreedor a qué deuda se hubiese hecho la imputación del pago, debe imputarse entre las de plazo vencido, a la más onerosa al deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena constituida por falta de cumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante. Si las deudas fuesen de igual naturaleza, se imputará a todas a prorrata*”, Art. 746: “*Cuando el pago deba ser hecho en prestaciones parciales, y en periodos determinados, el pago hecho por el último período hace presumir el pago de los anteriores, salvo la prueba en contrario*”.-

¹² OBARRIO, Manuel, Curso de Derecho Comercial, Tomo I, Editorial Lajouane, Buenos Aires, 1900, pág. 211.-

¹³ BONNIER, Eduardo; Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal; 2ª edición española; Tomo I; Madrid, Imprenta de la revista de legislación, 1891, pág. 46. Dice Bonnier: “*Atengámonos a la máxima, tan antigua como sabia, que protege el status quo, la presunción de propiedad o de libertad que surja a favor del demandado*”.-

¹⁴ Nota al artículo 745 del Código Civil: “*Las leyes romanas y los códigos modernos exigen la prueba del pago de los tres últimos períodos, para suponer el pago de los anteriores. Pero para esto no hay razón alguna. Si el acreedor o la oficina pública encargada de una contribución, da el recibo por el último año de una pensión o contribución anual, los acreedores sólo deben ser culpados, cuando no expresaron que quedaban impagas las pensiones o contribuciones anteriores. Este es el caso de aplicar el principio: Plus favemus liberationibus quam obligationibus*”.-

probandi una consecuencia de las presunciones de liberación del demandado, su plasmación en el proceso¹⁵

La función de la carga probatoria no es entonces decidir el litigio en contra de quien debía probar y no lo hizo, sino mostrar el camino de análisis probatorio del Juez al sentenciar e indicar a los litigantes cuales son los hechos que no necesitan probar sabiendo que éstos se presumen o deben probarlos la parte contraria.¹⁶ La distribución de la carga probatoria debe tratarse con importancia, pero mayor interés debería recaer sobre las presunciones que imponen las leyes, que terminan determinando aquella distribución.-

El fundamento de derecho que motivará a las sentencias en caso de *non liquet* serán las presunciones del derecho común y, como dijimos, las distintas teorías de la carga del prueba pueden servir de guías o indicadores: a las partes, para saber que hechos deben probar puesto que no se consideran presumidos, a los jueces para mostrar las distintas actividades probatorias y las ventajas o desventajas que obtuvieron con su acción o inacción¹⁷. Obviamente, si la carga probatoria no tiene como función dirimir el litigio (sino que ese es ya terreno de las presunciones); tampoco tendrán dicha función las cargas probatorias *dinámicas*.-

Dejamos entonces plasmada la primera de las razones de inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas: no pueden determinar el sentido de la sentencia, ya que ésta, de no haber prueba eficaz, debe motivarse por las presunciones del derecho de fondo y no por las teorías sobre la distribución del *onus probandi*.-

¹⁵ Así, ROSENBERG advirtió lo siguiente: "*La sentencia del juez se pronunciará en tal caso necesariamente en contra de la parte; no porque ella soporta la carga de la prueba, sino al revés: decimos que la carga de la prueba incumbe a la parte porque en caso de incertidumbre sobre una característica definidora del precepto legal debe decidirse en perjuicio de esa parte. Sólo al apreciar adecuadamente esta relación de causa y efecto, se comprenderá la coherencia de nuestro problema con la doctrina de la aplicación del derecho y se reconocerá la exactitud de nuestro punto de partida*" (ROSENBERG, Leo; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2ª edición en castellano, año 2002., págs. 27 y 28).-

¹⁶ Podemos ver la cuestión con más claridad si la llevamos al absurdo: si un litigante incoa su acción pretendiendo destruir una presunción *iuris et de iure* y ofrece prueba a tal fin (vgr. alega desconocer el derecho civil, que nunca supo de dichas leyes a pesar de haber nacido y vivido en el país, y ofrece testigos para ratificar la total ignorancia del litigante); pero no termina produciendo dichas pruebas ofrecidas: en dichas circunstancias, el juez fallará sosteniendo la pética presunción y no porque el pretendiente no pudo probar. De la misma manera deberá sentenciar cuando hay una presunción *iuris tantum* que, al fin y al cabo, tiene igual entidad que las presunciones *iuris et de iure* en los casos que no tiene prueba en su contra.-

¹⁷ "*Dada la insuficiencia de nuestros medios y los límites de nuestras posibilidades de conocimiento puede suceder en cada proceso que no sea aclarado en todos sus detalles el acontecimiento que sirve de base a la controversia y que circunstancias importantes no puedan ser averiguadas. Pero tal non liquet en las cuestiones de hecho no puede conducir a un non liquet en las cuestiones de derecho: el magistrado debe dictar en cada caso una resolución. Esto se facilita gracias a las normas sobre carga de la prueba, que en tal caso le dan una indicación sobre el contenido de su sentencia; en particular, para resolver cuando se ha mantenido incierta, en contra de la parte que soporta la carga de probar, la afirmación sobre los hechos*". ROSENBERG, Leo; Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955, pág. 221. Ver también EISNER, Isidoro; La prueba ..., pág. 72.-

3. COLISIÓN ENTRE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DEL DERECHO DE FORMA Y LAS

PRESUNCIONES LEGALES: 3. 1. El derecho común como fuente de la distribución probatoria:

Existe gran relación entre el derecho de fondo y la distribución de la carga probatoria o, como escribió ROSENBERG: "la distribución de la carga de la prueba es sólo una consecuencia de la estructuración del derecho común"¹⁸. Trataremos, en el transcurso del trabajo, de exponer que el onus probandi es un reflejo de las presunciones de derecho; reflejo que se deshace con la teoría de las cargas probatorias dinámicas¹⁹ Es que sobre las reglas de la distribución de la carga probatoria hay un conjunto de presunciones que les dan fundamento²⁰.-

Vamos a intentar profundizar la relación que existe entre las presunciones y las cargas probatorias, y en particular analizar la presunción de liberación del deudor, por dos motivos: en primer lugar porque nos va a determinar el sentido del fallo cuando no hay prueba producida (o la producida es ineficaz para formar la convicción del Juez) y en segundo lugar porque este primer análisis va a ser el puente directo para analizar a las cargas probatorias dinámicas y su relación (desde mi forma de ver, contradictoria) con las presunciones del derecho de fondo.-

3.2. La influencia de las presunciones sobre la distribución de la carga probatoria: Las

presunciones son deducciones a partir de hechos conocidos; son fruto de un proceso de inducción, donde lo más probable es que dado o acontecido cual o tal hecho ocurra el otro, aunque se llegue a este último de forma indirecta y por medio de una construcción mental. Son el resultado de una

¹⁸ ROSENBERG, LEO; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2º edición en castellano, año 2002. pág. 164. -

¹⁹ Giuseppe CHIOVENDA al analizar los hechos constitutivos, impeditivos y extintivos en su libro Principios del Derecho Procesal Civil, aducía que si bien no debe confundirse a las presunciones legales con la carga probatoria, por ser las primeras originarias del derecho de fondo y las segunda de la normativa de forma, esto no quitaba que las reglas de la carga de la prueba derive del derecho sustancial. - "(...) *ni siquiera el reparto de la carga de la prueba debe confundirse con las presunciones establecidas por el derecho sustancial (praesumptiones juris), en las cuales la ley por razones propias de la relación jurídica particular, determina los hechos que considera suficientes para producir un cierto efecto jurídico, pero bajo condición de que no sean afirmados y probados ciertos hechos contrarios, por eso están reguladas por el derecho sustancial (lex rei), mientras que las reglas sobre la carga de la prueba, como limitan la formación del convencimiento del juez por razones meramente procesales son de derecho procesal, reguladas por consecuencia por la lex fori; aunque también ellas deriven su materia del derecho sustancial, al cual es preciso acudir en cada caso para conocer, por ejemplo, cuáles son las condiciones específicas de existencia de una relación jurídica. (...) Así como el principio de justicia distributiva que reparte de tal modo la carga de la prueba, se inspira precisamente en la consideración de lo que es normal y anormal, regla y excepción, así al regular la prueba caso por caso, precisase tener presente esta relación. A veces esta relación aparece determinada claramente por la ley, hasta con términos especiales (excepto que, fuera de, etc.). Pero cuando faltan estos signos exteriores o son equívocos, es preciso mirar a la naturaleza del acto de que se trata*" CHIOVENDA, Giuseppe, Principios del Derecho Procesal Civil, Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, pág. 257. -

²⁰ ROSENBERG, LEO; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2º edición en castellano, año 2002. pág. 175. - "...sólo hace falta mostrar el nacimiento del derecho violado, de la propiedad, de la deuda principal, del crédito asegurado o del derecho en que se funda la excepción, mientras el impedimento del nacimiento, la extinción o la exclusión de estos derechos y créditos entran en la carga de la afirmación y de la prueba de la otra parte. Sin embargo, hay algunas pocas excepciones de estas reglas. Con respecto a los derechos que directamente constituyen el objeto del proceso, estas excepciones sólo son, por lo que yo veo, la consecuencia de una presunción que se refiere a la no existencia de un derecho o de una relación jurídica. Así, por ejemplo, hace valer un derecho cancelado en

suposición en base a lo que suele ocurrir en la generalidad de los casos en donde se da un hecho como el acreditado. Al hecho conocido se lo denomina *indicio*, al hecho deducido gracias al indicio se lo denomina *presunción*. Las presunciones, como consecuencias de los indicios, pueden ser provenientes del legislador o del juez; a las primeras se las llamará *presunciones legales* y a las segundas *judiciales*.²¹

El legislador, al plasmar una presunción, ha querido que se infiera un hecho a partir de la acreditación de otro; ahora bien, dicha acreditación puede que el legislador quiera que sea absoluta y permanente, o bien que ante prueba en su contra se destruya. Aquellas presunciones que no admiten prueba en su contra son denominadas presunciones *iuris et de iure* o absolutas²², a las segundas se las llama *iuris tantum* o relativas²³, las cuales si no son destruidas con prueba adversa tienen igual eficacia a las presunciones *iuris et de iure*. Las presunciones legales se encuentran, por lo general, reguladas en los códigos y las normas de fondo; las presunciones judiciales, por ser una potestad valorativa de los magistrados se encuentran en los códigos procesales. Sin embargo, esta dicotomía presunciones legales – códigos de fondo y presunciones judiciales – códigos procesales puede tener excepciones.-

Creemos que en el Código Procesal de Santa Fe podemos hallar una de éstas en su art. 143²⁴. Este artículo es importantísimo y lo remarcamos por tres motivos. En primer lugar es una presunción legal extraída de una norma procesal, por lo que sirve para desmitificar aquella máxima

el registro de inmuebles, tiene que probar, gracias a presunción del § 891, inc. 2, que el derecho todavía existe; no basta la prueba de las circunstancias decisivas para el nacimiento del derecho. Por consiguiente, según el caso, tal vez debe mostrarse la ausencia de hechos impositivos o destructivos".-

²¹ Las presunciones legales, obviamente, se encuentran codificadas con anterioridad al aporte de prueba, mientras que las presunciones judiciales se elaboran en primera instancia luego de un hecho conocido o probado, luego de un indicio. A pesar de esas diferencias, el resultado es el mismo: el juez considera existente un hecho o estado jurídico.-

²² Encontramos dentro del Código Civil casos de este tipo de presunciones: Art. 90: "*El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente..*" o en el Art. 3604, en cuanto a la presunción de liberalidad de los contratos entre causante y heredero forzoso: "*Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima.*"

²³ Algunos ejemplos dentro del Código Civil son: Art. 75: "*En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario*". Art. 77: "*El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario.*" Art. 243: "*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.*"-

por la cual todas las presunciones legales emanaban de normas materiales. En segundo lugar vemos una presunción *iuris tantum* muy severa: se supone el reconocimiento de los hechos articulados si la contraparte no los contestó, salvo la prueba en contrario que produzca el displicente²⁵. Pero aquí, en tercer término, surge lo más remarcable: estamos ante una inversión de la carga probatoria²⁶.

3.3. Influencia de las presunciones iuris tantum: Si bien ambas presunciones legales esencialmente rigen ante la carencia de prueba convincente o eficaz, las presunciones *iuris tantum* determinarán el sentido de la carga de la prueba ya que establecen a quien le corresponde aportar la prueba debido a que la legislación, verbigracia, presume su culpa o deuda; o al contrario presume la liberación, absolución o inocencia de la contraparte²⁷.

3.4. La doble función de las presunciones iuris tantum: Se dice que los hechos que gozan de una presunción legal *iuris tantum* están exentos de prueba²⁸, esto es verdad, pero sólo para quien alega el hecho; justamente el contrario tendrá la carga de rebatir la presunción legal. Si la no exigencia de la prueba de los hechos presumidos por la ley fuera para ambas partes, no tiene sentido la distinción de presunciones *iuris tantum* de las presunciones *iuris et de iure*; justamente, en la carga probatoria a la contraparte es donde reside la esencia de las presunciones *iuris tantum* y su diferencia con las *iuris et de iure*. Por eso afirmamos que las presunciones legales *iuris tantum*

²⁴ "La falta de contestación a la demanda, aun en el juicio en rebeldía, o a la reconvencción, implica el reconocimiento de los hechos articulados por el actor o reconveniente, sin perjuicio de la prueba en contrario que produjere el demandado o reconvenido. Omitida la contestación, se llamarán los autos para sentencia, si correspondiere; decreto que se revocará si aquellos solicitaren la apertura a prueba."

²⁵ Ver también CHIAPPINI, Julio; Procedimiento civil aplicado, Editorial Jurídica Panamericana, 2004, pág. 368. -

²⁶ Veamos, el art. 143 del código procesal santafesino rige en cuanto a las pretensiones declarativas (no las ejecutivas) en las cuales el actor tiene el *onus probandi*. La ley no presume la veracidad de los hechos del actor cuando este inicia el litigio, todo lo contrario, presume la liberación del demandado. Pero cuando el accionado (demandado o reconvenido) no contesta la demanda o reconvencción, se invierte la carga probatoria. Ahora se presumen los hechos reconocidos y el demandado tendrá que cargar con la prueba de destruir dicha suposición. Si al inicio del pleito el actor tenía la carga de probar y el demandado la presunción de liberación, ahora –por el hecho de que el demandado no contestó la demanda- se presumen reconocidos los hechos alegados por el actor y el accionado cargará con la prueba en contra de dicha suposición legal. Hubo una inversión de la carga probatoria, reflejo de una presunción legal. Se ve nitidamente la influencia de las presunciones sobre la distribución del *onus probandi*.

²⁷ Sobre los efectos de ambas presunciones dice MAGALHÃES que "la absoluta transforma al hecho en una verdad formal, categórica e indiscutible; la relativa, por su lado, impone una inversión de la carga de la prueba" (MAGALHÃES, Humberto Piragibe, Las presunciones en el Proceso, en Derecho Procesal Incidenta, CARRILLO, Hernán Gonzalo y CHIAPPINI, Julio; Editorial Zeus, pág. 443). Quiere decir el autor que la parte contraria a la favorecida por una presunción relativa tendrá que cargar con la prueba para destruir la mencionada presunción. -

²⁸ DEVIS ECHANDÍA, Compendio... pág. 201; SCHÖNKE, Adolfo; Derecho Procesal Civil; Bosch Casa Editorial, traducción española de la quinta edición alemana pág. 204; Proyecto de Código Civil de 1998, Art. 1618: *Prueba del daño. La carga de la prueba del daño corresponde a quien lo alega, salvo: a) que la ley lo impute o lo presuma, b) Que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumida.* Art. 1620: *Prueba de la relación causal. La carga de la prueba de la relación causal corresponde a quien la alega, salvo: a) Que la ley la impute o la presuma; b) que, conforme a las reglas de la experiencia, su existencia sea presumible. La carga de la prueba de la causa ajena corresponde a quien la alega.* -

tienen una doble función, como eximente de prueba para la parte favorecida y como carga de prueba para la contraria.-

3.5. Influencia de las presunciones hominis: Aquel que se encuentre favorecido por una presunción judicial esta dispensado de la carga de seguir aportando prueba²⁹ y el litigante contrario deberá aportar la prueba para convencer al juez de lo contrario³⁰.-

Veamos un ejemplo que se da en la practica con frecuencia dentro del fuero de la Provincia de Santa Fe: Hay una presunción de legitimidad de los títulos ejecutivos que genera en el demandado la carga probatoria; supongamos que el ejecutado aduce que la firma inscripta en el título no es suya, si éste no prueba dicha falsedad material perderá el juicio. Ahora bien, ¿se lo condena porque tenía la carga de probar y no probó o porque había una presunción de legitimidad del título que no fue desvirtuada? Obviamente, se lo condena en base a la presunción favorable al ejecutante. Igual ejemplo podría aplicarse para quienes intentan redargüir un instrumento público. Por lo tanto, tiene la carga de probar aquél que en su contra tiene una suposición que debe desbaratar para salir victorioso. También se nota la relación, entre la carga probatoria y las presunciones, en la órbita de la responsabilidad civil, donde el daño por la privación de uso de un automotor o el daño moral se presumen y debe, el demandado, demostrar su no existencia³¹.-

Cuando no está probado el vínculo o el contrato entre las partes, debe presumirse a favor del demandado y su liberación. En cambio, cuando el contrato está probado o consentido (o se presume legalmente), el sentido de la duda obra en forma inversa y -ante la carencia de prueba sobre la extinción del contrato- la regla será condenar al deudor, porque se presume su

²⁹ Lo cual no es aconsejable porque aportar más prueba puede reforzar el convencimiento del juez y además nadie puede saber, hasta la sentencia, cual es el pensamiento del juzgador.-

³⁰ Ricci, Francisco; Tratado de las pruebas; Ed. La España Moderna. 102 y 103: "Las presunciones, según el artículo 1354 del Código Civil (italiano), que no están establecidas por la ley, quedan a la prudencia del juez, el cual no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes, y sólo en los casos en que la ley admite la prueba testifical. ¿Pero podía el legislador, ya que no es posible determinar a priori el número indefinido de presunciones humanas ni apreciar su valor, disponer que quien tenga en su favor una presunción cualquiera hominis está dispensado de la obligación de probar? No ciertamente, sin desconocer la índole de semejantes presunciones, cuyo valor depende siempre de las circunstancias especiales del caso, que el juez solo puede apreciar. Ahora, si teniendo en cuenta tales circunstancias, las presunciones aducidas son de tal modo eficaces que provoquen en el juez el convencimiento de cuanto con las mismas se quiere sostener; aquel que las alega estará dispensado de proporcionar otras pruebas ulteriores en su favor; pero si tales presunciones en el caso especial de que se trate no son consideradas suficientemente fuertes, será preciso suministrar nuevas pruebas, so pena de perder la propia demanda con la propia excepción".-

³¹ Ver sobre presunciones *iuris tantum* y la carga de probar la injusticia de las sentencias: LIEBMAN, Enrico Tullio; Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada, Ediar; Buenos Aires, págs. 171 y 172.-

incumplimiento. La distribución de la carga probatoria es *consecuencia* de este juego de presunciones, y no su *causa*.-

Con esto no buscamos relativizar la importancia de la carga probatoria, pero sí demostrar su dependencia de las reglas del derecho material y no juzgarlas como un instituto autónomo del derecho de forma, capaz de decidir un litigio en caso de carencia de prueba. Podemos decir que el sentido de la distribución de la carga de la prueba es una consecuencia directa de las presunciones legales *iuris tantum* y judiciales; y observar la doble función de las presunciones legales, una función -relacionada con el derecho material- que es la de instituir derechos y obligaciones; y otra – del ámbito procesal- que es determinar el mecanismo de distribución de la carga probatoria³².-

Es válido preguntarse si existe en el derecho civil una presunción de liberación del deudor, similar a la presunción de inocencia del reo del derecho penal. Estaríamos hablando ya de una presunción soberana y primera; de la cual el resto de los supuestos actuarían como excepción de ésta. Esta presunción, como ya dijimos, la podemos encontrar en varios artículos, como por ejemplo el 145 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de Santa Fe a *contrario sensu*, la nota al 745 del Código Civil, el art. 218 inc. 7º del Código de Comercio, entre otros; y también por los principios generales del Derecho que imponen la presunción de inculpabilidad de las personas³³.-

La afirmación de que la carga probatoria pesa sobre quien necesita deshacer una presunción no contradice ni es distinta de las diferentes teorías sobre la distribución de la carga probatoria, teorías por las cuales se distribuye el peso probatorio según el carácter de los hechos alegados, según la posición de las partes, o cargan a los litigantes con demostrar los presupuestos de hecho

³² Recordemos a DELLEPIANE: "(...) las presunciones legales son, a la vez que preceptos adjetivos, disposiciones sustantivas; que reconocen derechos y obligaciones o estados personales de que fluyen derechos y obligaciones. Al propio tiempo, establecen la forma de hacer valer derechos judicialmente, indican el medio de comprobarlos ante los tribunales. Por consiguiente, y en virtud de esta doble finalidad, de esta dualidad de contenido de las presunciones legales, resulta que estas son disposiciones híbridas, leyes de fondo y de forma a la vez." DELLEPIANE, Antonio; Nueva teoría general de la prueba; Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1919; págs. 119 y 120.-

³³ Evidentemente, si el derecho procesal atribuye la carga de demostrar determinada circunstancia, es porque prefiere que ante la falta de esa prueba se mantenga un estado de derecho determinado, porque esa permanencia es más útil a la sociedad. Las normas de fondo son las encargadas de realizar ese juicio de valor, las normas procesales de crear el sistema para aplicarlo o hacerlo valer (Véase también MICHELI, Gian Antonio; La carga de la prueba; Ejea, 1961, pág. 192). Imaginemos lo contrario, conjeturemos que el plexo normativo supone a todos los demandados como deudores. Dicho supuesto acarrearía a la carga probatoria a todos los demandados y caeríamos en aquella situación que sirvió de crítica a la teoría de BENTHAM: habría demandas injustas y sin fundamento. Es necesario, en un principio imputar a los litigantes la prueba de sus aserciones.-

de las normas invocadas al fundamentar su pretensión. Aunque está más que demostrada la relación causal entre las presunciones y la distribución de la carga de la prueba, es necesario profundizar más en el tema, ejemplificando y plasmando varias reconocidas posiciones doctrinarias.-

3.6. Doctrina acerca de la relación entre las presunciones y la distribución de la carga

probatoria: Para aclarar mejor la íntima relación entre presunción y distribución de la carga citaremos a RICCI: *“El actor que tiene en favor de su demanda una presunción, está dispensado del peso de la prueba; y de la propia suerte el demandado también está dispensado del mismo peso cuando la excepción se funda en una presunción. El efecto de la presunción es hacer considerar la cosa presunta como probada, mientras no se demuestre lo contrario. Según esto, la parte a la cual se opone una presunción, no puede limitarse a afirmar lo contrario, sino que debe destruir la presunción misma con una clara prueba de los hechos en que funda su impugnación”*³⁴.-

BONNIER sobre el asunto dice *“El que reclama alguna cosa en juicio, quiere innovar puesto que ataca, o bien la posesión positiva del adversario, si se trata de un derecho real, o bien en materia personal, esa especie de posesión de su libertad en que se halla colocado todo hombre, cuya dependencia con respecto a otro no está probada. Él es, pues, quien debe justificar su aserto, puesto que nada se presume fuera de las presunciones establecidas por la ley”*³⁵.-

DELLEPIANE argüía que no sólo las presunciones *iuris tantum* se relacionaban con la prueba, sino también las presunciones *iuris et de iure*: *“(…) Observemos que todos los preceptos, esparcidos en los códigos, por los que se crea presunciones, son relativos a la prueba, son normas por las cuales se impone un determinado medio de prueba, el indiciario, y en las que se exige a una parte de la obligación de probar otro hecho que el indicador del hecho que alega para fundar su derecho, arrojando la carga de la prueba de la inexistencia de este hecho, decisivo en la litis, sobre los hombros del adversario o negando a éste la facultad de acudir a prueba alguna que*

³⁴ RICCI, Francisco: Tratado de las pruebas; Tomo I, Ed. La España Moderna, pág. 99. -

³⁵ BONNIER, Eduardo; Tratado teórico y práctico de las pruebas en Derecho Civil y en Derecho Penal; 2ª edición española; Madrid, Imprenta de la revista de legislación, 1891, pág. 35. -

*demuestre la no existencia del hecho decisivo*³⁶. Es correcto lo formulado pero las presunciones absolutas no hacen a la distribución de la carga probatoria puesto que, aunque eximan a una de las partes de probar, no imputan dicha acción al adversario del favorecido por la presunción.-

ALSINA también formulaba que *“En ciertos casos la ley regula la carga de la prueba atribuyéndola, no a quien afirma el hecho (constitutivo, impeditivo o extintivo), sino a quien niega su existencia. Ello ocurre siempre que en la ley se establece una presunción iuris tantum, que consiste en dar por existente o inexistente un hecho si concurre con otro antecedente. Se funda en las leyes de la naturaleza o en el modo normal de producirse los hechos, y su objeto es dar estabilidad a situaciones jurídicas que, de acuerdo con ellas, pueden considerarse normalmente existentes. El efecto de la presunción es librar de la carga de la prueba a quien ella beneficia, dando por existente el hecho presumido, pero siempre que se halle acreditado el hecho que le sirve de antecedente.”*³⁷.-

ROSENBERG clasificaba a las presunciones legisladas en dos grandes grupos, las presunciones *de derecho* y las *de hechos*. Se refería a presunciones *de derecho* cuando la legislación daba por sentado situaciones o estados jurídicos determinados. En cambio, las presunciones *de hechos*, estaban destinadas a la suposición de meros acontecimientos. Las presunciones *de derecho* era, para el autor alemán, reglas de la carga de la prueba³⁸.-

Las presunciones de derecho son la causa de la distribución de la carga probatoria, ya que debe cargar con la prueba quien pretende la declaración de un derecho que la ley supone existente o inexistente. Dada esta relación causal, nos preguntamos si siempre debe ser así, si pese a las suposiciones legales la carga probatoria no puede ser alterada teniendo en cuenta las

³⁶ DELLEPIANE, Antonio: Nueva teoría general de la prueba; Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1919, pág. 115.-

³⁷ ALSINA, Hugo; Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1958, pág. 259.-

³⁸ *“La esencia de las presunciones de derecho se deduce de los efectos de éstas. Ellas no son únicamente, aunque lo son principalmente, reglas sobre la carga de la afirmación y la prueba, ya que la parte que hace valer la existencia o inexistencia presuntas del derecho sólo debe afirmar los presupuestos de la norma de presunción y probarlos en caso de ser discutidos, incumbiendo al adversario la carga de la afirmación y prueba de todas las circunstancias, de las cuales resulta la inexistencia o la existencia del derecho. (...) La prueba de lo contrario sólo se logra al convencerse el tribunal, positivamente, de que es cierto que la presunción es inexacta y que lo contrario de ella es exacto, esto es, que el derecho que se presume existente y perteneciente al adversario no existe o no pertenece a este último o que el derecho que se presume no existente sí existe”* (ROSENBERG, Leo; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2ª edición en castellano, año 2002, págs. 267, 268 y 271)

particularidades del caso o la voluntad de los litigantes, o si, por el contrario, debe siempre sostenerse la rigidez de la distribución.-

Haciendo referencia a la división de la carga probatoria entre las partes KISCH también hace referencia a su fijación por parte de las presunciones de derecho: "*Esta división está hecha a veces expresamente en la ley, por determinación, con carácter obligatorio, del litigante que ha de probar hechos concretos, o –lo que es análogo- por establecimiento de presunciones de derecho, en virtud de las cuales se prescribe que, dado un estado jurídico determinado, se tenga por verdadero otro hecho –y, bajo ciertas circunstancias, también una situación jurídica- mientras no se prueba lo contrario. (...) Aquél a favor del cual están establecidas no necesita probar, por consiguiente, el hecho presumido, sino sólo aguardar a que la parte contraria consiga demostrar lo contrario*"³⁹.-

Las simples características del litigio no pueden *per se* alterar la distribución de la carga probatoria; salvo que el juez observe la conducta de una de las partes como reticente y contraria a la buena fe, imposibilitando la prueba de la contraparte. En este caso, se sumaría al proceso una prueba indiciaria (la conducta procesal) que podría derribar la presunción legal *iuris tantum* por una presunción judicial. Esta es la resolución acorde a derecho. Primero se desbarataría la presunción, por otra presunción, para luego –automáticamente- cambiar el sentido de la carga probatoria; no la inversa. Esto será analizado en los capítulos siguientes.-

Las presunciones legales *iuris tantum* y las judiciales tienen la eficacia de cambiar el *onus probandi*. Mientras no concurren los presupuestos de éstas presunciones en el pleito, la carga probatoria no puede ser invertida; y este tipo de inversión, que no admitimos, es el que pretende la teoría de las cargas probatorias dinámicas.-

3.7. Colisión entre el onus probandi y las presunciones legales: A mi juicio las reglas del reparto de la carga probatoria deben ser rígidas en cuanto también lo sean las presunciones que las sustentan, y no deben variar según la particularidad del caso, en tanto y en cuanto las mismas

³⁹ Kisch, Wilhelm, Elementos de Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pág. 206.-

presunciones no varíen⁴⁰. La inmutabilidad o mutabilidad de la distribución es la inmutabilidad o mutabilidad de las presunciones del derecho de fondo. La única rigidez que debe tener la distribución de la carga probatoria es que deben invariablemente atenerse a las presunciones del derecho de fondo. La función de las normas procesales es darle un sentido, un mecanismo, a las normas materiales. no contradecirlas o alterarlas. Si bien el derecho procesal ha sido –justamente– imbuido de independencia sistemática y normativa, no por ello debe dejar de ser el método de aplicación del derecho de fondo⁴¹. La dependencia del derecho procesal hacia el material es innegable, aunque para muchos de los estudiosos del derecho de forma esta aseveración no sea de su agrado.-

Ya aclarado el origen y el concepto de las cargas probatorias dinámicas, debo aducir que en mi humilde opinión hay un error de conceptos: de alterarse el *onus probandi* nos encontramos ante la siguiente contradicción: de aplicarse la “*carga probatoria dinámica*” tendrá la carga de probar aquella parte que tiene el beneficio de la duda de las presunciones ya enunciadas: o sea, mientras que el derecho de fondo otorga –ante la duda- la presunción a favor de liberación, las reglas de forma cargan a dicha parte con demostrar tal liberación. Más claro aún: el derecho procesal carga a la parte demandada a que demuestre la liberación que el derecho de fondo presume.-

El dinamismo mencionado hace que las cargas probatorias no sean más la consecuencia directa de las presunciones del derecho de fondo, sino que ahora entren a oponerse a éstas. En esta contraposición, entre las cargas probatorias dinámicas y las presunciones del derecho de fondo, es donde encuentro el mayor punto de crítica a esta novedosa teoría.-

Vemos que mientras antes decíamos, como ROSENBERG, que la distribución de la carga probatoria es consecuencia del derecho común; ahora, el dinamismo de la segunda ha provocado

⁴⁰ Ver *infra* el capítulo “Sobre la “justicia del caso concreto” como fundamento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas”.-

⁴¹ “*El derecho civil o privado regula los estados y las relaciones jurídicas tal como deben ser. En la inmensa mayoría de los casos sus preceptos son observados voluntariamente; pero puede ocurrir también que se suscite controversia acerca de la existencia y extensión de los derechos de alguna persona, como igualmente que el obligado a realizar la prestación correspondiente a un derecho indudable se niegue a ello. En todas las ocasiones en que esto suceda debe existir una vía o procedimiento que sirva para terminar la controversia y la duda de modo vinculante e incluso para hacer posible, aunque sea valiéndose de la fuerza, frente al obligado, que éste cumpla la obligación correspondiente al derecho declarado. Esta vía es el procesal civil y el derecho que la regula es el Derecho procesal civil. Esta rama jurídica se halla, por tanto, en íntima relación con el derecho privado. Frente a él, empero, lógicamente considerada, constituye una esfera secundaria, pues el Derecho procesal simplemente ayuda a la aplicación y ejecución del privado*” KISCH, Wilhelm, Elementos de Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, pág. 11.-

una escisión y, por lo tanto, una contradicción⁴². La carga probatoria nunca cambia *per se* –ni debería hacerlo-, ella es trascendental para destruir una presunción en contra. Las presunciones legales influyen y determinan la carga probatoria. Por eso, el concepto de *carga probatoria dinámica* es inexacto, puesto que las cargas probatorias no se dinamizan sino que son la contrapartida de cada presunción y se rompería tal vínculo si eso sucediera. Como se dijo anteriormente, no puede el derecho material presumir la liberación o inculpabilidad de una persona, y el derecho de forma exigir a esa persona que prueba tal liberación o inculpabilidad pronosticando una desventaja en el litigio si no puede demostrar aquello que el derecho material presume.-

Las cargas probatorias dinámicas contrarían las presunciones legales de derecho, motivo suficiente para no ser aplicadas.

Ahora bien, es cierto que la omisión de esta teoría puede llegar a sentencias inequitativas, pues este dinamismo que ahora criticamos ha venido a solucionar problemas fácticos vistos en los distintos Tribunales. Si la teoría de las cargas probatorias dinámicas es fruto del valorable esfuerzo por afianzar la justicia, y nosotros encontramos fallas en la teoría, debemos entonces proponer otras soluciones.-

Si bien debe analizarse cada uno de los casos en forma particular, en varios de ellos se podría haber fallado contra la demandada por haber ésta abusado del proceso (abusado de las reglas de la carga probatoria) o teniendo en cuenta la conducta reticente como material probatorio o elemento de convicción judicial⁴³. La conducta del adversario, en los casos de que impida la producción probatoria de la contraria no sólo aportando al proceso su negativa con respecto a los hechos formulados por la contraparte, sino también negándose a colaborar en el proceso, puede ser prueba indiciaria para rebatir la presunción de la cual se aprovechaba y beneficiaba esa parte, solución.-

⁴² Cuando hablamos de "*dinamismo*" de la carga probatoria queremos decir que el *onus probandi* se traslada de la parte que alegó el hecho a la parte que se encuentra en mejores condiciones de probarlo.-

⁴³ Un claro caso de utilización de las conductas de las partes como material probatorio sucede en los casos de filiación cuando una persona se niega a hacerse los estudios de ADN. Pues bien, veamos que en éstos casos nadie falla contra la persona reticente aplicando las cargas probatorias dinámicas (al fin y al cabo, dicha persona era la que mejor estaba en condiciones de realizarse los estudios) sino que se sentencia en base al valor probatorio de las conductas de las partes.-

Antes de explayarnos más sobre la valoración de la conducta de las partes y observar como esta solución fue advertida anteriormente por ROSENBERG y KISCH, debemos suponer casos en los cuales la parte no se comporta de forma contraria a la buena fe ni impidiendo la actividad probatoria a la contraria, pero su contraparte de igual manera se encuentra en peor situación de aportar el material que demostraría los hechos alegados. Se puede entender que si para una parte es excesivamente fácil practicar una prueba y no lo hace, tal posición evasiva puede también ser indicio para el juez y generar una presunción *hominis* que tenga que destruir. Si un litigante no aporta el material probatorio a su disposición puede suponerse que no lo hizo porque tal contribución perjudicaría su situación; máxime cuando era notoriamente simple y fácil dicha aportación. Sin embargo, no creemos que pueda sentenciarse contra la parte que simplemente negó y no desplegó actividad probatoria –aunque volvemos a hacer la salvedad de que desde este trabajo no se pueden contemplar todos los casos-. Sí, en cambio, cuando –además de no aportar prueba- impidió la actividad del adversario; como expresamos, tal conducta puede ser prueba indiciaria para formar la presunción judicial que deberá destruir con prueba en su contra.-

4. SOBRE LA “JUSTICIA DEL CASO CONCRETO” COMO FUNDAMENTO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS

PROBATORIAS DINÁMICAS.: 4.1. Sobre la “justicia del caso concreto”: Se dice con frecuencia que el principal fundamento de la teoría de la carga probatoria dinámica es la aplicación de la justicia de cada caso en concreto. Entender esto no sólo es erróneo sino peligroso. Si bien no creemos que el juez debe ser el intérprete exegeta de la ley, tampoco podemos caer en el otro extremo de que el juez debe aplicar una regla distinta para cada caso en particular. Es cierto que todos los procesos son diferentes, no por esto la ley debe dejar de cumplir su función preventora. El fin del juez debe ser aplicar la ley o el sentido de ésta (insistimos: sin caer en el extremo de la exégesis), y el fin de la ley recién debe ser la justicia. No puede haber un salto donde el juez esquive el sentido de la ley buscando el sentido de la justicia. La función de la ley es abstraer, la función del juez es aplicar esa abstracción. La ley realiza un proceso inductivo (en base a la realidad circundante y las necesidades sociales), mientras que el juez cumple con un desarrollo deductivo, aplicando la ley a

casos concretos. Si el juez está habilitado para sentenciar sin atenerse a las normas se debatiría sin reglas fijas⁴⁴.-

Esto es porque los ciudadanos no sabrían a que leyes atenerse y no habría seguridad jurídica. Siendo la justicia el reflejo más cercano a las soluciones de las necesidades sociales en un momento histórico dado, debe ésta emanar de un organismo parlamentario, representativo de la Sociedad misma y de la gran mayoría de los sectores; no de una sola persona, por más conocimiento jurídico que posea, porque es más evidente el subjetivismo y la imperfección humana cuando el emisor es una sola persona y no cuando proviene de órganos deliberativos⁴⁵.-

4. 2. El colapso judicial como impedimento para conocer cada caso en particular: Por otro lado, el estado de actual colapso del Poder Judicial y la realidad tribunalicia nos demuestra que el Magistrado tiene poco y nada de conocimiento de las circunstancias particulares de cada caso, hasta la sentencia. Resulta utópico sostener que el juez debe aplicar la justicia de cada caso en concreto, cuando todos sabemos que en la práctica es imposible que el juez conozca o pueda interiorizarse de cada litigio⁴⁶.

5. EL ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES COMO POSIBLE SOLUCIÓN AL CONFLICTO: De igual forma puede invertirse la carga probatoria por una presunción judicial. Aquí la línea de distinción se torna endeble. No es lo mismo asegurar que dada determinada imposibilidad probatoria de una de las partes, y la facilidad de la otra, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas y sentenciarse a favor de determinada parte por la justicia del caso en concreto; que –en cambio– sostener la postura por la cual la inactividad de una de las partes para probar su inocencia, teniendo la facilidad de hacerlo y la escasa colaboración en el proceso, generan una presunción en

⁴⁴ "La subordinación de la situación concreta de hecho al estado de cosas abstracto presupuesto por la ley es tarea exclusiva del juez, las partes deben presentarle, en la mayoría de los pleitos, las afirmaciones de hecho que facultan al juez a comprobar que el estado de cosas abstracto de la norma jurídica aplicable se ha realizado en el acaecer concreto" (ROSENBERG, LEÓ; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2ª edición en castellano, año 2002. pág. 198)

⁴⁵ "Que el ciudadano obedezca respetuosamente a los magistrados; que el magistrado obedezca ciegamente a las leyes; éste es el último punto de perfección de una legislación sabia, ésta es la suma de todos los reglamentos consagrados a mantener la pureza de la Administración; (...) ¿pero cual será el resorte poderoso que contenga las pasiones del magistrado y reprima la inclinación natural del mando hacia la usurpación?" (MORENO, Mariano; Escritos políticos y económicos. Ed. La cultura argentina, 1915, Pág. 277).-

⁴⁶ Si es materialmente imposible la interiorización de cada causa por parte del juez, es quimérico y ficticio suponer la aplicación de la verdad objetiva, que sólo podría surgir de los hechos particulares de cada juicio. Valga un ejemplo: en Rosario, en cada Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial ingresan más de 2000 causas por año, en los Juzgados de Circuito de Ejecución ese número se eleva aproximadamente a más de 10000. Un juez de Distrito si quisiera interiorizarse de

el magistrado capaz de sentenciar en contra de la parte que abusó de su estado de no obligado a probar. En el primer caso se esta invirtiendo la carga probatoria, en el segundo no. Puesto que en el segundo caso no hace falta invertir el *onus probandi* ya que la conducta de una de las partes ha sido valorada como prueba, fue ésta conducta indicio suficiente para generar en el magistrado la presunción de culpabilidad del estático. En el primer ejemplo estamos creando institutos nuevos, con las críticas que medianamente intentamos explicar en esta obra; en el segundo de los casos se están utilizando medios legales para arribar a una sentencia eficaz: valoración probatoria de la conducta de las partes, indicios, presunciones judiciales, etc. En el segundo caso sólo se utilizaron formas vigentes de solución del proceso⁴⁷.-

El juez, en vez de solicitar a la parte demandada la prueba de su inocencia, debe recurrir a la prueba que emana de su inactividad, debe presumir en contra de quien entorpece la actividad probatoria de la contraria. Por tales motivos, no habría una previa inversión de la carga probatoria en ningún momento, sólo rigen los principios históricos de la carga ya expuestos.

Podemos entender de que la conducta de una parte genera una presunción judicial en su contra, presunción que será fatal si esa misma parte no actúa en el juicio aportando la prueba necesaria para destruirla y que dicha presunción sí invierte el *onus probandi*, ya que generan una convicción judicial que deberá ser destruida. Pero, si entendemos esto, tampoco es legítimo hablar de las cargas probatorias dinámicas, sino -por el contrario- estamos describiendo más de lo mismo;

cada causa debería leer seis expedientes por día, y un juez de Circuito de Ejecución sólo debería examinar más de treinta expedientes, completos, por día... más de uno por hora, y sin dormir.-

⁴⁷ Para aclarar mejor los dos planteos antagónicos anteriores, - uno el de la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, el otro el de la aplicación de los indicios y las presunciones *hominis* en general y la valoración de la conducta de las partes en particular - transcribiremos dos fallos sobre simulación, en los cuales se reflejan las dos posturas que intentamos explicar.

El primero de ellos es de la Cámara Nacional Civil, Sala B, de fecha 02/06/2000 dentro de los autos "Bevimar S.R.L. s/ Quiebra c. Bevimar S.R.L. y otros"(Publicado en LL 2001-C-176). "*Resulta aplicable a la acción de simulación -en el caso, interpuesta por el síndico a fin de declarar nula la venta de un bien de la fallida- el principio de las cargas probatorias dinámicas que impone la carga de la prueba a quien se encuentra en mejores condiciones para producirla, con independencia de la calidad de actor o demandado que revista en el proceso*". El segundo fallo es de la Cámara Nacional Comercial, Sala A, de fecha 10/06/98 en los autos: "Bocalandro, Norberto H. y otra c/ Villa Mahueta S.A. y otros" (Publicado en DJ 1999-1-515). "*En las acciones de simulación, el demandado debe adoptar una conducta que le es jurídicamente exigible, cual es prestar su colaboración en el esclarecimiento de la verdad. Ello, en tanto si bien la carga de la prueba se gobierna por los principios normales, no puede ser utilizada en la generalidad de los casos.*"(...) "*La prueba de la simulación es generalmente dificultosa, en tanto lleva insita la idea de ocultamiento. La circunstancia descrita determina que el juzgador deba apreciar discrecionalmente si concurren los elementos constitutivos de aquélla en cada caso particular*" (...) "*El incumplimiento de las obligaciones que emanan del acto simulado, particularmente la persistencia del vendedor en la posesión de la cosa vendida, constituye un indicio de primera magnitud acerca de la existencia de una simulación en la compraventa de inmuebles, máxime cuando aquél continuó abonando los impuestos y servicios luego de celebrada la transacción*". Como se ve en este caso, si bien se parte de la premisa de que la carga probatoria debe conducirse por los carriles normales, un indicio suficiente (retención de la cosa vendida, pago de impuestos y servicios) generaron una presunción *hominis* capaz de generar la convicción del juez. No hizo falta invertir intempestivamente el *onus probandi*.

ninguna teoría nueva, sino todo lo contrario⁴⁸. Como vemos, tanto las presunciones legales *iuris tantum* como las *hominis*, varían la distribución de la carga probatoria.

Si la teoría de las cargas probatorias dinámicas supone la inversión del *onus probandi* sin que los presupuestos de las presunciones acontezcan en el litigio, no habría motivos para la indicada inversión, se perjudicaría la seguridad jurídica y se contrapondría a las mismas presunciones legales. Pero si, por el contrario, las cargas probatorias dinámicas se configuran cuando se dan los presupuestos de una presunción judicial (ej. determinada conducta reticente u obstructiva de una de las partes) no estamos hablando de nada nuevo, sino de más de lo mismo. No tendría sentido la creación de este instituto pues no nos estamos refiriendo más que a las pruebas indiciarias y las presunciones. Nada más lejano a la navaja de Occam, según la cual las entidades no se deben multiplicar innecesariamente.-

5. 1. La doctrina alemana: las oposiciones de Rosenberg y Kisch: Aunque para muchos la teoría de la carga probatoria dinámica es moderna; ya se había conjeturado sobre la misma –sin darle el mismo nombre - y se la había descartado, proponiéndose soluciones acordes al derecho.-

ROSENBERG describía que había tomado conocimiento de varios fallos que habían invertido la carga probatoria, el procesalista alemán no sólo estaba en desacuerdo con el medio utilizado, sino que propuso evaluar las conductas de los litigantes para que el desenlace del litigio sea justo: *“En los fallos judiciales se repite con frecuencia la frase de que la carga de la prueba se “invierte” o “cambia” cuando el adversario, o personas de cuyos actos éste tiene que responder, culpablemente o violando los principios de buena fe o por otro medio, condenable según el sentimiento general de derecho, hace imposible o impide o dificulta el suministro de la prueba a la parte que lleva la carga correspondiente, sea que ello haya ocurrido dentro o fuera del proceso. Por ejemplo, se llega a esta conclusión cuando el adversario no pone a disposición de la parte el objeto de la inspección ocular que se encuentra en su poder, en particular, lo sustrae a la inspección, o*

⁴⁸ Debe ampliarse el concepto de “valoración de la conducta de las partes” pero ateniéndose siempre a considerar que, si bien la inactividad puede tener una causa en la no conveniencia de acompañar determinada prueba, también es menester calcular que -muchas veces- dicha inactividad está amparada por la ley y no hay en ésta apercibimientos para aquél que confiado no aportó prueba alguna.-

cuando no presenta la muestra que se le entregó en depósito o la presenta en cantidad demasiado pequeña o en estado intencionalmente cambiado, etc. Pero tampoco en este caso se trata de una inversión de la carga de la prueba; al expresarse así, sólo se produce una confusión innecesaria. El concepto adecuado, a nuestro modo de ver, es éste: los tribunales pueden considerar probada la afirmación discutida, en virtud del principio fundado en la experiencia de que el adversario, si el hecho fuera falso, no habría impedido el suministro de la prueba sino que, al contrario, lo habría fomentado; mediante el impedimento de la recepción de la prueba ha dado a conocer que teme el resultado”⁴⁹.-

KISCH llegó a la misma conclusión hace más de siete décadas: “(...) *Idéntico punto de vista se aplica cuando el hecho tiene una estructura tal que, por el estado del caso, sólo con grandes dificultades podría ser probado por el obligado a ello, mientras que la refutación puede ser hecha sin gran trabajo por el adversario: entonces, si éste se limita a negar, el juez, en vez de ir a la comprueba, sacará la conclusión a favor del obligado a prueba. Tampoco aquí, en principio, se ha librado a este último de la carga de probar, sino simplemente facilitado, en el caso concreto, por la apreciación judicial de las circunstancias”* y también adelantándose a la valoración de las conductas de las partes como medio de prueba dice que: “*Por lo demás, el comportamiento de la parte contraria a la que tiene que probar, puede influir de diversas maneras sobre la apreciación judicial de la prueba. Supongamos que aquélla destruye o hace imposible el aprovechamiento de medios de prueba de que la última puede servirse; en un caso semejante, tal conducta puede por sí llevar al juez a la convicción de que la prueba habría dado un resultado favorable, e inducirle a estimar verdadero el hecho. (...) Esto puede producir la apariencia engañosa de una inversión de la carga probatoria, pero no hay tal*⁵⁰. Los autores citados ya habían conocido de la inversión de la carga probatoria por dificultad de una parte de aportar prueba o la reticencia del exento de

⁴⁹ ROSENBERG, Leo; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2ª edición en castellano, año 2002, pags. 223 y 224. -

⁵⁰ KISCH, Wilhelm, Elementos de Derecho Procesal Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, 1932, págs. 208 y 209. -

demostraciones. Dicha inversión había sido rechazada y se había estipulado, como posible solución a las desigualdades suscitadas, la valoración de las conductas de las partes⁵¹.-

6. SOBRE LA “MEJOR POSICIÓN DE PROBAR” COMO ELEMENTO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS

PROBATORIAS DINÁMICAS: Las cargas probatorias dinámicas basan su fundamento en la imposibilidad o gran complejidad de una parte de producir la prueba demostrativa de sus hechos alegados. El hecho de que una parte tenga graves inconvenientes para producir la prueba y la mejor condición del adversario no son, en realidad, circunstancias simultáneas. La aplicación del instituto de las cargas probatorias dinámicas requiere -de ser válido este instituto, validez que nosotros negamos- deben darse ambas circunstancias: la complejidad de probar de una de las partes y la facilidad de la otra. El que se encuentre en mejores condiciones de probar el hecho alegado por la contraparte, debe encontrarse en una posición de privilegio: cercanía con el material probatorio, circunstancias técnicas especiales, poseer el objeto de prueba, haber intervenido personalmente en los acontecimientos que dieron origen al litigio, etc.⁵² A veces no sabe el juez quien está en mejores condiciones de probar. Salvo que surjan circunstancias evidentes, no siempre se conocen las relaciones existentes entre las partes y la prueba. Puede que, donde se ven indicios de una posición ventajosa para probar, lo contemplado sean espejismos⁵³. No concebimos a la simple “mejor posición” de una de las partes como condición para la inversión de la carga probatoria, como decía MATTIROLO: “La regla según la cual cada una de las partes debe

⁵¹ Para intentar terminar la idea, aludiremos a Isidoro EISNER quien no sólo proponía igual resolución sino ponía el acento en aquello de lo cual ya hablamos: la exención probatoria a los favorecidos por las presunciones. Decía EISNER, comentando la nueva teoría que “se dispensa al que viene favorecido por una presunción legal ya sea *iuris et de iure* o *iuris tantum* en cuanto el legislador inspirado en lo que generalmente sucede impone como cierto el hecho presumido; lo mismo la facultad de los jueces para integrar con su conocimiento y experiencia de la vida y de las cosas la demostración de verdad en los casos de prueba diabólica, en ciertos casos de hechos negativos absolutos, de hechos notorios y de aquellos tenidos por normales. Y si el juez puede relevar así al litigante o conformarse con pruebas menores, ello no es necesariamente por la fuerza de la doctrina de la carga probatoria dinámica o de la solidaridad y colaboración, sino por cuanto estamos en verdaderos supuestos en que se excluyen las demostraciones por no ser tales hechos –al igual que los admitidos por ambas partes- objeto de prueba. De todos modos, en tales casos y en los supuestos en que los hechos hablan por sí mismos o son de evidencia preponderante, el juez puede formar su convicción con elementos presuntivos y las normas de la razón y la sana crítica. Incluso el comportamiento de las partes en el juicio puede ser tenido en cuenta para integrar la fuente de convicción.” (EISNER, Isidoro; Desplazamiento de la carga probatoria, LL-1994C-846).-

⁵² Dicha “mejor posición probatoria” ¿debe probarse? Poco se ha escrito sobre el tema dentro de la doctrina que avala a las cargas dinámicas. Destacamos la posición de BARBERIO, quien se inclina por la respuesta afirmativa: “Quien pretenda beneficiarse con el desplazamiento de la carga probatoria hacia su contraria enrostrándole una mejor posición tendrá, asimismo, que justificar que él no está en condiciones -ni aún suficientes- de poder producirla.” (BARBERIO, Sergio J.; Cargas probatorias dinámicas ¿qué debe probar el que no puede probar?, JA 2003-II fascículo núm. 11, pág. 2).-

⁵³ Debe estudiarse hasta donde, existiendo un principio constitucional por el cual nadie puede ser coaccionado a declarar contra sí mismo, es legal un instituto que obligue a las partes a aportar prueba decisiva para su suerte. Si nadie puede ser obligado a declararse culpable, con el mismo razonamiento nadie puede ser obligado a demostrar que es inocente, si no hay prueba que presuma su culpabilidad. Insistimos que este punto debe estudiarse más a fondo, pero dejamos abierto el interrogante y la discusión.-

*probar los hechos en que apoya su intención jurídica, no sufre excepciones en el caso de imposibilidad o de suma dificultad de probar*⁵⁴.-

Recordemos finalmente a ROSENBERG: “No es correcto, a mi parecer, el punto de vista muchas veces sostenido según el cual la carga de la prueba debe distribuirse conforme a la situación concreta del proceso, según el modo de ser presentadas las afirmaciones por las partes. Nuestro principio trasplanta, por decirlo así, la controversia sobre la distribución de la carga de la prueba, del modo de ver subjetivo que tiene en cuenta el proceso singular al dominio objetivo del derecho material, de la arena tumultuosa del litigio al éter puro del ordenamiento jurídico (...) El proceso concreto no ejerce influencia sobre la distribución de la carga de la afirmación y de la prueba”⁵⁵.-

⁵⁴ MATTIROLO, Luis; Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, La España moderna. pág. 322.-

⁵⁵ ROSENBERG, Leo; La carga de la prueba, Editorial B de F, 2º edición en castellano, año 2002. págs. 142 y 205.-