

LA CARGA DE LA PRUEBA ¹

РЯДІВ ПРАВО УМІСТОЖ

CAPÍTULO I

En un orden jurídico primitivo, cada individuo debe defender por sí sus derechos. El cuidado de comprobar el hecho ilícito y aplicar la sanción está a cargo de aquéllos cuyos intereses protegidos por el Derecho son lesionados.

Al mostrarse técnicamente insuficiente ese sistema, la comunidad va evolucionando hacia la centralización y se confiere a una persona de reconocida autoridad la potestad de dirimir los conflictos que se susciten entre los miembros del grupo. Surgen así órganos específicos encargados de administrar justicia: los tribunales.

Cuando se afirma el Estado, monopoliza el poder jurisdiccional y obliga a todos sus súbditos a acudir a él para la solución pacífica de las controversias que entre ellos tuvieren. De esta manera se excluye del seno de la comunidad el ejercicio violento de las propias razones. Todo el que crea que alguno de sus derechos subjetivos ha sido violado, y pretenda hacerlo valer, tiene obligación de someter su queja a los tribunales; en contrapartida, tiene derecho a ser oído por ellos, tenga o no razón.

No puede prohibírsele actuar por sí sino en la medida en que se garantice la protección de sus derechos por el Estado. Y esta garantía se manifiesta en este caso, por el derecho a la acción, concebida como un derecho abstracto, independiente del derecho subjetivo sustancial cuya protección se solicita; es el derecho a la prestación de justicia, a la tutela jurídica del Estado, verdadera condición de existencia de un ordenamiento ju-

¹ Este trabajo fue presentado al Dr. Julio H. Esclapez en la segunda quincena del mes de Julio de 1967. Al sancionarse el 20 de setiembre de 1967 la Ley 17.454, han quedado desactualizadas las citas que hacemos del C. F. C. y de la Ley 50, derogadas por el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que las citas siguen siendo correctas en cuanto al C. F. C. A., hemos preferido conservar el texto original e incorporar en nota las nuevas disposiciones. La única modificación que hemos hecho ha sido agregar el breve Post Scriptum que puede verse infra (pág. 104).

ridico; y se le concede por el solo hecho de ser integrante de la comunidad y estar, por lo tanto, sometido a ese orden.

Ahora bien, el individuo tiene no sólo el derecho a ser oído por los jueces, sino también el derecho a que ellos decidan si su pretensión es justa o no. Tiene derecho a la sentencia; que en ella se acoja o se rechace su demanda, dependerá en principio de su derecho sustancial.

En correlación con ese derecho a la sentencia, se impone a los jueces la obligación de fallar los casos que se les sometan. El juez en ningún caso puede abstenerse de resolver la cuestión. No le está permitido pronunciar un non liquet (como podía hacer según el D. Romano y otros ordenamientos lejanos), porque ello importa siempre una denegación de justicia.

En nuestro derecho, esta obligación de fallar está impuesta a los jueces por el Art. 15 del C. C.: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes", debiendo entenderse que tampoco pueden hacerlo esgrimiendo otros pretextos. Este precepto, contenido en el C.C. (ley de la Nación) tiene, sustancialmente a nuestro entender, jerarquía constitucional, no debiendo confundirse con el derecho de "peticionar a las autoridades" (art. 14 C.N.), pues a este derecho no corresponde una obligación de las autoridades de resolver sobre la misma; podría quizás, encuadrarse dentro de la garantía de inviolabilidad de la "defensa en juicio de la persona y los derechos" (art. 18. C.N.).

Esta disposición está reforzada por el art. 273, 1ª parte, C.P., que establece: "Será reprimido con inhabilitación absoluta de uno a cuatro años, el juez que se negare a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley". Como vemos es una referencia al art. 15 C.C., y le cabe la misma salvedad que a aquél.

También podemos citar en este sentido, los artículos 58 y 61 C.P.C. (y sus correlativos arts. 20 y 22 C.P.B.A.). Art. 58 — "No es permitido a los jueces negarse a administrar justicia ni retardarla, ni separarse del orden que la ley establece, siendo responsables hacia los individuos de toda transgresión a su respecto" y Art. 61 — "El juez que se niegue a fallar, so pretexto de silencio, oscuridad o deficiencia de la ley, incurre en la responsabilidad del art. 58" (como vemos, una nueva referencia al art. 15 C.C.).²

Y podríamos agregar el art. 216 C.P.C. (250 C.P.B.A. y 13 de

² El nuevo C.P.C. no contiene disposiciones similares, aunque obliga a los jueces a fallar dentro de ciertos plazos (art. 24, Inc. 3ª), establece la pérdida de jurisdicción para los casos en que no se cumplan esos plazos o sus prórrogas (art. 167) y determina que, de ocurrir tres veces dentro de un año calendario la pérdida de jurisdicción, "importará mal desempeño del cargo en los términos de la ley de enjuiciamiento para magistrados" (art. 168).

la Ley 50, éste con su pequeño agregado): "La sentencia definitiva debe contener decisión expresa, positiva y precisa (.....) declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda en todo o en parte".³

CAPÍTULO II

Tenemos pues un juez obligado a fallar. A ese juez se le pide por el actor que condene al demandado a dar, hacer y/o no hacer algo; y por el demandado que se le absolva (salvo medie reconvencción, en cuyo caso ambas partes son recíprocamente actor y demandado). En todo caso, se le pide que aplique las normas generales y abstractas al caso concreto que se ha llevado ante él. Para ello, debe el juez constatar (además de la existencia, validez y vigencia de la norma) la efectiva ocurrencia del supuesto fáctico al cual la norma atribuye ciertos efectos jurídicos.

Kelsen afirma que la sentencia "tiene también carácter constitutivo en cuanto comprueba los hechos condicionantes de la sanción. En el mundo del derecho no hay hechos "en sí mismos", o "absolutos"; sólo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescripto por la ley". "Una opinión típica de los legos es que hay hechos absolutos, inmediatamente evidentes. Sólo al quedar establecidos a través de un procedimiento legal, aparecen los hechos en la esfera del derecho o, por decirlo así, adquieren existencia dentro de la misma".⁴

El juez conocerá acerca de los hechos a través del proceso, y sólo a través de él. Normalmente no bastará que uno de los litigantes afirme que un hecho ocurrió, o que ocurrió de cierta manera; además, deberá probarlo. Los hechos que no hayan sido probados serán tenidos por no existentes al dictarse sentencia, principio enunciado muy gráficamente por la máxima latina "quod non est in actis non est in mundo".

Siendo necesario a los efectos de este trabajo dar una noción sencilla de "prueba", podemos decir con Laurent que es "la de-

³ Nuevo C.P.C., art. 163, inc. 6º, 1ª parte: "163. Sentencia Definitiva de Primera Instancia. La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: ... inc. 6º: La decisión expresa, positiva y precisa, ... declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvencción, en su caso, en todo o en parte."

⁴ KELSEN, HANS, "Teoría General del Derecho y del Estado" (trad. GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO), Imprenta Universitaria, México, D. F., 1958, pág. 160, 161. KELSEN, HANS, "Teoría Pura del Derecho" (trad. NILVE, MOISÉS), EUDEBA Editorial Universitaria de Buenos Aires, Bs. As., 1963.

mostración legal de la verdad de un hecho",⁸ definición que retoma y complementa Salvat afirmando que es "la demostración, por algunos de los medios que la ley establece, de la verdad de un hecho del cual depende la existencia de un derecho;"⁹ aunque debemos observar que en ciertos casos, también el Derecho debe probarse.

Pero: ¿Cuáles son las cosas cuya verdad hay que demostrar? Para responder a esta pregunta, vamos a delimitar, brevemente y a grandes trazos, el objeto de la prueba.

En principio, el Derecho Nacional no debe probarse, hasta con invocarlo:¹⁰ "jura curia novit" (el juez conoce el Derecho). Tampoco necesitan probarse "las leyes extranjeras que se hicieron obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial" (art. 13, C.C., in fine).

En cambio, para el Derecho extranjero en general establece el art. 13, C.C., en su primera parte, la regla cuya excepción acabamos de citar: "La aplicación de las leyes extranjeras en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes".¹¹

En cuanto al valor normativo de la costumbre, suele distinguirse entre D. Civil y D. Comercial, rechazándose para el primero y aceptándose en el segundo.¹² Nos parece más correcta la posición que no hace distinciones y dentro de ésta, la de quienes le niegan ese valor.¹³ Sólo cuando la ley se remita a ellas, forman el contenido de la norma, no por sí mismas, sino en virtud de la ley que así lo dispone. En este caso "la prueba del mismo queda sometida a las mismas reglas que imperan en materia de determinación de derecho aplicable".¹⁴

Ahora bien, a pesar de su calidad normativa, la costumbre sigue siendo de naturaleza fáctica. No es tan sencillo para el juez conocer la existencia de una costumbre como la de una ley.

⁸ cit. por ALSINA, III-223.

⁹ SALVAT, RAYMUNDO M., "Tratado de Derecho Civil" (Parte General), Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Bs. As., 1931, pág. 733.

¹⁰ CNFed. J. A., 12-482. FERNANDEZ, 183. JOPPE, III-115.

¹¹ "Como un hecho", JOPPE, III-115. FERNANDEZ, 123.

¹² ALSINA, III-240. FERNANDEZ, 134. ZAVALA RODRIGUEZ, CARLOS JUAN, "Código de Comercio y Leyes complementarias", comentarios y concordados por..., Roque Depalma Editor, Bs. As., 1928, t. I, pág. 12.

¹³ KEISEN, T. Gral. 148. SALVAT, nº 25. FONTANARROSA, RODOLFO O., "Derecho Comercial Argentino" (Parte General), Victor P. de Zavalla, Editor, Bs. As., 1923, pág. 51.

¹⁴ FONTANARROSA, 51.

Por ello, es que a veces convendrá a las partes, asegurarse de que el juez la constatará, aportando la prueba adecuada.¹²

En cuanto a los hechos, no son objeto de prueba los hechos no alegados por las partes, los no controvertidos, los notorios, los presumidos por la ley y los normales.

Dado que, de acuerdo con el principio de congruencia, el juez sólo puede fallar sobre los hechos alegados y aprobados ("secundum allegata et probata"), art. 217 C.P.C. y 260 C.P.B.A., la prueba de los hechos no afirmados por las partes y por ende, no sometidos al juez, sería impertinente.¹³ Así lo dice el art. 108 C.P.C. (y su correlativo 120 C.P.B.A.): "108 — No podrán producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos".¹⁴

Tampoco es necesario probar los hechos admitidos o pacíficos, o sea aquéllos acerca de los cuales las partes estuviesen de acuerdo,¹⁵ o como los define Carnelutti "aquéllos sobre los que las partes han hecho alegaciones concordantes".¹⁶ Dice el art. 104 C.P.C. (114 C.P.B.A. y 81 Ley 50): "Siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba".¹⁷

Esta regla, que es consecuencia inmediata del principio dispositivo, tiene su limitación principal en el proceso penal: de acuerdo con el art. 316 C.P.P.C., esp. inc. 7º (235 inc. 7º - C.P.P.B.A.), la confesión del procesado no releva al acusador de demostrar la existencia del delito; y también en ciertos casos en que el orden público está especialmente afectado, p. ej. el art. 70 de la Ley 2393 de Matrimonio Civil.

El principio se refiere a la confesión expresa. Existe admisión tácita en los casos de rebeldía, silencio y respuestas evasivas o a la expectativa, de conformidad con lo que dispone el art. 100, inc. 1º C.P.C. (110 inc. 1º C.P.B.A. y 86 Ley 50): "El demandado

¹² ZAVALA RODRIGUEZ, I-14. CNCCom. J. A. 55-596; L.L. 3-588. Según la CNCCom., J.A. 1255-111-55, debe probarse: según FERNANDEZ 134, debe probarse cuando no es pública y notoria.

¹³ El nuevo C. P. C. exige expresamente, y bajo pena de nulidad, que se respete el "principio de congruencia" (art. 34, inc. 4º).

¹⁴ Nuevo C. P. C., art. 364, 1º parte: "364. Pertinencia y Admisibilidad de la Prueba. No podrán producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos".

¹⁵ ALSINA, 111-247. PALACIO, 11-93, KISNER, 28. FERNANDEZ, 133. JOFRE, 11-124.

¹⁶ CARNELUTTI, 204.

¹⁷ Nuevo C. P. C., art. 360: "360. Apertura a Prueba. Siempre que se hayan alegado hechos conducentes acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque éstas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba".

deberá además: inc. 1^o: confesar o negar categóricamente los hechos establecidos en la demanda, pudiendo su silencio o sus respuestas evasivas estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refieren".²⁸ La confesión ficta pues, es un importante elemento de convicción para el juez, pero no releva a la otra parte de probar sus dichos.²⁹

Tampoco son materia de prueba los hechos notorios.³⁰ Calamandrei los define como "aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos con relación a un círculo social o a un lugar o momento determinado, en el momento en que ocurre la decisión".³¹ pareciéndonos adecuado señalar que la noción de "hecho notorio" no es tan difícil de comprender como de definir.

Algunos³² distinguen entre hechos notorios y hechos evidentes; pero Calamandrei acertadamente ya había rechazado esa posición sosteniendo que es sólo un juego de palabras.³³ Quedarían abarcados en esta categoría los hechos de sencilla verificación por constar en fuentes que están al alcance de cualquiera, (por ej. la fecha de la Revolución Francesa, el estado de guerra existente entre dos países en cierta época), como aquellos que se conocen por la experiencia sin necesidad de previa investigación (p. ej. que los objetos son menos visibles de noche que de día, que un adulto tiene más fuerza que un recién nacido).

El concepto de notoriedad es eminentemente relativo en la definición de Calamandrei. "A título ilustrativo" Palacio cita alguna interesante jurisprudencia,³⁴ siendo también digno de mencionarse el pintoresco caso que nos cuenta De León.³⁵ En efecto, la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en el caso "A. C. c/ Empresa de los Ferrocarriles Internacionales de Centro

²⁸ Nuevo C. P. C., art. 356, inc. 1^o, 1^a parte: "356. Contenido y Requisitos. En la contestación... el demandado... deberá, además: inc. 1^o: Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyeren y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyos copios se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso".

²⁹ ALSINA, III-247. PALACIO, II-84. EISNER, 42.

³⁰ ALSINA, III-247. PALACIO, II-84. EISNER, 47. FERNANDEZ, 133.

³¹ *id.* por PALACIO, II-84.

³² EISNER, 42.

³³ *id.* por ALSINA, III-248.

³⁴ PALACIO, II-85. CNEsp., L.L., 83-86. CNCRv, Sala F, L.L., 98-708. CNFed, L.L., 89-348, C 1^o CC. La Plata, Sala 2^a, L.L., 105-275.

³⁵ DE LEÓN, 4.

América", el 15/10/1947 habla "del hecho notorio —y por eso mismo relevado de prueba— que consiste en que el Presidente de la República, General Jorge Ubico, hacía imperar su voluntad en el país, al punto que cualquier irrespeto a sus deseos lo hacía reaccionar en forma violenta. A la luz de este hecho notorio, la Corte analiza las circunstancias del caso concreto y dice: "En conclusión, juzga el Tribunal que ha quedado plenamente establecido que sobre el actor se ejerció fuerza grave y que la transacción cuya nulidad demanda, la otorgó bajo el miedo también grave que aquélla le produjo, sin lo cual es obvio que no hubiera llevado a cabo tal acto".²⁸

También quedan excluidos de la necesidad de ser probados los hechos presumidos por la ley, aquéllos que la ley presupone verdaderos sin requerir la comprobación concreta de su efectiva concurrencia, cuando se demuestra (eso sí) la ocurrencia de ciertos hechos antecedentes. Esta aparente arbitrariedad de la ley tiene en vista un fin práctico de economía procesal, dispensando de la prueba de algunos hechos (específicamente establecidos) que crearía problemas por la dificultad para verificarlos o que causarían un esfuerzo innecesario, por ser lo que casi siempre sucede.

Las presunciones legales se dividen en presunciones *juris et de jure* y *juris tantum*. Las primeras son las que no admiten prueba en contrario (p. ej. la presunción de que el hijo ha sido concebido durante el matrimonio en los casos de los arts. 240, 241, 242, y 24 CC, (según lo dispone el art. 2434 CC).

Las presunciones *juris tantum* son aquellos casos en que la simple afirmación del hecho, (acompañada de la prueba del hecho antecedente que la ley exige) hace fe mientras no se demuestre lo contrario. Como ejemplo puede citarse la del art. 878 CC, que establece que la tenencia del documento donde conste una deuda por el deudor hace presumir la entrega voluntaria por el acreedor.

Por último, quiséramos agregar que no nos parece correcto tratar este tema junto con el de la prueba indiciaria, como lo hacen distinguidos autores²⁹. Una cosa es estudiar el medio de prueba "indicios", y otra muy distinta analizar en qué casos la ley exige a las partes de probar ciertos hechos.

No hace falta probar los hechos normales, los que general-

²⁸ "Gaceta de los Tribunales" (Guatemala), último trimestre de 1947, pág. 275 (cit. por DE LEÓN, 4).

²⁹ ALSINA, III-681. PALACIO, II-218. SALVAT, 774. APTALION, ENRIQUE R.; GARCIA OLANO, FERNANDO; VILANOVA, JOSE. "Introducción al Derecho". El Ateneo Librería Editorial. Bs. As., 1949, pág. 731.

mente ocurren de cierta manera²⁸. Basta invocarlos y hacen fe mientras no se pruebe lo contrario (ver 1 y 2). Este punto que no suele ser tratado por los autores, podría dar lugar a una interesante profundización, sobre todo considerando las similitudes que presenta con el funcionamiento de las presunciones *juris tantum* y los indicios, y un poco más vagamente, con los hechos llamados "evidentes"; por ahora nos limitaremos a señalarlo.

Sellan también excluirse de los hechos a probarse la afirmación de que algo no ha sucedido, los llamados "hechos negativos".

Sin embargo, modernamente ya nadie hace el distingo entre hechos positivos y negativos en cuanto a la necesidad de probarlos. No siendo muchas veces susceptibles de prueba directa, deberán probarse hechos positivos de los cuales se deduzca la verdad del hecho negativo afirmado²⁹.

Nos quedan pues para ser probados por las partes³⁰ los hechos "controvertidos" (articulados debidamente, afirmándolos una de las partes y que la otra niega o desconoce), siempre que sean "conducentes", es decir relevantes para la decisión de la litis³¹.

CAPÍTULO III

¿Sobre quién pesa el *onus probandi*? La respuesta tradicional nos diría que: "*onus probandi incumbit actori*", "*reus in excipiendo fit actor*", "*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*". Sin embargo, la moderna doctrina rechaza en general la supuesta aptitud de los aforismos para resolver los problemas concretos³², y los autores están contestes en afirmar la insuficiencia de los referentes al *onus probandi*³³.

Insistimos. ¿A cuál de las partes corresponde aportar la prueba de los hechos controvertidos y conducentes? La ley parece distribuir el deber de aportar esas pruebas entre actor y demandado. El CPC no contiene disposición alguna al respecto, pero sí el CPBA, cuyo art. 116 dice: "El que afirma está obligado a probar, así mismo que el actor que probar su acción y el demandado sus excepciones"³⁴.

²⁸ EISNER, 46.

²⁹ PALACIO, 11-83. ALSINA, III-201. CARLI, 428. JOFRE, III-125. SALVAT, 764. FERNANDEZ, 130.

³⁰ Dejamos de lado la cuestión de las medidas de mejor proveer por estar sólo tangencialmente relacionada con nuestro tema.

³¹ ALSINA, III-244. PALACIO, II-92.

³² De Ruggiero, 291, por FONTANARROSA, 83.

³³ ALSINA, III-238. PALACIO, 11-83. CARLI, 428.

³⁴ El nuevo C. P. C. contiene una disposición titulada precisamente "Carga de la Prueba" (art. 377), que puede verse infra (pág. 1).

Este artículo tiene su importancia porque su violación abre la vía extraordinaria provincial; pero conceptualmente ha sido superado por los avances de la moderna doctrina. En primer lugar, porque no es más que una repetición de los ya citados aforismos, y por ende tan criticable como ellos; y en segundo lugar, porque dice que "el que afirme está obligado a probar".

¿Está realmente "obligado" a probar? Para poder responder a esta pregunta debemos previamente contestar otras, que nos permitan determinar si el onus probandi reúne las características de las obligaciones. Así p. ej. ¿Tiene la otra parte el correlativo derecho subjetivo a obtener esa conducta? ¿Puede, vencido el término, interpedarlo exigiéndole el cumplimiento (art. 505, inc. 1º, CC)? ¿U obtener el cumplimiento por un tercero a costa del deudor (art. 505, inc. 2º, CC)? ¿O en el caso de no poder lograrse la ejecución directa de la obligación (exactamente lo debido), puede reclamar una indemnización específicamente por el mero hecho de no haber aportado la prueba su oponente?

Todos sabemos que no, que no es el caso; y por lo tanto, que el onus probandi no es una obligación.

¿Qué le sucede a quién no aporta la prueba que le corresponde? Pues que el juez considerará inexistente ese hecho, no lo creará²⁴ y por ende la parte se verá perjudicada por una sentencia contraria a su pretensión. Para beneficiarse a sí misma, "deberá" aportar la prueba de ciertos hechos; por eso decimos que la actividad probatoria de las partes es un imperativo del propio interés, una carga procesal²⁵. Así lo dice Carnelutti²⁶: "También ello constituye un «deber» para la parte; pero no es aquel deber que consiste en una obligación y que se llama, por ello, de otro modo; la diferencia entre los dos tipos se dibuja también en la teoría general que sólo últimamente ha logrado, con un trabajo delicado de análisis, separar las dos figuras: la obligación es la subordinación de un interés del obligado al interés de otro, impuesta mediante la sanción; la carga es la subordinación de uno o más intereses del titular a otro interés del mismo que se le impone porque se hace de aquélla una condición para la obtención de éste".

Es claro, que "corresponde" (en el sentido que acabamos de indicar) probar los hechos, a la parte a quien esos hechos favorecen o esa aquélla que lo invoca como supuesto de la aplicación de una norma jurídica. Todos los autores llegan a esta conclusión. Así lo expresa Carnelutti: "El reparto de la carga de la prueba se regula a tenor del principio de que la prueba del hecho

²⁴ CARNELUTTI, 204. PALACIO, II-66. EISENER, 56.

²⁵ PALACIO, II-61.

²⁶ CARNELUTTI, 185.

debe darla aquella parte que tiene interés en afirmar su existencia en cuanto le es favorable su efecto jurídico⁴⁰; Alsina: "Es a cargo de quien lo alegue la prueba del hecho en que se funde el derecho cuyo reconocimiento se pretende. . ."⁴¹; Palacio " . . . cada parte soporta la carga de la prueba respecto de los hechos a los que atribuye la producción del efecto jurídico que pretende"⁴² (ver: =7 y 3°).

El tema suele desarrollarse siguiendo los lineamientos trazados por Chiovenda: Para cargar su prueba sobre actor o demandado se dividen los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos, agregándose por algunos los hechos modificatorios y convalidatorios.

Todas estas nociones son relativas a la posición en el proceso y además los autores prefieren ejemplificar sin definirlos, olvidando que el ejemplo sirve para aclarar el concepto pero no para reemplazarlo.

Hecho constitutivo es, para Liehman⁴³, "el hecho específico del que surge en forma inmediata, el efecto jurídico pretendido". Su prueba correspondería al actor. Hecho impeditivo sería el que comporte la ausencia de cualquiera de los requisitos generales o comunes (capacidad, ausencia de vicios del consentimiento; hechos que por su normalidad no necesitan ser probados). Hecho extintivo sería el que quita al hecho constitutivo la virtualidad de seguir produciendo efectos jurídicos (p. ej. el pago "extingue" la obligación). La prueba de los hechos impeditivos y extintivos incumbe al demandado. Hecho convalidatorio sería el hecho que confiere nuevamente valor al hecho constitutivo, objetado por medio de un hecho impeditivo o extintivo. Su prueba corresponde al actor. Hecho Modificatorio es aquél que cambia los efectos del hecho constitutivo. Esta categoría no nos parece autónoma: porque si modifica en más, será constitutivo, y si modifica en menos, será extintivo en la parte disminuida.

Se dice que a veces el actor debe probar, los hechos impeditivos o extintivos⁴⁴, p. ej. al demandar por nulidad o prescripción. No nos parece acertado, pues en este caso, esos hechos extintivos de la obligación, es decir, de la relación sustancial, son constitutivos de la pretensión. Esta clasificación es confusa y estéril; y nos parecen doctrinariamente erróneos los fallos que hacen mérito de ella. (ver 3b. 6 y 8). Estamos de acuerdo con Lascano⁴⁵ en el sentido de que "huelgan las fórmulas en mate-

⁴⁰ CARNELUTTI, 204.

⁴¹ ALSINA, III-256.

⁴² PALACIO, II-83.

⁴³ *id.* per PALACIO, II-82.

⁴⁴ ALSINA, III-257. PALACIO, II-83.

⁴⁵ *id.* per ALSINA, III-255.

ría de distribución de lo que se ha dado en llamar carga de la prueba", por lo que no incluye ninguna en su Proyecto.

Máxime considerando que si el actor ejerce una pretensión, el demandado ejerce la contraria, o sea la pretensión de que el juez lo absuelva. Así vistas las cosas, los hechos en los que cada uno funde su pretensión, son "constitutivos" respecto de ella; y se invalida la complicada distinción. (ver 4b).

Y decimos que es estéril, además de confusa y lógicamente incorrecta, porque no nos resuelve ningún caso que no pueda resolverse por el principio general antes enunciado.

La sentencia se nos presenta como la conclusión de un silogismo en el cual la premisa mayor es la norma jurídica y la premisa menor los hechos; decir dicho: los hechos probados, con las excepciones que hemos señalado al delimitar el objeto de la prueba.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de adquisición procesal, las pruebas una vez aportadas al proceso (no antes) "son del juez" y las partes ya no pueden disponer de ellas. Es decir, que cualquiera sea la que las haya llevado ante el juez, éste tendrá por acreditado el hecho: no importa quién pruebe, importa qué se pruebe.

Por ello es que el problema de determinar a quién incumbe la carga de la prueba, sólo se le presentará al juez si en el momento de dictar sentencia considera que la prueba aportada es insuficiente para la verificación de algún hecho; y sólo en ese caso tiene relevancia la cuestión. (ver —5b).

Establecido por el juez a quién correspondía la carga de la prueba, es esa parte la que se verá perjudicada por la ausencia de prueba. Así lo ha entendido la CNCCom.⁴⁴ al decir que "la carga de prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originar en no probar lo que sea menester".

Pero es importante conocer de antemano los principios generales de la carga de la prueba, porque así sabrá cada parte qué hechos resultarán indispensables de probar (para ganar el juicio) y en consecuencia podrá planear de una u otra manera su estrategia procesal.

CAPÍTULO IV

"La prueba tiende a formar la convicción del juez; y debe considerarse satisfecho ese propósito cuando las diligencias practicadas llevan a su espíritu la certidumbre de la verdad del hecho invocado"⁴⁵.

⁴⁴ CNCCom., J. A., 1993-111-85.

⁴⁵ ALSTINA, III-393.

Dentro de la "lucha" que es el proceso, en la etapa probatoria se establece una competencia entre las partes, que pugnan por "conquistar" la convicción del juez.

En principio cada parte tendría que probar todos los hechos que invoque a su favor, no interesando quién sea el actor o el demandado, ni si los invoca por medio de afirmaciones o negaciones. Sin embargo, hay veces en que la ley le facilita esa tarea, le alivia esa carga, relevándole de producir cierta prueba.

P. ej., al establecer la ley una presunción *juris tantum* a favor de una de las partes, ésta ya no necesita probar ese hecho. Le basta con afirmarlo (probando los antecedentes que la ley requiere) y sobre su adversario pasará el riesgo de no ser creído si no consigue probar sus dichos: sobre él "recaerá el perjuicio de la falta de prueba".

Comúnmente se denomina "inversión de la carga de la prueba" al efecto de la presunción *juris tantum*. No nos resulta del todo convincente dicha expresión, pues no vemos "inversión" alguna. Hablar de "inversión" implica admitir que el principio según el cual se distribuye la carga de la prueba es alguno de los aforismos que toda la doctrina rechaza por su imprecisión p. ej. *onus probandi incumbit actori*. Si la carga de la prueba incumbe al actor, entonces sería correcto decir que la presunción *juris tantum* a su favor "invierte" la carga y la transfiere a la otra parte. Pero consideramos que ese no es el principio: la regla es a nuestro entender, que cada parte debe probar todos los hechos que invoque a su favor. El mismo Couture admite que la teoría de la distinción de los hechos en constitutivos, extintivos, etc., sólo es apta para las obligaciones; pero para los hechos y actos jurídicos, tanto uno como otro deben probar su afirmación.

La regla que acabamos de enunciar reconoce abundantes excepciones, casos en los cuales una de las partes es relevada de la necesidad de probar ciertos hechos. Tan numerosas son las excepciones que parecerían cubrir la mayoría de los supuestos posibles; no obstante, siguen siendo excepciones desde un punto de vista lógico, puesto que dicho principio (que, repetimos, dista mucho de pretender ser absoluto) es el único que nos permite comprender cabalmente el problema y solucionar los casos concretos que se nos presentan.

Esas excepciones podríamos dividir las en dos grupos: uno, las de tipo general, aplicables a todos los casos; p. ej. los hechos no controvertidos, los hechos notorios; el otro, las que son específicas de cada caso concreto, p. ej. las presunciones *juris*.

Habiendo tratado ya las de tipo general, si ocuparnos del objeto de la prueba, pasamos a desarrollar ahora el tema de las presunciones.

"Tradicionalmente se define a las presunciones siguiendo a Pothier, como las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido"⁴⁴. Definidas las presunciones de un modo tan amplio, no se ve que sean una cosa distinta de la "convicción" del juez sobre los hechos (con las limitaciones que le impone la ley sobre la apreciación de la prueba). Atinadamente señala un autor, para rechazar la distinción entre "presunción" e "indicio", que "sería lo mismo que en la prueba testimonial distinguir entre la declaración del testigo y la valoración de la prueba testimonial"⁴⁵. En efecto, el juez "afirma" en la sentencia los hechos relacionados con el caso (desconocidos para él) infiriéndolos de otros hechos conocidos por él mismo, como p. ej. el instrumento público o privado aportado por el actor o el demandado, la declaración de los testigos, el informe de los peritos.

Por eso nos parece altamente impreciso el significado del término "presunción". En primer lugar por ser utilizado para designar las presunciones juris o legales y las hominis o judiciales, es decir lo referente a la prueba de indicios (asimilación ya criticada). En segundo lugar, porque dentro de la noción de prueba indiciaria, el distinguirse entre "indicio" y presunción, queda ésta asimilada a la convicción del juez, ya que la presunción vendría a ser el juicio (aserto) probable, pero no ciertamente verdadero, de que determinado hecho ocurrió realmente. En tercer lugar porque decir "presunción juris et de jure" no es más que una forma incorrecta de referirse a las disposiciones legales: cuando la ley presume sin admitir prueba en contra que si un individuo nació en tal día, fue concebido en tal otra época y le asigna ciertos efectos a la concepción en esa época (presunta y quizás arbitraria), lo único que la ley hace es atribuirle esos efectos a la fecha del nacimiento, sin interesar en lo más mínimo el momento de la concepción.

Es decir, que sólo podemos usar con propiedad la palabra presunción, para referirnos a las presunciones juris tantum.

Volviendo a lo que declamos al principio de este capítulo, se entabla una competencia entre las partes por lograr la convicción del juez. La parte que tiene a su favor una disposición legal sobre la prueba (p. ej. una presunción juris tantum), se encuentra en una situación de ventaja frente a la otra, ya que

⁴⁴ PALACIO, II-216. Cf. ALSINA, III-684.

⁴⁵ CABALLÉ, 487. A favor de la distinción: ALSINA, III-683. PALACIO, II-214.

recae sobre ésta el riesgo de no probar lo afirmado respecto de ese hecho. Esta se "liberaría de la carga" aportando la "prueba en contrario" y desplazando así a la otra de la "situación de ventaja"; aquélla trataría de recuperarla, llevando ante el juez prueba que enerve la presentada por su antagonista, y así sucesivamente.

Creemos, por ello, que las presunciones *juris tantum* tienen por función regular la carga de la prueba, es decir, poner a una de las partes en una "situación de partida" favorable al iniciarse el proceso, situación que en caso de ausencia de prueba, le permitirá ganar el pleito. Además, las presunciones *juris tantum* (o sea, las normas que regulan el juego de la carga de la prueba) no requieren para su existencia que un artículo de código las consagre en términos sacramentales, utilizando el verbo "presumir". Basta que ella surja de la ley, o de la interpretación sistemática de un conjunto de normas: afirmación ésta que se ve corroborada por la fraseología jurídica cotidiana, en tanto que es corriente leer en cualquier Tratado afirmaciones tales como "la capacidad se presume", "la solidaridad no se presume" (en D. Civil), "el pago no se presume", "se presume la buena fe" (aunque en otros casos "se presume la mala fe"), y muchas otras cuya significación recién ahora comprendemos cabalmente.

Por eso, llegamos a la conclusión de que la pregunta: ¿A quién corresponde la carga de la prueba?, se responde en cada caso concreto de acuerdo con las disposiciones que nos trae la legislación de fondo (ver =11 y sig.).

Post Scriptum

El nuevo CPC contiene una disposición específica sobre la carga de la prueba, su art. 377, que dice así:

"377. *Carga de la Prueba.* Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez no tenga el deber de conocer.

"Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción."

Su redacción es una muestra típica de la posición predominante en la moderna doctrina procesal. Se nota en ella, sobre todo, la influencia de Leo Rosenberg, autor alemán cuyo pensamiento sobre el tema (ampliamente desarrollado en su obra titulada precisamente "La Carga de la Prueba") casi podría decirse que en la actualidad moldea y encausa tras de sí la opinión

de los más calificados autores. En efecto, dice Rosenberg: "Cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de los presupuestos (són de los negativos) de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra, de los presupuestos de las normas que le son favorables"⁴⁸. Son, en otras palabras, las mismas ideas que hemos expuesto a lo largo de este ensayo.

Nos satisface especialmente el implícito rechazo de la clasificación de los hechos en constitutivos, extintivos, etc., creada por Chiovenda a principios de siglo y tan duramente criticada por nosotros. En el nuevo CPC, sólo aparecen algunos resabios de ella de manera incidental y a título meramente ejemplificativo.

Finalmente quisiéramos reconocer que recién después de terminado y entregado este trabajo tuvimos ocasión de consultar la obra de Colombo. Mientras los demás autores sólo relacionan la carga de la prueba con las presunciones como caso de excepción que produce una "inversión de la carga", Colombo señala la "conjunción de normas de derecho sustancial y de derecho procesal" en la regulación de la materia⁴⁹. Y aunque no es claro en cuanto a qué entiende por "delimitación del ámbito por las consecuencias de las presunciones"⁵⁰, dicho enfoque nos habría sido seguramente muy útil de haberlo conocido durante la elaboración de este ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo: "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal, Civil y Comercial", Ediar Sec. Anón. Editoras, Buenos Aires, 1994.
BURATO, Alfredo: "La Carga de la Prueba" (trad. MORELLO, Augusto Mario), art. en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año VI, Nº 11, La Plata, 1993.
CAJILLI, Carlo: "Derecho Procesal", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
CARNELUTTI, Francesco: "Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano" (trad. GUASP, Jaime), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1942.
DE LEON, Romeo Augusto: "Los Hechos Notorios y la Carga de la Prueba", art. en "Comparative Juridical Review", vol. 3, Rainforth Foundation, Coral Gables (Florida, USA), 1996.

⁴⁸ Véase COLOMBO, CARLOS J., "Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital Anotado y Comentado". Abeledo-Perrot, Bs. As., 1965, t. I, pág. 347.

⁴⁹ COLOMBO, 1-343.

⁵⁰ COLOMBO, 1-345.

DIÁZ, Manuel R.: "Reflexiones sobre las Pruebas", art. en "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", año VI, N° 11, La Plata, 1963.

EISNER, Isidoro: "La Prueba en el Proceso Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964.

FERNÁNDEZ, Raymundo L.: "Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina, Concordado y Comentado", F. Perreira e Hijos, Impresores, Buenos Aires, 1932.

JOFRE, Tomás: "Manual de Procedimiento (Civil y Comercial)", Valerio Abeledo, Editor, Buenos Aires, 1931.

FALACIO, Lino Enrique: "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965.

SERANTES PENA, Oscar · CLAVELL BORRAS, Javier: "Código Procesal Civil y Comercial y Leyes Complementarias, Concordados y Comentados por...", Editorial Ethos, Buenos Aires, 1963.