

JORDI NIEVA FENOLL
JORDI FERRER BELTRÁN
LEANDRO J. GIANNINI

CONTRA LA CARGA
DE LA PRUEBA

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
CASI UNA INTRODUCCIÓN , <i>por Michele Taruffo</i>	11
LA CARGA DE LA PRUEBA: UNA RELIQUIA HISTÓRICA QUE DEBIERA SER ABOLIDA , <i>por Jordi Nieva Fenoll</i>	23
1. INTRODUCCIÓN.	23
2. LA REMINISCENCIA DE LA FASE <i>IN IURE</i> DEL PROCESO FORMULARIO ROMANO.....	25
3. LA FASE PREVIA EN EL PROCESO MEDIEVAL DEL <i>IUS COMMUNE</i>	29
4. CARGA DE LA PRUEBA Y SISTEMA LEGAL DE VALORACIÓN.....	32
5. PRUEBA LIBRE Y CARGA DE LA PRUEBA.....	35
6. LA ILOGIDAD DE LA IDEA RECTORA DE LA CARGA DE LA PRUEBA	41
7. UN PROCESO SIN CARGA DE LA PRUEBA.....	43
8. LA INOPORTUNIDAD DE LAS INVERSIONES DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA O FACILIDAD PROBATORIA	45
9. BIBLIOGRAFÍA	49

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA. ENTRE LA CONFUSIÓN Y LO INNECESARIO, por Jordi Ferrer Beltrán	53
1. INTRODUCCIÓN	53
2. LA CONCEPCIÓN CLÁSICA: DOS FACETAS CONCEPTUALMENTE VINCULADAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	56
3. LA DOCTRINA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.....	63
4. ALGUNAS CONFUSIONES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA Y, EN ESPECIAL, SOBRE LA CARGA DINÁMICA.....	69
A) La necesidad de revisar la doctrina clásica de la carga de la prueba	69
B) Algunas confusiones específicas de la doctrina de la carga dinámica de la prueba.....	75
5. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA NO ES EL MECANISMO MÁS ADECUADO PARA ESTABLECER LOS INCENTIVOS QUE SE BUSCAN.....	79
6. BIBLIOGRAFÍA.....	84
REVISITANDO LA DOCTRINA DE LA «CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA». APORTES PARA ESCLARECER SUS PRINCIPALES PROBLEMAS CONCEPTUALES, por Leandro J. Giannini	89
1. PRESENTACIÓN.....	89
2. LA SUBSISTENCIA DE UN PROBLEMA CONCEPTUAL DE BASE: LA UTILIZACIÓN INDISTINTA DEL «PRINCIPIO DE COLABORACIÓN» Y DE LA LLAMADA «CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA»	91
A) Introducción	91
B) Subsistencia del problema: la utilización indistinta del principio de colaboración y de la teoría de la carga dinámica de la prueba.....	92

	<u>Pág.</u>
C) La necesidad de distinguir la carga dinámica de la prueba de la distribución dinámica de la carga (o deber) de colaboración.....	99
D) Una propuesta terminológica.....	104
E) La recepción de esta posición en eventos académicos recientes.....	107
3. CONCLUSIONES.....	110
4. BIBLIOGRAFÍA.....	113

CASI UNA INTRODUCCIÓN*

Michele TARUFFO

1.

En las diversas ocasiones en que he trabajado sobre la carga de la prueba, he hecho varias consideraciones en torno a este fenómeno, que por muchas razones ha sido y sigue siendo considerado fundamental en el contexto del proceso civil¹. Remito al lector curioso a algunos de mis escritos sobre el tema², pues no es posible reproducir aquí su contenido. Sin embargo, creo que vale la pena hacer una breve referencia a algunas de es-

* Traducción de Cristian CONTRERAS ROJAS, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Talca (Chile).

¹ Cualquier indicación bibliográfica sería inevitablemente incompleta e inadecuada. No obstante, *vid.* los ensayos aquí publicados, y por todos, COMOGLIO, *Le prove civili*, 3.^a ed., Torino, 2010, pp. 249 y 293.

² Cfr. TARUFFO, «Onere della prova (dir.proc.civ.)», en *Diritto on line* (2017) (<http://www.treccani.it/enciclopedia>); *id.*, «L'onere come figura processuale», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 425 y ss. *Id.*, «La valutazione delle prove», en *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Milano, 2012, p. 244; *id.*, «Onere della prova», en *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, pp. 66 y ss.

tas consideraciones, que pueden aclarar algunos aspectos de mi pensamiento sobre la materia.

En primer lugar, es preciso mencionar uno de los temas más importantes, y a la vez más comunes, que es aquel que se vincula con las modificaciones que se realizan a la regla fundamental de la carga de la prueba, según la cual corresponde al actor demostrar el hecho que alega como fundamento de su demanda, mientras que el demandado debe probar el hecho que constituye el fundamento de su excepción. Cabe señalar que estas modificaciones pueden ser esencialmente de dos tipos: por un lado, están las acciones del legislador que, al introducir presunciones legales relativas, elimina la carga de la prueba que correspondería a una parte, atribuyendo a la otra la carga de probar lo contrario del hecho presunto. Se sabe que en todos los ordenamientos existen presunciones de este tipo y no vale la pena analizarlas aquí en detalle³. Se puede decir que, a veces las elecciones del legislador son discutibles, pero en todo caso las partes están en posición de conocer *ex ante* las reglas que configuran las presunciones legales y, por tanto, de modelar sus estrategias procesales y probatorias.

Por otro lado, en muchos ordenamientos existe una práctica por la cual el juez —no el legislador— modifica la distribución de las cargas probatorias entre las partes, sin respetar la regla fundamental a la que se ha hecho mención. Se trata del fenómeno que en los sistemas de lengua española se denomina de *carga dinámica de la prueba*⁴, mientras que en Italia se habla de «presunciones jurisprudenciales» para indicar que se trata de verdaderas pre-

³ Al respecto *vid.* TARUFFO, *La valutazione delle prove*, *op. cit.*, pp. 244 y 1103; COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 320 y 650.

⁴ Sobre este tema *vid.* el ensayo de Leandro GIANNINI, también para referencias bibliográficas. Acerca de la noción análoga de *carga probatória dinâmica* presente en el ordenamiento procesal brasileño, cfr. los ensayos de varios autores en *Direito Probatório*, M. F. JOBIM y W. S. FERREIRA (coords.), 3.^a ed., Salvador-Bahia, 2018, pp. 279, 293, 329, 353, 369, 407 y 421.

sunciones creadas por la jurisprudencia, o —más exactamente— por los jueces, al decidir los casos particulares⁵.

En este sentido, pueden formularse numerosas consideraciones críticas. Por ejemplo, es al menos dudoso que exista una regla general que asigne las cargas de prueba a las partes, como el art. 2697 del CC italiano, pues el juez es libre para no tenerla en cuenta —es decir, en esencia, para violarla— si por algún motivo considera apropiado configurar de otra forma las cargas probatorias asignadas a las partes. También se puede destacar que en esta decisión el juez se sirve de una discrecionalidad que se confunde fácilmente con la arbitrariedad, con todos los riesgos que ello comporta. De hecho, cabe señalar que en el momento en que manipula las cargas de prueba, el juez en realidad predetermina la decisión sobre el mérito del asunto y, por tanto, prefigura una decisión diferente de la que derivaría de la aplicación correcta del Derecho en el caso concreto. Además, se puede observar que al hacerlo, el juez viola la garantía fundamental de defensa si, como sucede a menudo, modifica la distribución de las cargas probatorias solo con la decisión final, o sea, con una decisión «sorpresa» que elimina cualquier posibilidad de una estrategia probatoria oportuna para al menos una de las partes del juicio.

A pesar de estos y otros problemas, se ha extendido en varios ordenamientos el fenómeno constituido por la tendencia de los jueces a no aplicar la regla fundamental sobre las cargas de prueba, así como a distribuir las diversamente entre las partes. Una justificación que se usa a menudo consiste en la oportunidad —que el juez evaluaría caso por caso— de establecer que la producción de la prueba no le corresponda a la parte que en principio tendría la carga, sino a aquella —que puede ser diversa— que tiene mayor disponibilidad del medio de

⁵ Respecto a este tema *vid.* en particular, VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, pp. 135 y ss.; TARUFFO, *La valutazione, op. cit.*, p. 254; COMOGLIO, *op. cit.*, pp. 322, 365 y 655, también para otras referencias.

prueba. Este es el caso, por ejemplo, de la «proximidad de la prueba»⁶ o de la *disponibilidad y facilidad probatoria* de que trata el art. 217.6 de la LEC española, estableciendo expresamente, después de haber fijado en los párrafos anteriores las reglas generales relativas a la carga de la prueba, la posibilidad de que el juez las deje de aplicar cuando considere que una parte, distinta de la que originalmente debe soportar la carga, se encuentra en la situación antes mencionada.

Se puede también estar de acuerdo en la conveniencia de que el juez solicite a la parte que tiene la disponibilidad del medio de prueba que la practique en el juicio, aun cuando en principio ella no tendría la carga, pues de esta manera se aumenta la probabilidad de que la decisión sobre los hechos se base en todas las pruebas relevantes. Esta justificación parece razonable especialmente en los casos —como los de responsabilidad médica o protección de los derechos de los trabajadores— donde normalmente la parte que debe probar el hecho constitutivo de su derecho no está en posesión de los medios de prueba que serían necesarios, de modo que se encuentra en la imposibilidad o en extrema dificultad de proporcionar las pruebas cuya carga le corresponde.

Sin embargo, aun cuando esta consideración es razonable, no sirve para justificar los fenómenos de los que estamos hablando. Es cierto que la adquisición de todas las pruebas relevantes para la decisión es, como se dirá más adelante, una finalidad que se persigue en el proceso. Sin embargo, lo que parece cuestionable es que dicha finalidad se persiga mediante la inversión de las cargas de prueba. En efecto, esto implica que si la parte que está «próxima» a la prueba —pero que no le corresponde la carga— no satisface la carga que le viene impuesta por el juez —p. ej., porque no posee la prueba en cuestión— será derrotada en el juicio independiente-

⁶ Cfr. en particular, BESSO, «La vicinanza della prova», en *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1383.

mente de cualquier otra consideración, y al mismo tiempo se determina la victoria de la contraparte —que habría tenido la carga de probar el hecho pero no lo ha probado—. En esencia, por tanto, la inversión de la carga de la prueba, que debería afectar a la parte «próxima» a la prueba independientemente de su posición en el proceso, no parece ser el medio más adecuado tanto para garantizar que todas las pruebas relevantes sean incorporadas al juicio como para que la decisión se fundamente sobre la correcta determinación, positiva o negativa, de los hechos relevantes del caso.

2.

De la abundante literatura que ha tratado el tema de la carga de la prueba, así como de su larga historia⁷, surgen algunos aspectos que merecen una observación crítica. Uno de ellos se refiere a si la carga de la prueba tiene una dimensión exclusivamente individual y privatista, o bien si posee —prevalente o exclusivamente— una dimensión y una finalidad de carácter publicista. La primera tesis, sostenida en particular por Carnelutti, en línea con su concepción individualista y privatista de la dinámica del proceso⁸, parece encontrar correspondencia con el hecho de que la carga es una figura ampliamente presente en el contexto del proceso, siendo un tipo de situación en la que las partes se encuentran muy a menudo⁹. La tesis carneluttiana ha sido correctamente criticada, por ejemplo, por Gavazzi¹⁰, por lo que vale la pena mencionarla solo para tener una visión exhaus-

⁷ En este sentido resulta de gran interés el ensayo de Jordi NIEVA FENOLL, al que me remito. Cfr. en cualquier caso con MICHELI, *L'onere della prova* (1942), rist. Padova, 1966, p. 14.

⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3.^a ed., Roma, 1951, p. 138.

⁹ Cfr. TARUFFO, «L'onere come figura processuale», *op. cit.*

¹⁰ Cfr. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, rist. Torino, 1985, p. 44.

tiva del tema. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta tesis puede encontrar cierto apoyo en el hecho de que la regla sobre la carga de la prueba, al igual que las otras reglas procesales que establecen cargas, tiene como objetivo regular el comportamiento de las partes individuales en el contexto dinámico del proceso.

Es todo caso, sigue siendo preferible la idea de que la carga de la prueba también, y especialmente, está dirigida a la realización de los intereses públicos¹¹. De hecho, debe considerarse que toda la disciplina del proceso no tiene por finalidad proteger esencialmente los intereses individuales y privados de las partes, sino que está orientada —al menos en las intenciones y en los propósitos efectivos— a garantizar una correcta administración de la justicia civil. Entre estos objetivos prevalece —como se dirá más adelante— aquel que consiste en garantizar que la decisión final se sustente en una aplicación correcta del Derecho sustantivo a los hechos del caso específico, lo que implica que estos hechos deben, por cierto, determinarse sobre la base de las pruebas disponibles. Por tanto, se puede decir que la carga de la prueba, más allá de las formas individualistas en las que usualmente se regula y describe, desempeña una función epistémica fundamental, dirigida a garantizar que la decisión final se base en una determinación verdadera de los hechos principales de la causa¹². Sin embargo, la función publicista fundamental de la carga de la prueba consiste especialmente en establecer un criterio según el cual el juez deberá alcanzar la decisión final incluso en ausencia de prueba de tales hechos¹³.

Desde este punto de vista surge una distinción adicional, que durante mucho tiempo ha sido un lugar común en la doctrina sobre la carga de la prueba, según la cual

¹¹ Cfr. GAVAZZI, *op. cit.*, p. 53.

¹² Cfr. TARUFFO, «La valutazione delle prove», *op. cit.*, p. 246; *id.*, «L'onere come figura processuale», *op. cit.*, p. 429.

¹³ Al respecto cfr., por ejemplo, VERDE, *op. cit.*, p. 57.

se debería hablar de una carga *subjetiva* y de una carga *objetiva*. La dimensión subjetiva de la carga de la prueba surgiría en cuanto la regla se referiría a la procedencia necesaria de la prueba en el curso del proceso, ya que indicaría qué pruebas, y sobre qué hechos, deben ser practicadas por el actor, y a la vez, qué pruebas y sobre qué hechos, deberían ser presentadas por el demandado. Las normas sobre la carga de la prueba, como por ejemplo el art. 2697 del CC italiano, parecen expresarse en este sentido, es decir, parecen referirse a las iniciativas probatorias de las partes, distribuyéndola estrictamente entre ellas. Sin embargo, esta opinión, aunque esté muy extendida en la doctrina, parece ser infundada, al menos cuando se hace referencia —tal como ocurre en la legislación italiana y en muchos otros ordenamientos— al principio *de adquisición de la prueba*¹⁴. Este principio establece que si existe prueba relevante para el establecimiento de un hecho, esta puede —y debe— ser tomada en cuenta por el juez, independientemente de su origen, es decir, ya sea que haya sido presentada por la parte que tenía la carga, o bien que haya provenido de la otra parte o un tercero, y también —finalmente— cuando su presentación haya sido dispuesta de oficio por el juez.

Esto equivale a decir que la regla sobre la carga de la prueba no encuentra una aplicación efectiva *en el curso* del proceso y no afecta realmente a las iniciativas probatorias de las partes. De ello se deriva la consecuencia de que únicamente se puede hablar de carga de la prueba en sentido objetivo, ya que la carga solo encuentra aplicación en la decisión final, y constituye la *regla de juicio* que el juez debe aplicar en esa decisión. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que se utiliza en el evento que un hecho relevante *no resulta probado*, y establece como consecuencia la derrota de la parte que había invocado ese hecho como fundamento de su demanda o de su ex-

¹⁴ En este sentido *vid.* MICHELI, *op. cit.*, p. 147, y además, VERDE, *op. cit.*, pp. 423 y 485; TARUFFO, «La valutazione delle prove», *op. cit.*, p. 248; COMOGLIO, *op. cit.*, p. 296.

cepción¹⁵. Entonces se puede observar que la regla sobre la carga de la prueba opera en realidad como una *norma de reenvío*: en efecto, esta no señala qué hechos deben ser probados por el actor y cuáles por el demandado, ya que esta determinación solo puede hacerse con referencia a la norma *sustantiva* cuya aplicación se propone en el caso concreto. De hecho, a partir de la norma sustantiva se determina cuáles son los hechos constitutivos del derecho invocado por el actor y cuáles los que sustentan las excepciones propuestas por el demandado¹⁶, de modo que como consecuencia de esta determinación —en caso de que estos hechos no resulten probados— se produce la derrota de una u otra parte.

3.

Tanto la concepción de la regla sobre la carga de la prueba como regla de juicio, como asimismo la tesis que sostiene que la carga de la prueba es esencialmente objetiva, constituyen desde hace mucho tiempo dos lugares comunes en la doctrina mayoritaria que aborda estos temas. No es casualidad que en el pasado yo haya compartido estas ideas; sin embargo, la lectura de los ensayos que aquí se publican me ha llevado a formular algunas consideraciones adicionales a las que no había llegado anteriormente¹⁷. El hecho de que se trate de lugares comunes consolidados no implica, *per se*, que a partir de ellos se alcancen soluciones válidas e indiscutibles a los problemas en cuestión.

Por un lado, de hecho, hay razones para dudar que la regla de juicio basada en la distribución de las cargas

¹⁵ Cfr. MICHELI, *op. cit.*, pp. 138, 177 y 251; VERDE, *op. cit.*, p. 240; TARUFFO, «L'onere come figura processuale», *op. cit.*, p. 429.

¹⁶ Cfr. TARUFFO, «La valutazione delle prove», *op. cit.*, p. 248; CO-MOGLIO, *op. cit.*, pp. 273 y 282.

¹⁷ Como dice Umberto ECO, solo los estúpidos nunca cambian de opinión, y espero no pertenecer a esta categoría tan numerosa.

probatorias realmente tenga una relevancia autónoma¹⁸. Basta con señalar que —paradójicamente— esta regla no se aplica precisamente cuando sucede lo que ella misma prevé, es decir, que el demandante probó el hecho constitutivo y el demandado probó los hechos que sustentan las excepciones. Por otro lado, aunque se debe reconocer —como se señaló anteriormente— que la carga de la prueba no tiene una dimensión subjetiva, la idea misma de una «carga objetiva» parece esencialmente un oxímoron. En efecto, no se puede negar que la misma idea fundamental de una carga en el contexto del proceso está conectada —más o menos claramente— a una concepción del proceso como una disputa entre partes individuales, de modo que la carga serviría como un criterio para resolver la controversia «entre las partes». Esta concepción del proceso y de la decisión que le pone término no parece válida, ya que se puede sostener que la función fundamental del proceso y de la decisión que lo concluye consiste sobre todo en la correcta aplicación del derecho a los hechos del caso específico¹⁹. Si, como creo necesario, se acoge esta concepción, se aprecia fácilmente que con ella la carga de la prueba, incluso si se entiende en un sentido objetivo, no tiene ninguna conexión necesaria. Como un pequeño experimento mental, imagínese un ordenamiento en el que no existe una regla sobre carga de la prueba. En este sistema, simplemente sucedería que si hay prueba del hecho constitutivo del derecho afirmado por el actor, se acoge su demanda, mientras que si este hecho no resulta probado, la solicitud debe ser rechazada porque no resulta existente el derecho sustancial que constituía su objeto. Análogamente, se acogerá la excepción del demandado si se prueba el hecho extintivo, modificativo o impositivo del derecho sustancial recla-

¹⁸ Al respecto *vid.* en particular, VERDE, *op. cit.*, pp. 112 y 125.

¹⁹ Sobre este aspecto *vid.* en extenso, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009; *id.*, «Evidence and Truth in Procedural Law», en *La prueba en el proceso. Evidence in the process*, Barcelona, 2018, p. 31.

mado por el demandante, naturalmente si se demuestra la existencia de este derecho, mientras que se rechaza si no hay pruebas de estos hechos, ya que la excepción es infundada y en su lugar existe el derecho alegado por el actor. En esencia, la decisión que se tomaría correctamente sin tener en cuenta las cargas probatorias, y refiriéndose solo a la prueba o a la falta de ella sobre los hechos que son relevantes en virtud del derecho sustantivo aplicable, termina coincidiendo exactamente con la que se deriva de la utilización de una regla que previese tales cargas. Sobre esta regla surge la tentación de aplicar la *novacula occami*, o sea, la navaja de Ockham, según la cual *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

A este respecto, tampoco se puede sostener que la aplicación de esta regla es apropiada, si no es realmente necesaria, para facilitar la presentación de todas las pruebas relevantes. En este sentido, ciertamente podemos estar de acuerdo acerca de la necesidad de «maximizar el peso probatorio»²⁰ como un instrumento para obtener la mejor justificación epistémica de la decisión sobre los hechos, pero el punto que aquí se quiere destacar es que una regla sobre la carga de la prueba no sirve en absoluto para alcanzar este propósito. Por un lado, en efecto, está claro que cada una de las partes tiene un interés evidente en servirse de todas las pruebas relativas a los hechos en los que sustentan sus demandas y excepciones, y este interés parece más que suficiente para motivar sus estrategias probatorias, sin ninguna necesidad de razonar en términos de cargas. Retomando brevemente el ejemplo del actor, es claro que tiene interés en probar la existencia del hecho constitutivo del derecho en el que fundamenta su demanda, toda vez que en ausencia de esta prueba el juez solo podría establecer que ese derecho no existe.

²⁰ Cfr. en particular, NANCE, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, Cambridge, 2016, p. 186.