

Declaración del Instituto Panamericano de Derecho Procesal sobre la teoría de las cargas probatorias dinámicas

A raíz de las inquietudes trasladadas por miembros de este Instituto sobre la preocupación que genera en el foro la aplicación en los procesos de la denominada teoría de las cargas probatorias dinámicas y su incipiente acogimiento en algunas legislaciones latinoamericanas, aumentando la inseguridad jurídica e imprevisibilidad en nuestros alicaídos sistemas de justicia, se declara:

1. El problema de la falta de prueba de un hecho al resolver es de antigua data, cuya solución más apropiada se ha encontrado a través de instrucciones que el derecho dirige al juez, conocidas como reglas de carga de la prueba. De este modo, se le señala cómo decidir ante el hecho incierto.
2. La aplicación de las reglas del onus probandi es subsidiaria, pues requiere que un hecho afirmado y necesitado de prueba no se encuentre confirmado al sentenciar. Por ende, su aplicación se realiza una vez que el debate procesal ha concluido.
3. A efectos de respetar el pleno ejercicio del derecho de defensa y para posibilitar que las partes desarrollen su estrategia procesal previamente delineada, se ha ido evolucionando hacia un sistema de reglas de carácter objetivo y a priori, pues cumplen un doble carácter: como regla de conducta para las partes, y como regla de juicio para el juzgador.
4. En sentido contrario, desde antaño se ha ensayado otra alternativa que pretende dar respuesta al problema apuntado: la de conferirle al juez el poder o facultad de distribuir las consecuencias perjudiciales de la falta de demostración del hecho que permanece incierto al resolver. Esta variante se apoya en la discrecionalidad judicial, y es de neto corte subjetivo, casuístico y a posteriori.
5. La teoría de las cargas probatorias dinámicas responde a la alternativa precedente, importando una imposición jurisdiccional de las consecuencias perjudiciales del hecho incierto y no una simple regla especial del onus probandi. Pese a su atractiva denominación, no contiene ni se refiere a carga procesal alguna, pues carece del elemento volitivo de la parte necesario para decidir si se asume o no. Por consiguiente, no debe llamar la atención la confusión entre cargas y deberes con que se la explica, apoyándola en un pretendido principio de colaboración o cooperación procesales que se vincula, en verdad, con la producción o práctica probatoria, y no con la carga probatoria.
 - 5.1. Desde sus albores, la teoría de las cargas probatorias dinámicas propuso diferentes criterios discrecionales para repartir las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba. El de mayor aceptación es el que las impone a quien está en mejores condiciones de producirla, pese a mostrar una clara conmixtión entre el concepto y función del onus probandi con la actividad que hace a la producción o práctica de la prueba.
 - 5.2. Un sector doctrinario justifica la teoría de las cargas probatorias dinámicas a partir de un pretendido sometimiento de las reglas del onus probandi a la valoración según la sana crítica, habilitando así al juez para determinar qué parte se encontraba en mejores condiciones de probar el hecho incierto, e imponerle las consecuencias perjudiciales. De esta forma, y pese a que las reglas del onus probandi no quedan supeditadas a las de valoración —pues operan cuando el juez, tras aplicar éstas, no ha logrado convencerse sobre la existencia de un hecho— se permite el juzgamiento de conductas desplegadas durante la etapa probatoria respecto a pruebas no practicadas. Por ende, es factible dejar de lado la instrucción de cómo resolver el caso ante los hechos inciertos —que surge de las

reglas del onus probandi que debiera aplicar— y dar por cierto lo que éstas tienen por incierto.

5.3. Con la teoría de las cargas probatorias dinámicas el juez puede hacer recaer discrecionalmente y en base a pautas débiles, sobre uno de los litigantes, las consecuencias de la falta de prueba de un hecho necesitado de prueba, pero afirmado en el proceso por la contraria. Encierra un aumento del poder de los jueces en los procesos donde existen hechos inciertos, ya que los habilita a manipular directamente su resultado creando una regla de juicio ex post facto a la medida del caso concreto.

En ocasiones esta doctrina perjudica el control de las decisiones judiciales, pues se utiliza como justificativo aparente, encubriendo la falta de motivación o soslayando lo probado por aplicación del régimen presuncional.

5.4. Una de las críticas más firmes de las que se le oponen a la teoría de las cargas probatorias dinámicas es que permite modificar las reglas de juego una vez que éste ya se inició o, incluso, terminó. La objeción precedente no se ahuyenta con la propuesta de que el juez anuncie en una audiencia preliminar o anticipe su posterior aplicación al dictar sentencia: dada la trascendencia de las reglas de la carga probatoria preestablecidas como parámetros de conducta de las personas, no se impide la violación del derecho de defensa de las partes, pues ya recolectaron las fuentes de prueba y determinaron su estrategia procesal.

6. Las reglas del onus probandi integran el contenido del derecho a la prueba, orientando como regla de conducta la actividad que cada parte procesal lleva adelante en su ejercicio. Por lo tanto, todo sistema objetivo y apriorístico de reglas de carga de la prueba tiene una doble misión: i) guiar los comportamientos de las personas para permitir un mejor ejercicio del derecho de defensa y ii) conformar uno de los límites al poder de los jueces.

Por lo expuesto, se concluye que la teoría de las cargas probatorias dinámicas constituye una reacción doctrinaria contra el sistema dispositivo —modelo de justicia de la democracia— que atiende el problema de la falta de prueba de manera subjetiva y discrecional. En consecuencia, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal advierte sobre el aumento del poder de los jueces que encierra, merced a una concepción finalista del proceso desarrollada a costa del derecho de defensa y la seguridad jurídica, pues acepta que los juzgadores puedan crear reglas de juicio para casos concretos al momento de sentenciar, más allá de lo establecido por el ordenamiento.

Octubre de 2016