

## La prueba y la sentencia

### Las reglas para determinar la existencia (o inexistencia) de los hechos en el proceso jurisdiccional\*

*Proof and judgment*

*The rules for determining the existence (or nonexistence) of facts in legal proceedings*

Por Gabriel Valentín[1]

#### I. Introducción [\[arriba\]](#)

##### 1.1. El tema

El tema del título tiene una denotación bastante amplia; que comprende, fundamentalmente, a dos grandes ejes conceptuales: la valoración de la prueba y la carga de la prueba. Y dentro de ellos, entre ellos y junto a ellos, una serie de cuestiones fundamentales: la diferencia entre la actividad de valorar y el resultado de esa actividad; los sistemas de valoración; la adecuada motivación de la sentencia; las relaciones, teóricamente claras y pragmáticamente oscuras, entre valoración y carga de la prueba; el funcionamiento y ubicación conceptual de las presunciones; el concepto y la importancia de la carga de la prueba y su papel en el proceso jurisdiccional; la distribución de la carga probatoria; el debate sobre la carga probatoria dinámica; etc., etc.

En el marco de ese amplio espectro voy a intentar volver sobre el hilo conductor de esa relevante actividad del tribunal que supone la determinación o fijación de los hechos en la sentencia. Para, finalmente, volver sobre uno de mis temas preferidos: el de la carga de la prueba.

Con los aportes gigantescos de las clásicas obras de ROSENBERG[2] y MICHELI[3], o los también sutiles de la obra más reciente de VERDE[4], será difícil volver a poner una pica en Flandes. De todos modos, sin mayores pretensiones, intentaré recorrer algunos de los caminos fundamentales del tema.

##### 1.2. El “derecho a la prueba”

No se necesitan mayores desarrollos para recordar que el “derecho a la prueba” es componente esencial del debido proceso y que, como derivación de ese derecho, ninguna norma puede limitar la proposición de pruebas que sean legítimas, idóneas y referidas al objeto del proceso.

En esta línea ha señalado Hernando DEVIS ECHANDÍA, que “Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquél, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta (...).

Sujeto pasivo de ese derecho subjetivo procesal es el juez, quien está obligado a decretar y practicar las pruebas pedidas con las formalidades legales y siempre que la ley misma no las considere inadmisibles (...).

El derecho a probar no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión (con prescindencia del resultado de su apreciación"[5].

Asimismo, en su obra máxima, agrega que "(...) con el ejercicio del derecho de probar se impone directamente al juez la obligación de decretar y practicar las pedidas, y su incumplimiento representa una auténtica denegación de justicia que le puede acarrear responsabilidades (...)"[6].

A mi juicio, ese "derecho a probar", en rigor, no es un derecho autónomo: como otros "derechos" vinculados al proceso (a alegar, a contradecir, a recurrir, etc.), no se trata de otra cosa que aspectos particulares o aplicaciones de un solo derecho subjetivo de la parte (el de "acción", en el caso del actor; el de "excepción" o "contradicción", en el caso del demandado)[7].

Y bien: se entiende pacíficamente que ese llamado "derecho a la prueba" es una garantía constitucional que forma parte del principio del debido proceso legal[8], y la doctrina y jurisprudencia europeas lo ubican, con una extensión bien precisa, como aspecto esencial del derecho a una tutela judicial efectiva[9].

Es que, como se ha señalado, el único medio para obtener la tutela jurisdiccional es la demostración de la fundabilidad de la propia pretensión, por lo que la negación de la posibilidad de realizar esa demostración equivale a impedir, de hecho, la tutela jurisdiccional[10].

### *1.3. El principio especial de la "libertad de la prueba"*

*1.3.1. El derecho a la prueba se manifiesta especialmente en el derecho a proponer -utilizar- cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos que componen el objeto del proceso[11].*

En la doctrina del common law este principio se denomina "free proof".

Como enseña TARUFFO, "Por free proof se entiende que, salvo en el caso que existan normas específicas, la prueba es libre, en el sentido de que todo elemento relevante puede ser empleado, sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad, para probar los hechos: esta libertad corresponde a las partes, que tienen que poder utilizar en el proceso cualquier medio de prueba relevante, y al juez, que tiene que poder determinar los hechos mediante una valoración racional (y, por tanto, no vinculada más que a los cánones de la racionalidad) de las pruebas adquiridas en juicio". Por cierto que este derecho tiene ciertas limitaciones que derivan de la reglamentación jurídica de la prueba ("law of evidence")[12].

Lo mismo ocurre en el derecho del civil law, en el que "existe un principio de libertad de la prueba en función del cual todo elemento de conocimiento útil para la determinación del hecho puede ser usado sobre la base de los criterios cognoscitivos propios de la racionalidad general". Principio que también - como

todo principio - tiene sus límites, derivados de la regulación jurídica de las pruebas[13] (anotamos, por ejemplo: en cuanto se prohíben ciertos medios probatorios, existen reglas para la proposición, etc.).

De esa libertad deriva un primer punto de vista relevante, conforme al cual la libertad significa que las partes tienen “la posibilidad de utilizar todos los medios de prueba relevantes de que dispongan”[14].

A mi juicio, la exigencia de la libertad de la prueba constituye uno de los que denomino principios especiales del proceso; en otras palabras, es una exigencia imprescindible a la idea de proceso, que se vincula específicamente con una de las sub-categorías del proceso: la función probatoria[15].

*1.3.2. El ordenamiento uruguayo reconoce ampliamente este principio, derivado del llamado “derecho a probar”, íntimamente vinculado con el debido proceso (Constitución de la República, art. 12)[16].*

El principio surge prístinamente de la ley procesal civil general, en cuanto reconoce los derechos de acción y excepción o contradicción (art. 11.1 del Código General del Proceso, en adelante “CGP”), que suponen la posibilidad de proponer todas las pruebas admisibles e idóneas para acreditar los hechos que conforman el objeto del proceso (arts. 117 num. 4, 118, 131, 136.2, 146.1, etc., todos del CGP).

Advierte nuestra doctrina que “El principio de libertad de la prueba debe vincularse fundamentalmente con el debido proceso: debe consagrarse con la mayor amplitud, la posibilidad de las partes de ejercer cabalmente sus derechos en el proceso (art. 11 CGP)”.

En la misma línea que DEVIS ECHANDÍA, se reconocen dos aplicaciones del principio: libertad de objeto y libertad de medios. En relación a la segunda, se indica que el principio tiene algunas limitaciones, derivadas de la imposibilidad de utilizar determinados medios, de la existencia de un régimen regulado de proposición de pruebas, etc.[17].

Reafirma esta idea la norma conforme a la cual, en principio, el tribunal sólo puede rechazar anticipadamente (luego que se determinan los hechos a probar, es decir, el objeto o tema de la prueba), aquellos medios probatorios que sean inadmisibles, manifiestamente innecesarios, manifiestamente inconducentes o manifiestamente impertinentes (arts. 24 num. 6, 144.1 y 341 num. 6° del CGP, redacciones dadas por la Ley N° 19.090, de 14 de junio de 2013). Esta última ley armonizó los textos de las tres disposiciones citadas y precisó que la innecesariedad, la inconducencia y la impertinencia deben ser manifiestas, por lo que se entiende que ha restringido aún más la posibilidad de ese rechazo anticipado[18].

Por otra parte, al final del proceso, el tribunal puede desechar las pruebas impertinentes (CGP: art. 144.2).

*1.4. La prueba como función o actividad*

Entre sus múltiples contenidos, el Derecho Procesal establece una serie de reglas que refieren a lo que llamo función o actividad probatoria, o de confirmación como por ejemplo la denomina ALVARADO VELLOSO[19].

Como indica ABAL OLIÚ, esa función o actividad es la que reúne a todos los actos procesales que persiguen como fin la prueba y, en definitiva, están dirigidos a permitir al tribunal resolver acerca de la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes[20].

De esa actividad, nos interesa ahora la fase final: aquella en la que el tribunal debe decidir si los hechos alegados existen o no existen.

## **II. Las reglas para determinar la existencia o la inexistencia de los hechos en la sentencia** [\[arriba\]](#)

*2.1. Creo importante comenzar con el análisis panorámico que intenta responder a una pregunta fundamental, claramente formulada por ABAL OLIÚ, y que adapté ligeramente para este análisis: ¿qué reglas debe seguir el tribunal para dar por ciertas (o no) las afirmaciones sobre la existencia (o inexistencia) de un hecho, una vez que está determinado que ellas integran el objeto de la prueba en un proceso y que los medios de prueba al respecto ya se han producido (es decir, agregado o diligenciado)?[21].*

Generalmente, la ley procesal prevé un determinado momento en que el tribunal debe determinar expresamente el objeto de la prueba[22], esto es, aquellos hechos cuya existencia o inexistencia necesita ser probada[23]; en otros casos, no existe una determinación expresa, pero sí al menos una implícita delimitación de ese objeto[24].

De todos modos, lo cierto es que la actividad probatoria siempre debe recaer sobre ciertos hechos: para decirlo sintéticamente, los hechos alegados por las partes, que sean controvertibles o contestables[25] y, si refieren a cuestiones disponibles, que sean efectivamente controvertidos[26].

Los hechos alegados que no conforman el objeto de la prueba, por ser incontrovertibles o, si refieren a cuestiones disponibles, por no ser controvertidos, se deben tener por existentes (o inexistentes, según corresponda). Por ejemplo, si la ley presume absolutamente su ocurrencia, se deberán tener por existentes en la sentencia, sin necesidad de prueba alguna.

*2.2. Una vez admitidos y ordenados los medios probatorios, realizada su agregación y diligenciamiento, llega el tramo de la actividad probatoria que, eventualmente, puede ponerle fin: la valoración de la prueba[27].*

La valoración de la prueba es la evaluación del valor de convicción aportado por los medios de prueba. En otras palabras: es la actividad a través de la cual se determina si, de acuerdo a los medios probatorios producidos, los hechos que integran el objeto de la prueba existen o no existen.

Generalmente, cuando se habla de esta actividad se piensa exclusivamente en el tribunal. Sin embargo, es una actividad que asumen todos los sujetos principales: las partes realizan esa evaluación en los alegatos de bien probado; el tribunal

realiza la suya en la sentencia. La que ahora nos importa, naturalmente, es esta última.

Es necesario distinguir entre valoración de la prueba y eficacia de la misma. La valoración es una actividad intelectual compleja, en la que el juez aprecia la prueba producida para determinar su eficacia o ineficacia; la eficacia es un posible resultado de esa valoración.

Como señala PEREIRA CAMPOS, “la eficacia de la prueba está conformada por su poder de convicción sobre el juez”, en tanto que “la apreciación (o valoración) de la prueba, por su parte, es la operación intelectual de juzgarla, valorarla”[28].

Al regular la valoración de la prueba por el tribunal, el legislador debe resolver si el juez estará sujeto a límites o si, por el contrario, podrá apreciarla libremente.

Sin ahondar ahora en este problema, recordaré que existe una ardua discusión, aún no totalmente resuelta, acerca de cuántos y, concomitantemente, cuáles, son los sistemas de valoración de la prueba.

Por poner un ejemplo, en el Uruguay pueden distinguirse hasta cuatro posiciones, reseñadas en los comentarios al CGP:

“(a) Una primera posición es la sugerida por SENTIS MELENDO en sus conclusiones sobre el tema: el verdadero sistema de valoración no es más que uno que exige la libertad del juez, ya que ante la ausencia de esta, no hay verdadera valoración, por cuanto la fijación de hechos sometida a pautas establecidas por el legislador nada tiene de tal.

(b) La segunda posición es absolutamente abrumadora en la doctrina europea. En esta tesis, existen sólo dos sistemas de valoración: la prueba tasada (o legal, o de tarifa legal) y la libre apreciación. Es la opinión, entre otros, de GUASP, DENTI, FURNO y MONTERO AROCA. El mismo SENTIS MELENDO adhiere inicialmente a esta opinión, aunque termina concluyendo en la existencia de un único sistema. En América, adhieren a esta tesis, entre otros, ALSINA, PALACIO, DEVIS ECHANDIA y PARRA QUIJANO.

(c) Un tercer grupo de autores, encabezados por COUTURE y ALCALA ZAMORA, distingue entre tres sistemas de valoración: prueba tasada, prueba racional o sana crítica y libre convicción. Esta tesis, a influjo de COUTURE, es prácticamente unánime en nuestro país; es, con matices, la posición de VIERA, TARIGO, BARRIOS DE ANGELIS, LANDONI, VESCOVI y los demás autores del “Código...”.

(d) Una última posibilidad es la sostenida por TEITELBAUM en nuestro país: El autor compatriota distinguía cuatro sistemas de valoración: el sistema de la prueba tasada, el sistema de la prueba racional o sana crítica, el sistema de la libre convicción y el sistema de la convicción íntima. Esta tesis, como veremos luego, se basaba en la distinción entre “libre convicción” y “convicción íntima”, considerados equivalentes por la mayoría de la doctrina.

Por nuestra parte entendemos que, como señalan VESCOVI y los demás autores del “Código General del Proceso. Comentado...”, la conclusión “depende, en definitiva, de múltiples factores: el momento histórico, el sistema jurídico al que nos refiramos, el derecho positivo vigente, la política procesal existente,

etcétera”.. En nuestro país, como veremos, el derecho positivo ha recogido, nítidamente, la división entre prueba tasada (o sistema de la tarifa legal), prueba racional (o sistema de la sana crítica) y libre convicción (o sistema de convicción íntima o “moral”).

Como enseña BARRIOS DE ANGELIS, las posibilidades son tres: “la medida de certeza está fijada de antemano por el legislador, o queda librada a la apreciación racional -fundada racionalmente- del tribunal, o a la apreciación intuitiva, sin apoyo suficiente en fundamentos racionales”. Y a continuación señala: “conscientes de la relatividad de los términos, pensamos que los distintos modos de evaluación podrían denominarse certeza legal (fijada por el legislador en mérito a reglas de experiencia), certeza racional (fijada por el tribunal en mérito al razonamiento) y certeza intuitiva (fijada por el tribunal en mérito a su íntima convicción, según ‘conciencia’”).

Los tres sistemas, como enseña el autor, obedecen a distintas concepciones políticas del proceso y encarnan diversos valores.

El sistema de la certeza legal encarna el principio de seguridad y se funda en cierta desconfianza del legislador en los jueces o en el propósito de evitar discrepancias y dilaciones.

El sistema de la certeza racional rinde homenaje a la justicia fundada en la razón y confía en la seguridad proporcionada por el control de los fundamentos de las decisiones respecto a la prueba.

El sistema de la certeza intuitiva pone en riesgo el principio de seguridad procesal, en beneficio de una posible seguridad sustancial. Tiene carácter excepcionalísimo y consiste en la liberación práctica del método racional de impugnación, respecto de situaciones especiales. Atiende a la necesidad de la punición en materias de extrema importancia social, en las que la prueba es difícilmente obtenible, ya por las circunstancias naturales que rodean los hechos o por la alta especialización de ciertos infractores para eliminar toda prueba: particularmente en materia de delitos económicos y de proxenetismo, por ejemplo”[29].

No profundizaré aquí sobre este tema: sólo me limitaré a recordar que la ley uruguaya recoge el sistema de la sana crítica (“certeza racional”, en palabras de BARRIOS DE ÁNGELIS) (arts. 140 y 141 del CGP)[30], conocido en otros países como sistema de “libre apreciación de la prueba”.

Lo que importa ahora es que, aplicando el sistema de valoración que corresponda de acuerdo a la ley, el tribunal debe evaluar el valor de convicción de los medios de prueba diligenciados en el proceso.

Por ejemplo, en un proceso en que el actor alega como hechos la existencia de un préstamo (a) y la inexistencia del pago por parte del demandado (b), y el demandado alega la incapacidad al momento del préstamo (c), el tribunal deberá examinar el conjunto de los medios probatorios de acuerdo al sistema de valoración aplicable a cada uno de ellos para determinar si los hechos (a), (b) y (c) existen.

*2.3. Al culminar esa valoración, el tribunal puede encontrarse en una de estas dos posibles situaciones: o bien (i) considera que aquellos hechos están plenamente*

*probados o que se ha probado plenamente su inexistencia; o, en cambio, (ii) considera que tales hechos, o algunos de ellos, no han sido probados*[31].

En el primer caso (i), el tribunal tendrá esos hechos por existentes o inexistentes, resultando absolutamente indiferente cuál de las partes tenía interés en comprobar su existencia o inexistencia y cuál de ellas aportó o dejó de aportar las pruebas correspondientes[32].

En este punto opera la regla de la comunidad de la prueba, a veces confundida con la regla de la adquisición de la prueba[33].

Brevemente, debo advertir que comparto la tesis que distingue entre ambas reglas: conforme a la regla de la adquisición probatoria, en determinado momento el medio de prueba se adquiere para el proceso, por lo cual no puede ser desistido unilateralmente por su proponente[34]; de acuerdo a la regla de la comunidad de la prueba, una vez que la misma es válidamente incorporada cumple sus funciones en el proceso con independencia de quien la aportó[35].

Entonces, en virtud de la regla de comunidad de la prueba, solo interesa que los hechos objeto de prueba hayan sido, a criterio del tribunal, suficientemente probados, con absoluta independencia de que la prueba de esos hechos haya sido suministrada por la parte interesada en su prueba o por la parte contraria.

En el segundo caso (ii), en cambio, nos enfrentamos de lleno a un grave problema: la actividad probatoria ha fracasado, porque los medios probatorios no fueron suficientes para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos alegados, y sin embargo, como veremos, el ordenamiento jurídico le exige al tribunal que cumpla con su deber de sentenciar.

Para seguir con el ejemplo anterior, el tribunal no está convencido de si el préstamo (a) existió; o si lo está pero no está convencido de si existieron o no el pago (b), o la incapacidad al momento del préstamo (c).

*2.4. Como ha advertido agudamente ABAL OLIÚ, la primera regla que generalmente reconocen los ordenamientos procesales y que permite al tribunal salir de la incertidumbre, es la de tomar en cuenta las presunciones legales simples, que impusieran al tribunal, ante la falta de prueba contraria, tener al hecho por existente (o, eventualmente, inexistente)*[36].

Con precisión también señala el autor que estas presunciones simples deben distinguirse de las presunciones absolutas, que en rigor deben considerarse al analizar el objeto de la prueba (v. supra 2.1).

En efecto, las presunciones absolutas determinan que el hecho debe tenerse por existente o inexistente, sin posibilidad de que sean controvertidos ni que sea demostrada la posibilidad contraria (su inexistencia o existencia, respectivamente). En virtud de la aplicación de una presunción de ese tipo, el hecho es incontrovertible, y se excluye del objeto de la prueba: el tribunal deberá tenerlo por existente o inexistente, según corresponda de acuerdo a la regla de presunción, sin necesidad de prueba alguna.

En cambio, las presunciones simples operan luego de la valoración probatoria, cuando el resultado de esa actividad es que persiste la duda sobre la existencia o inexistencia de un hecho.

A partir de esas ideas de ABAL OLIÚ, postulo que las presunciones legales absolutas son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al fijar expresa o tácitamente el objeto de la prueba, debe considerar a ciertos hechos como existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla, y por tanto excluidos de aquél objeto; y que al dictar la sentencia que resuelve el objeto del proceso deban tenerse por existentes o inexistentes, de acuerdo a lo que dispone la regla[37].

En cambio, las presunciones legales simples son reglas que se dirigen al tribunal y que determinan que, al dictar sentencia que resuelve el objeto del proceso, si luego de valorar la prueba aún subsiste la duda, el hecho debe tenerse por existente o inexistente, de acuerdo a lo que dispone la regla.

Las presunciones legales simples - que son las que ahora nos interesan -pueden ser genéricas, esto es, referir al conjunto de hechos cuya existencia pretendía demostrar la parte a la que la presunción desfavorece; o específicas, en cuyo caso sólo alcanzan a un específico hecho, o a los hechos que se pretendían probar mediante un concreto medio de prueba.

Un ejemplo de presunción genérica es la prevista en el art. 343.3 del CGP uruguayo, que establece que la ausencia a la audiencia complementaria (audiencia en que se recibe la prueba) determinará una presunción desfavorable a la parte inasistente. En este caso, si luego de examinar la prueba el tribunal tiene dudas acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por el inasistente, deberá tenerlos por inexistentes (si el inasistente alegaba su existencia) o existentes (si alegaba su inexistencia). En el ejemplo del préstamo, si el inasistente a la audiencia complementaria es el demandado que alegaba la incapacidad al momento del préstamo (c), esa incapacidad (o mejor, el hecho que la configura) se tendrá por inexistente.

Ejemplo de presunción específica es la prevista en el art. 168 del mismo Código. Si la parte quiere servirse de un documento que está en poder del adversario, puede pedir al tribunal que le intime a presentarlo en el plazo que se determine: en otras palabras, la parte que quiere servirse de ese documento, porque con él puede demostrar ciertos hechos que alega en su acto de proposición, no lo tiene en su poder, por lo que requiere que se intime al adversario que sí lo tiene. El adversario intimado, tiene la necesidad de colaborar con la producción de esa prueba, agregando el documento intimado. Si no lo hace y, por otros elementos de juicio, la existencia y contenido del documento resultaren manifiestamente verosímiles, la negativa a presentarlo puede ser estimada como reconocimiento de ese contenido. Adviértase que en este caso no se aplica una genérica presunción desfavorable al omiso, sino que, concretamente, se tienen por ciertos los hechos que se pretendían acreditar con ese documento. Si seguimos con el ejemplo del préstamo, si el actor no dispone del documento que contiene el contrato original, porque lo extravió, y el demandado sí dispone de un testimonio auténtico de ese documento, se intima a este último a agregarlo y no lo agrega, pero la existencia y contenido del documento resultan manifiestamente verosímiles (en virtud de otras resultancias probatorias), se tendrá por existente el préstamo.



Para algunos autores, las presunciones legales simples no son más que reglas de distribución de la carga de la prueba. Lo cierto es que, sin ingresar ahora a ese punto, las reglas fijadas por esas presunciones son las primeras que, en caso de duda y de existir en el caso, deben aplicarse por el tribunal. En otras palabras: si existe una presunción legal relativa genérica o específica el tribunal debe aplicarlas; y sólo acudirá a las reglas de la carga de la prueba (o a las demás reglas, si se entiende que las que fijan presunciones también son reglas de ese tipo) si luego de aplicar la o las presunciones la duda sobre la existencia de algún hecho o de algunos hechos aún subsiste.

*2.5. Finalmente, llegados al punto en que, a pesar de la actividad de valoración o de la eventual aplicación de presunciones legales simples genéricas o específicas, la duda subsiste, los ordenamientos procesales prevén una serie de reglas dirigidas al tribunal que constituyen las denominadas “reglas sobre la carga de la prueba”.*

Como veremos luego, estas reglas son las que permiten al tribunal cumplir con su deber de resolver si los hechos existen o no existen, para a su vez resolver si corresponde o no hacer lugar a la requisitoria o petitorio. En concreto, le indican al tribunal cuándo, en caso de duda, debe tener un hecho por existente o inexistente; para que luego de aplicar esa regla, y de acuerdo al resultado de su aplicación, resuelva sobre la requisitoria.

En determinados ordenamientos y en ciertas épocas, se admitía que el tribunal emitiera un non liquet, a través del cual se abstenía de resolver el requerimiento de fondo por no tener la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos invocados[38].

En nuestros sistemas procesales actuales, en cambio, como un derivado inherente al ejercicio de la función jurisdiccional, el ordenamiento jurídico exige que el tribunal resuelva en un sentido u otro; ya no se admite, en ningún caso, que el tribunal se exima de este deber con un simple sibi non liquere.

Para el cumplimiento de este deber, el mismo ordenamiento le indica cómo debe fallar en este caso; ese es, precisamente, la función de las reglas que distribuyen la carga de la prueba. Estas reglas, que actúan cuando la función probatoria no ha logrado su finalidad, le señalan el contenido de su fallo[39].

En la práctica de los tribunales - y, lamentablemente, a veces también en los análisis teóricos - es bastante común que las tareas de valorar y aplicar la regla de la carga de la prueba se entremezclen y confundan.

Así, es frecuente que un juez, al dictar sentencia, utilice expresiones como las siguientes: “si se valoran los medios probatorios de acuerdo a la regla que distribuye la carga de la prueba debe concluirse que (...)”; “es indudable que apreciando las declaraciones de los testigos de acuerdo a las reglas de la experiencia de lo que normalmente acaece y las que distribuyen la carga probatoria debe tenerse por cierto que (...)”; etc.

En rigor, ese tipo de expresiones revelan una profunda confusión conceptual: las reglas de la carga de la prueba no deben aplicarse al valorar, sino precisamente cuando la valoración fracasa.

Al valorar la prueba es absolutamente indiferente saber cuál de las partes tenía la carga probatoria: simplemente deben examinarse los medios de prueba de acuerdo a las reglas de valoración aplicables, y si el tribunal se convence de la existencia o inexistencia de los hechos que integran el objeto de la prueba no necesita (y no debe) acudir a las reglas de la carga de la prueba. De hecho, entonces, puede ocurrir que en el caso no se apliquen esas reglas, por no ser necesarias. Es la duda, o sea, el fracaso de la valoración (y siempre que no existan presunciones legales simples, como vimos) la que abre las puertas de la carga de la prueba.

Como indica magistralmente ROSENBERG: “La apreciación libre de la prueba y la carga de la prueba dominan dos terrenos que si bien están situados muy cerca uno del otro, están separados claramente por límites fijos. La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó”[40].

Lo importante ahora es destacar que el juez debe ser muy preciso en la aplicación sucesiva de estas reglas: primero debe valorar, y solo si la valoración fracasa, y no existen presunciones legales simples que le permitan fijar el hecho, debe acudir a las reglas de la carga de la prueba.

Es muy importante también que el juez, al sentenciar, indique si la fijación de los hechos es producto de la convicción generada por el examen de los medios probatorios o de la aplicación de las reglas de la carga de la prueba. Ello no sólo para cumplir adecuadamente su deber de motivar las resoluciones, sino, especialmente, para permitir un adecuado ejercicio del derecho de impugnar.

### **III. La carga de la prueba: algunas distinciones fundamentales [\[arriba\]](#)**

*3.1. En los primeros análisis sobre el tema, la doctrina sólo identifica un aspecto de la carga de la prueba: el referido a la necesidad jurídica que tienen las partes de demostrar al tribunal la existencia o inexistencia de los hechos que fundamentan sus requisitorias.*

Paradigmática en este sentido es la obra de Adolph Dieterich WEBER, denominada “Sobre la obligación de suministrar la prueba en el proceso civil”, que justamente responde a la pregunta de quién debe probar, o quién está obligado a probar[41].

Más allá de la confusión entre obligación, deber y carga, lo cierto es que en esta primera etapa el enfoque está básicamente centrado en la actividad de la parte: lo que importa es quién tiene la carga, quien soporta el peso (onus) de realizar los actos necesarios para aportar los medios probatorios y obtener su agregación y diligenciamiento al proceso, para demostrar la existencia o inexistencia de ciertos hechos.

Evidentemente esas concepciones pesaron en la conformación de las primeras reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Por ejemplo, cuando el CC francés dispuso “Celui qui réclame l’exécution d’une obligation, doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation" (art. 1315)[42].

Fue primero Julius GLASER[43] e inmediatamente la doctrina austríaca la que llamó la atención sobre otro aspecto de la carga de la prueba: el riesgo objetivo de la falta de certeza, que se genera aún independientemente de la actividad o inactividad de las partes, y sea que el ordenamiento les otorgue o no una iniciativa probatoria preponderante. Justamente se desarrolla la idea en el proceso austríaco, en el que se consagra una preponderante iniciativa probatoria del tribunal, que lleva a que se diga que la carga es solo objetiva[44].

*3.2. Pero es fundamentalmente a partir de los estudios de ROSENBERG, y con él los de buena parte de la doctrina alemana, que se desarrolla la doble perspectiva subjetiva-objetiva.*

El autor identifica en primer lugar una carga subjetiva o formal, o de suministración de la prueba, que consiste en la necesidad jurídica de las partes de suministrar la prueba de sus afirmaciones.

Indica ROSENBERG que es exacto que la actividad procesal de la parte cargada con la prueba no es esencial, ya que la sentencia debe dictarse "atendiendo al contenido íntegro de los debates" (§ 286 de la ZPO), por lo que también deben tenerse en cuenta las afirmaciones y ofertas de prueba de la parte que no soporta aquella carga. Esto es, "Sólo importan los hechos que se han demostrado, y es indiferente quién los demostró". Por otra parte, es verdad que la parte cargada con la prueba puede ser vencida aún cuando se ha esforzado, si bien en vano, por suministrar una prueba.

Sin embargo, dice el autor, "se iría demasiado lejos si por las razones indicadas se quisiera eliminar por completo el concepto de la carga subjetiva de la prueba". Es el reconocimiento de ese concepto, por ejemplo, el que explica la imposición a las partes de presentar los medios de prueba necesarios para probar sus afirmaciones[45].

Por otra parte existe una carga objetiva o material de la prueba, o carga de la certeza.

Esta carga "prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos; con respecto a esta carga, sólo interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada del proceso; además, aquella determina las consecuencias de la incertidumbre acerca de un hecho, sin que importe la circunstancia de que una u otra de las partes, o las dos, o el tribunal, se han preocupado en el sentido de hacerlo constar. Por eso, tiene lugar en todo procedimiento en el cual se trata de aplicar normas jurídicas abstractas a una situación de hecho concreta, sea que en el procedimiento domina el principio de la inquisición o el principio de la disposición o una estructura intermediaria entre estos dos. En cambio, sólo puede hablarse de la carga subjetiva de las partes, en un procedimiento construido sobre la máxima dispositiva, como lo es, por ejemplo, nuestro proceso civil actual"[46].

3.3. *En su fundamental aporte a la teoría de la carga de la prueba, Gian Antonio MICHELI resalta la evolución del concepto de carga de la prueba, que ha llevado a un primer plano la actividad de decisión del juez.*

Esto lleva al autor italiano a afirmar que “no existen dos aspectos antitéticos, o cuando menos distintos del fenómeno, sino un fenómeno único, consistente en la existencia de una regla de juicio, en virtud de la cual el juez es colocado en la condición de pronunciar en todo caso, aún cuando él no esté en situación de formarse la propia convicción acerca de los hechos relevantes”[47].

Sin embargo, a pesar del acento del autor en la regla de juicio, también reconoce la existencia de un “poder probatorio reconocido a las partes mismas”, del que ha surgido el concepto de carga de la prueba[48].

DEVIS ECHANDIA ha sintetizado el concepto dual de carga de la prueba señalando que “es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables”[49].

Como señalamos en otra oportunidad en obra colectiva, esta noción tiene la virtud de destacar claramente la doble perspectiva que encierra el fenómeno de la carga de la prueba: la existencia de una regla, dirigida al tribunal, que le permite evitar el non liquet indicándole el contenido de su fallo cuando ciertos hechos del objeto de la prueba no han sido probados, y la existencia de otra regla, dirigida a las partes como reflejo de la primera, y que les indica la necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable.

Sin embargo, agregamos en esa misma obra:

“No obstante, estas concepciones no destacan suficientemente la perspectiva situacional del tema. En efecto, tal cual lo indica su denominación, con la expresión carga de la prueba se trata de aludir a ciertas situaciones jurídicas que componen el estatuto de los sujetos principales del proceso. Ese es el sentido de las expresiones carga subjetiva y carga objetiva de la prueba, popularizadas por ROSENBERG. El defecto de la tesis del profesor de Múnich es, como ha señalado reiteradamente DEVIS ECHANDIA, hablar de una carga objetiva que gravitaría sobre el tribunal (ult. op. cit., pág. 431).

Por otra parte, corresponde a MICHELI el mérito de haber llevado a primer plano la perspectiva del tribunal en este fenómeno, pero al hablar de una regla de juicio su concepción supuso el trasiego del problema del plano de las situaciones jurídicas al plano las normas.

Nos parece que una ulterior evolución del problema debería centrarse nuevamente en el plano situacional. De este modo, sería ajustado sostener que los dos aspectos englobados en la expresión “carga de la prueba” refieren: (a) por un lado, al poder deber del tribunal de fallar en cierto sentido a pesar de la falta de prueba de ciertos hechos y, (b) por otro, a la carga de las partes, como necesidad de que ciertos hechos sean probados si no quieren sufrir las consecuencias de un fallo desfavorable. Por lo tanto, el poder deber del tribunal no es más que un aspecto

de la situación jurídica compleja de la que es titular, denominada jurisdicción; la carga de las partes no es más que un componente de los complejos situacionales denominados acción y excepción”[50].

Hoy quiero reafirmar que, más allá de las cuestiones vinculadas con el enfoque situacional, ambas perspectivas son relevantes: la “carga” de las partes de demostrar al tribunal los hechos que las favorecen; y el “poder-deber” (o, en mi actual enfoque, el deber complejo) del tribunal, cuando la valoración de la prueba ha fracasado y no existen presunciones legales simples que le permitan prescindir de la duda, de tener por existentes o inexistentes los hechos de acuerdo a lo que le indica la regla de la carga de la prueba (o “regla de juicio”).

Asimismo, quiero advertir que en la doble distinción debe prescindirse de los enfoques ideológicos que vinculan la carga subjetiva a los sistemas dispositivos y la carga objetiva a los sistemas inquisitivos. En efecto: en el proceso jurisdiccional no solo importa la necesidad de las partes de demostrar al tribunal la existencia o inexistencia de los hechos que invocan, sino, y muy especialmente, que si luego de la valoración de la prueba el tribunal no pudo determinar si los hechos que conforman el objeto probatorio existen o no, el tribunal resuelva en un sentido o en otro, de acuerdo a las reglas aplicables.

Se trata, en definitiva, de dos caras de un mismo fenómeno[51]: por un lado importa lo que ALVARADO VELLOSO llama la incumbencia probatoria, esto es, a quién incumbe, a quién corresponde, probar; pero, por otra parte, como el mismo autor destaca, es menester proporcionar reglas claras a las cuales deba sujetarse el tribunal cuando, al momento de sentenciar, ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio[52].

La doble perspectiva es hoy reconocida por la generalidad de la doctrina, a veces expresamente, a veces tácitamente[53].

#### **IV. La imprescindible consagración de la “carga de la prueba” como regla de juzgamiento [\[arriba\]](#)**

##### *4.1. Quiero, ahora, que reflexionemos nuevamente por qué es imprescindible la existencia de esa regla de juzgamiento conocida como “carga de la prueba”.*

Es cierto que la regla de la carga de la prueba no necesariamente coincide con la lógica.

Lo advierte, siempre agudo, CARNELUTTI:

“si el actor pide, por ejemplo, el cumplimiento de un contrato y no se prueba la conclusión de él, es el derecho, no la lógica, quien impone al juez que rechace la demanda; la lógica aconsejaría, en cambio, la única solución que el derecho ya no tolera: la de que ... no se juzgue. En efecto, si no hay prueba, en el terreno de la lógica, entre el actor, que afirma, y el demandado, que niega, ¿quién puede decir cuál de ellos tiene razón? La verdad es que una exigencia jurídica quiere que se dé la razón a uno o al otro, u por tanto que se busque un medio de hacerlo”[54].

Ahora bien, ese medio puede ser arbitrario, o construirse sobre pautas razonables.

Dice el Maestro: “el medio, lógicamente, podría ser también el de echarlo a suertes, La carga de la prueba tiene esa función lógica; pero luego no es, en principio, un instrumento caprichoso”, sino que sigue ciertas reglas de experiencia[55].

En la misma línea de ideas, luego de formular la pregunta a la que responde la carga de la prueba, indica MANDRIOLI que “Da un punto de vista intuitivo ed empirico, la prima risposta que verrebbe fatto di dara a questa domanda sarebbe nel senso che, essendo le prove uno strumento essenziale per il giudizio, il giudice non può giudicare senza prove e deve quindi rifiutare il giudizio”[56].

*4.2. Algunos autores, en concepciones hoy superadas, sostuvieron que a consecuencia de la consagración del régimen de la “apreciación judicial libre” (el equivalente de la “sana crítica”) “la importancia de la carga de la prueba es casi nula”, y que esa carga era una “antigüedad jurídica”[57].*

En rigor, ese enfoque es francamente erróneo.

Aún cuando la ley procesal consagre una mayor libertad en la valoración de la prueba, el resultado de esa tarea puede ser (y en muchas ocasiones es) un fracaso. En efecto, puede ocurrir que aún empleando todas las reglas de la razón y la experiencia para valorar los medios probatorios producidos, y aún cuando exista una amplia libertad en la proposición de esos medios, el tribunal no pueda salir del estado de la duda. El criterio de la “libre apreciación de la prueba” no puede brindar al tribunal ningún criterio para salir de esa duda; para salir de ese estado sólo puede acudir a la regla de la carga de la prueba[58].

La respuesta de la doctrina es unánime: la regla de la carga de la prueba trata de evitar el non liquet[59], permitido como ya vimos en otras épocas. Es que en el actual estado del derecho se considera que el deber de resolver es inherente o connatural a la función jurisdiccional[60].

En general todos los ordenamientos consagran, por un lado, la exigencia de resolver aún en los casos de oscuridad, insuficiencia o vacío de la ley[61]. Esta regla permite evitar el non liquet en cuanto a la cuestión de derecho o, más precisamente, en relación a las normas jurídicas aplicables al caso[62].

Sin embargo, como se ha advertido, las leyes a veces omiten establecer expresamente el otro aspecto del non liquet, esto es, el deber de resolver aún en los casos en que la valoración de la prueba no permitió determinar si los hechos que conforman el objeto de la prueba existen o no existen[63].

Sin embargo, esta otra faceta de la regla que prohíbe el non liquet debe considerarse implícita en el sistema, como derivada de aquellas que exigen al tribunal una decisión sobre el mérito del asunto.

Como señalé en otra oportunidad[64], el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende la necesidad de que el órgano jurisdiccional dicte una resolución fundada sobre el objeto principal del proceso.

En esta línea de análisis, la doctrina española recuerda que el Tribunal Constitucional español “ha declarado, desde el principio, que el derecho a la tutela judicial, además del derecho al acceso, comprende el derecho al proceso,

entendido como el derecho a que el proceso se resuelva con una sentencia sobre el fondo, sea o no favorable para el actor, siempre que concurran los presupuestos procesales, sin llevar a reconocer el derecho a una tutela favorable”[65].

Es más: el derecho al pronunciamiento sobre el mérito o fondo del asunto, es decir, más propiamente, sobre aquello que constituye su objeto principal[66], se considera el contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional[67].

Esta regla se consagra en todas nuestras legislaciones, en forma más o menos desarrollada, a veces junto al principio de congruencia[68].

Y bien: justamente como derivado de esa necesidad de resolver el objeto principal del proceso, en todas sus cuestiones, se exige al tribunal que resuelva sobre la cuestión de hecho aún cuando dude acerca de la existencia o inexistencia de algunos o todos los hechos que conforman el objeto de la prueba.

*4.3. Pero la regla de la carga de la prueba no sólo pone al tribunal en condiciones de evitar el non liquet, sino que le prescribe, justamente para ese caso, el contenido de su decisión*[69].

No se puede dejar de reconocer que a veces la carga de la prueba es un recurso no plenamente satisfactorio[70].

Sin embargo, al indicar al juez el contenido de su decisión sobre la cuestión de hecho las reglas de la carga de la prueba aseguran la decisión sobre el fondo del asunto, dotando así a esa cuestión de certeza oficial y, en determinado momento, la cosa juzgada[71]. Por eso, aún cuando en muchos casos la regla fijada por el ordenamiento no sea del todo satisfactoria, siempre es preferible a la incertidumbre o a la ausencia de decisión[72].

## **V. La exigencia, también imprescindible, de que esa regla de juzgamiento esté predeterminada normativamente** [\[arriba\]](#)

*5.1. Finalmente, quiero analizar un punto íntimamente relacionado con el anterior.*

No sólo es imprescindible que exista una regla de la carga de la prueba, sino que esa regla debe estar predeterminada normativamente.

Por ejemplo VERDE propone claramente el punto:

“Si potrebbe, allora, pensare che il giudice sia libero di scegliere, accogliendo o rigettando la richiesta sulla base di personale convinzioni (ad es., la maggior fiducia che gli ispira una parte rispetto all’altra). Se accettassimo una simile possibilità, correremmo il rischio di reintrodurre nel nostro sistema un processo di tipo irrazionale e arbitrario, che abbiamo visto essere retaggio di epoche storiche sorpassate. Il principio di legalità e la certezza del diritto, intesi come prevedibilità e controllabilità delle decisioni giudiziarie, sino contrarii a tale soluzione. L’única via, quindi, è quella di preconstituire un canone di valutazione per il caso dell’incertezza”[73].

*5.2. En un enfoque puramente teórico, y si prescindimos por ahora de la individualización de cuál de las soluciones es ajustada al sistema constitucional,*

*podría decirse que el legislador podría fijar esa regla de juicio de dos posibles maneras:*

(a) Habilitando al tribunal a decidir, en cada caso concreto, cómo debe resolver si duda sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto de la prueba[74]; o

(b) pre-estableciendo como debe resolver en esos casos, fijando ciertas reglas de mayor o menor generalidad[75].

Y, aún en el primer caso (a), podría:

(a1) habilitar a que esa decisión la tome el tribunal en el curso del proceso (por ejemplo, en una audiencia preliminar) o;

(a2) al final del proceso, en la propia sentencia definitiva.

En esta oportunidad sólo me refiero a esta última posibilidad, que es la que propone la tesis de las llamadas cargas probatorias dinámicas, que por mi parte rechazo[76].

Veamos: si dejamos de lado la pura especulación teórica y atendemos al sistema constitucional, es claro que la distribución de la carga probatoria por el tribunal, en cada caso específico, al final del proceso, es contraria a la idea de proceso jurisdiccional que nuestras constituciones prometen.

Justamente al analizar la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en posición que por cierto comparto, señala ABAL OLIÚ que aún si esta regla se considerara consagrada en nuestro derecho -que a mi juicio no lo está- “pareciera que sólo es posible entender que ella sería inconstitucional”.

Fundando esta idea señala el reconocido profesor:

“Se trata de que la existencia de semejante regla sobre las cargas de la prueba no sólo no encuentra apoyo firme en ninguna disposición del C.G.P., sino que si la misma existiera configuraría una flagrante violación del derecho constitucional al debido proceso (además de una violación de lo dispuesto en el art. 18 de la Carta sobre predeterminación legal del proceso); derecho éste que necesariamente comprende la posibilidad de ejercer el derecho de defensa y que nunca puede ejercerse cuando recién al final del proceso el tribunal establece cuáles son las reglas que debían haber cumplido los interesados.

De aceptarse esta teoría naturalmente sucedería a menudo (para desánimo de una parte y alegría de la otra), que al sentenciar el juez resolviera ‘invertir’ la regla sobre la carga de la prueba establecida en el art. 139.1 C.G.P., regla que con toda lógica y derecho era que las partes esperaban que se le aplicara al momento de sentenciar y que teniéndola presente fue la que guió todas sus actuaciones a lo largo del proceso”[77].

En este punto resulta oportuno recordar las palabras de Michele TARUFFO, que revelan los peligros que encierran ese tipo de concepciones:



“En muchos casos los tribunales hacen a un lado, modifican, adaptan o incluso subvierten las normas y los principios legales que determinan la carga de la prueba cuando resuelven causas específicas. En realidad, parece que a menudo los tribunales no se sienten vinculados por esas normas y principios; más bien parece que creen tener la facultad de manipular y ajustar discrecionalmente los criterios jurídicos que rigen la carga de la prueba. Por ello, muchas presunciones judiciales son creadas por los tribunales sin ninguna vinculación a disposición legal alguna (...) La situación es, en cambio, diferente en los sistemas del civil law, donde son también frecuentes las presunciones creadas por los tribunales, pero este fenómeno puede ser criticado simplemente porque no hay ninguna disposición que les confiera la facultad de manipular cargas probatorias”[78].

Y añade luego el autor:

“Las facultades discrecionales que los tribunales crean para sí mismos no son fáciles de explicar ni de justificar, en especial en los sistemas del civil law, en los que la carga de la prueba se regula específicamente mediante normas legales expresas. En realidad, es dudoso que los tribunales estén autorizados a utilizar estos mecanismos, silenciosos o manifiestos, con el fin de modificar la regulación de situaciones jurídicas específicas. En algunos casos, una decisión tomada en aplicación estricta del derecho sustantivo y de las normas que regulan la carga de la prueba puede parecer injusta, pero cabe preguntarse si en esos casos se debe permitir a los tribunales prescindir de las normas existentes y crear su propia norma sobre el caso, manipulando las cargas probatorias para adoptar decisiones que consideren “justas”, en algún sentido de la palabra. De hecho, es dudoso que los tribunales tengan esa facultad de manipular el resultado sustantivo final de causas concretas, tras la apariencia de estar ajustando los criterios sobre las cargas probatorias. Realmente, más valdría que el derecho proveyera a los tribunales y a las partes de criterios generales con los que determinen decisiones consistentes y previsibles que no se basen exclusivamente en consideraciones ad hoc para el caso específico.”[79]

No puedo menos que compartir estas palabras, que ponen la cuestión en su lugar, y nos invitan a repensar la teoría de la carga de la prueba desde el prisma de los valores de la certeza y la previsibilidad, en consonancia con las principales preocupaciones actuales del pensamiento procesal.

Las reglas de la carga de la prueba deben estar predeterminadas normativamente; sólo así se puede garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley.

#### **Principal bibliografía utilizada[80]**

ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, pp. 19-40.

--. Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014.

ACOSTA, Aníbal Gerardo, “Jaque a la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en el IX Congreso de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2007, en <http://www.academiadederecho.org/index.cgi> (consultada 9-9-2014).

ALSINA, Hugo, Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. III, 2ª ed., EDIAR, Bs. As., 1958, pp. 253-262.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, El debido proceso de la garantía constitucional, Ed. Zeus SRL, Rosario, 2003, pp. 184-203.

--. La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo blanch, Barcelona, 2006, pp. 39-52.

ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243.

AMAYA, N. Enrique, Carga de la prueba, Ed. La Docta, Córdoba, 1972.

AUGENTI, Giacomino Primo, L'onere della prova, Società Editrice Del Foro Italiano, Roma, 1932.

BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, Apuntes de Derecho Procesal. 1er. Curso, t. II, 7ª reed., C.E.D., Mdeo., 1971, pp. 234-239.

--. Teoría del proceso, Depalma, Bs. As., 1979, pp. 236-239.

--. El proceso civil, t. I, Idea, Mdeo., 1989, pp. 206-211.

--. “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261.

--. “Los subsistemas de la prueba y de la oralidad”, RUDP, 2/1997, pp. 187-192.

--. “Teitelbaum y la prueba”, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Surcos, Mdeo., 1999, pp. 335-343.

--. “Las situaciones jurídicas y la prueba”, RUDP, 4/2001, pp. 403-408.

BENABENTOS, Omar, “Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas”, ponencia al XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, 2005.

BERMEJO, Patricia, “Nueva concepción sobre la carga de la prueba”, RUDP, 4/1993, pp. 499-501.

BRISÉÑO SIERRA, Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1970, pp. 359-376.

CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, en Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, pp. 317-353.

CARNELUTTI, Francesco, La Prueba Civil, 2da. ed., apéndice de Giacomo P. AUGENTI, trad. Niceto Alcalá ZAMORA Y CASTILLO, Depalma, Bs. As., 1982.

--. Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO y Santiago SENTÍS MELENDO, UTEHA, Bs. As., 1944, pp. 94-100.

--. “Pruebas civiles y pruebas penales”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, pp. 106-110.

--. Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, pp. 344-348.

CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 28-37.

CHIOVENDA, Giuseppe, Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, pp. 782-798.

COUTURE, Eduardo, “Sobre el precepto ‘nemo tenetur edere contra se’”, Rev. de Derecho Procesal (argentina), Ediar, Bs. As., 1943, pp. 53-71 y en “Estudios de Derecho Procesal Civil”, t. II, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 127-152.

--. “El deber de las partes de decir verdad”, en Estudios de Derecho Procesal Civil, t. III, 2da. ed., Depalma, 1978, pp. 233-258.

--. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. ed., Depalma, Bs. As., 1988, pp. 240-248.

DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil Español, t. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, pp. 429-438.

DE LOS SANTOS, Mabel Alicia, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas: inconveniencia de consagrar legislativamente inversiones probatorias, presumiendo apriorísticamente quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, RUDP, 1/1993, pp. 29-33.

DE MIDÓN, Gladys, “A propósito del ‘onus probandi’: la parte en mejores condiciones de suministrar la prueba, bajo la lupa del proceso justo”, RUDP, 1/1993, pp. 35-39.

DENTI, Vittorio, Estudios sobre derecho probatorio, Valetta Ed., Colección “Clásicos del Derecho”, N° 62, EJE, Bs. As., 1974.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial, t. I, Zavalía Ed., Bs. As., 1988, pp. 421-494.

--. Compendio de la prueba judicial, t. I, 1ª ed., anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2000, pp. 193-217.

FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, pp. 129 y 376-382.

GARCÍA GRANDE, Maximiliano, "Inaplicabilidad de las cargas probatorias dinámicas", La Ley, 2005-C, 1082.

GELSI BIDART, Adolfo, "Proceso laboral y carga de la prueba", RUDP, 2/1975, pp. 33-42.

--. "Carga de la prueba: ubicación procesal", RUDP, 1/1998, pp. 7-20.

GOLDSCHMIDT, James, Derecho Procesal Civil, Ed. Labor SA, Barcelona, 1936, pp. 253-292.

GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ra. ed. corregida, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 325-328.

GUERRA PÉREZ, Walter, "Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas", RUDP, 2/1996, pp. 295-304.

--. "Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica", Anales del Foro, pp. 173- 181.

GURRIERI, Fernando, "Cargas probatorias dinámicas", Rev. del Colegio de Abogados de Rosario, Rosario, 1999, pp. 113-126.

I.U.D.P., "Conclusiones aprobadas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Procesal", RUDP, 1/1999, pp. 163-167.

KLETT, Selva y PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso", RUDP, 1/1997, pp. 49-95.

KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, "Principios de la prueba en el sistema procesal", RUDP, 1/2000, pp. 71-107.

LANDONI, Ángel, "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", RUDP, 1/1997, pp. 97-113.

LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A, B de f, Mdeo., 2003, pp. 364-381.

LUISO, Francesco P., Diritto Processuale Civile, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, pp. 256-262.

MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-202.

MARABOTTO, Jorge, “Prueba - Generalidades. Declaración de parte - Prueba testimonial”, en Curso sobre el C.G.P., t. I., 1ª ed., reimp., FCU, Mdeo., 1991, pp. 129-159.

MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1961.

--. Curso de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJEA, Bs. As., 1970, pp. 96-101.

MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho jurisdiccional, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 262-267.

MORELLO, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, Librería Ed. Platense, Bs. As.-La Plata, 1991.

MORETTI, Raúl, “Apuntes sobre la tutela convencional y especialmente sobre el pacto de inversión de la carga de la prueba”, RDJA, t. 36, 1938, pp. 80-89.

MORTARA, Lodovico, Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile, vol. III, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, pp. 539-559.

PALACIO, Lino, Manual de derecho procesal civil, 18ª ed. actualizada, reimp., Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2004, pp. 398-402.

--. Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 286-297.

PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 1ª ed., Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1986.

PEREIRA CAMPOS, Santiago, “El deber de colaboración en la práctica de medidas probatorias”, RUDP, 4/2000, pp. 511-523.

--. “Los sistemas de valoración de la prueba”, RUDP, 1/2003, pp. 79-98.

PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas puesta a prueba”, RUDP, 2/1992, pp. 239-241.

PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996.

PRIETO CASTRO, Leonardo, Exposición del Derecho Procesal Civil de España, t. I, 2ª reimp., Librería General, Zaragoza, 1944, pp. 301-306.

PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, 2010, pp. 453-464.

QUEVEDO MENDOZA, Efraín I., “El derecho a la prueba como garantía constitucional”, en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, [www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal).

--. “Carga de la prueba”, en *La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO*, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 157-171.

REYES OEHNINGER, Alberto, “La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley”, *RUDP*, 3/2007, pp. 591-606.

RICCA BARBERIS, Mario, “La carga de la prueba”, *RDJA*, t. 36, 1938, pp. 99-103.

ROCCO, Ugo, *Corso di teoria e pratica del processo civile*, vol. I, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1951, pp. 451-453.

ROSENBERG, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

--. *La carga de la prueba*, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJEA, Bs. As., 1956.

ROSSI, Rosina, “Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49.

SENTÍS MELENDO, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal*, t. I, EJEA, Bs. As., 1967, pp. 173, 205, 445-453, 592-594, 612-613 y 617.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, pp. 364-365.

STIPANICIC, Emma y VALENTIN, Gabriel, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, FCU, Mdeo, 1999, pp. 477-504.

--. *Proceso laboral*, 2da. ed., Del Foro S.R.L., Mdeo., 2000, esp. pp. 123-156.

TARIGO, Enrique, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, t. II, 2ª ed., Mdeo., 1998, pp. 18-19.

TARUFFO, Michele, “Note per una riforma del diritto delle prove”, en *Rivista de Diritto Processuale*, 2° serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986.

--. *La prueba*, 1ª ed., trad. por Laura MANRÍQUEZ y Jordi FERRE BELTRÁN, Marcial Pons, Madrid, 2008.

--. La prueba de los hechos, 3ª ed., trad. por Jordi FERRER BELTRÁN, Ed. Trotta SA, Madrid, 2009.

TERRASA, Eduardo, “Cargas probatorias dinámicas”, en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 95-110.

VALENTIN, Gabriel, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742.

--. “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366.

--. “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba”, Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.

VAN ROMPAEY, Leslie, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”, LJU, t. 111, 1995, Sec. Doctrina, pp. 447-453.

VARGAS, Abraham Luis, “Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, en Activismo y garantismo procesal, obra colectiva, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 79-94.

VERDE, Giovanni, L´onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell´Università di Camerino, Napoli, 1974.

--. Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

VÉSCOVI, Enrique, “La carga de la prueba”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-274.

--. “El estado del proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española”, RUDP, 3/1999, pág. 423.

VÉSCOVI, Enrique et. al, Código General del Proceso”, Ed. Ábaco, Bs. As., 1998, t. 4, pp. 23-325.

VIERA, Luis A., “La prueba”, en el Curso de Derecho Procesal, t. II, FCU, 1987, obra colectiva del I.U.D.P., pp. 89-96.

VV.AA., “Conclusiones del XVII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal”, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 1993, RUDP, 1/1993, esp. pág. 234.

VV.AA., Cargas probatorias dinámicas, bajo la dirección de Jorge W. Peyrano, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004.

-----  
\* Artículo recibido el 9/12/14; admitido el 15/12/14.

[1] Profesor Adjunto de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad de la República. Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho Universidad Católica del Uruguay y Coordinador Académico en la misma Facultad. Magister en Derecho Procesal por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina), Doctorando y Profesor Invitado en la misma Facultad.

[2] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba, trad. de Ernesto KROTOSCHIN de la 3ª ed. alemana, EJE, Bs. As., 1956. V. también su Tratado de Derecho Procesal Civil, t. II, trad. de Ángela ROMERA VERA de la 5ª ed. alemana, EJE, Bs. As., 1955, pp. 221-229.

[3] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1961. V. también su Curso de Derecho Procesal Civil, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1970, pp. 96-101.

[4] VERDE, Giovanni, L'onere della prova nel processo civile, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, Napoli, 1974. V. también su Diritto processuale civile, t. 1, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, pp. 112-115.

[5] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la prueba judicial, t. I, anotado y concordado por Adolfo ALVARADO VELLOSO, Rubinzal-Culzoni Editores, Bs. As., 2000, pp. 23-24.

[6] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I, Víctor P. de Zabalía Ed., Bs. As., p. 36.

[7] V. en este sentido: BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, "Los subsistemas de la prueba y de la oralidad", RUDP, 2/1997, p. 191. V. también ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. II, 3ª ed. ampliada y actualizada, FCU, Mdeo., 2014, p. 260. Para no complejizar este análisis, nos limitamos al caso en que las partes son sujetos privados; si se trata de sujetos públicos (por ejemplo el actor es el Estado), entendemos que su situación jurídica no es de derecho, sino de deber complejo (v.: VALENTIN, Gabriel, Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2013, p. 36).

[8] QUEVEDO MENDOZA, Efraín, "El derecho a la prueba como garantía constitucional", en el IX Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Buenos Aires, 2007, [www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal](http://www.e-derecho.org.ar/congresoprocesal); VALENTIN, Gabriel, "Divorcio causal. Un caso práctico de prueba ilícita. La grabación no consentida de una conversación telefónica entre una de las partes y un tercero", Revista Uruguaya de Derecho de Familia, N° 20, FCU, Mdeo., 2008. Por eso se dice que forma parte del derecho de defensa, garantizado constitucionalmente (VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 2, 3ª ed., Zanichelli Ed., Bologna, 2012, p. 62).

[9] PICÓ I JUNOY, Joan, El derecho a la prueba en el proceso civil, Bosch Editor SA., Barcelona, 1996, pp. 37-38.

[10] ANDOLINA y VIGNERA, citados por MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed, a cura di Antonio CARRATA, G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, p.179, nota a pie de página 15.

[11] TARUFFO, Michele, "Note per una riforma del diritto delle prove", en Rivista de Diritto Processuale, 2° serie, anno XLI, N° 2-3, aprile-settembre, 1986, p. 259.

[12] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos, 3ª ed., trad. de Jordi FERRER



BELTRÁN, Ed. Trotta, Madrid, 2009, pp. 357-358.

[13] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos cit., p. 359.

[14] TARUFFO, Michele, La prueba de los hechos cit., pp. 359-360. V. también, ampliamente: DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de la prueba judicial, t. I cit., pp. 41-42; del mismo autor, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., pp. 131-133. V. también: VALENTIN, Gabriel, “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba”, Revista del Derecho del Trabajo, año II, N° 3, La Ley Uruguay, Mdeo., abril / junio 2014, pp. 173-201.

[15] Sobre principios y reglas, generales y especiales, v., de mi autoría: Principio de congruencia y regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 39-42.

[16] Para el proceso penal v.: GARDERES, Santiago y VALENTIN, Gabriel, Bases para la reforma del proceso penal, 1ª ed., Konrad Adenauer Stiftung - Serpaj Uruguay, Mdeo., 2007, pp. 16, 78-79 y 145.

[17] KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, Principios de la prueba en el sistema procesal civil, RUDP, 1/2000, p. 87.

[18] VALENTIN, Gabriel, La reforma del Código General del Proceso, 1ª ed., FCU, Mdeo., pp. 21-22 y 110-112. Sobre los conceptos de cada uno de los motivos de rechazo v.: LANDONI SOSA, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso. Comentado, con doctrina y jurisprudencia, vol. 2 - A, B de F, Mdeo., 2003, pp. 429-432.

[19] V., p. ej.: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (reflexiones críticas sobre la confirmación procesal), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

[20] V., ampliamente, y con varias precisiones: ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. IV, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014, p. 13.

[21] ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, FCU, Mdeo., 2011, p. 19; del mismo autor, Derecho Procesal, t. IV cit., p. 119.

[22] Utilizo la expresión objeto de la prueba, habitual en el Uruguay, que coincide con lo que otros autores denominan tema de prueba, para referirme a aquellos hechos que en determinado proceso concreto debe ser materia de la actividad probatoria (v. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., p. 142; del mismo autor, Compendio de la prueba judicial, t. I cit., p. 73; ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., p. 31). Sobre el punto en Uruguay v.: ABAL OLIÚ, Alejandro, “Delimitación del objeto de la prueba”, RUDP, 3/2004, p. 223.

[23] Así, en el proceso ordinario de la ley procesal uruguaya el objeto de la prueba se determina expresamente en la audiencia preliminar (CGP, art. 341 num. 6º, red. actualmente dada por la ley 19.090). Lo mismo ocurre en la ley procesal nacional argentina (CPCNA, art. 360 num. 3, red. dada por la ley 25.488). Esta determinación del objeto de la prueba no siempre funciona bien en la práctica: en muchas ocasiones se reduce a señalar, genéricamente, que se necesitan probar los hechos alegados y controvertidos. Lo que, naturalmente, es lo mismo que no determinarlo.

[24] En este tipo de sistemas ese juzgamiento implícito es imprescindible para decidir si se abre a prueba (p., ej., art. 145 del CPC de Santa Fe). Esa determinación implícita también hace posible que - aunque excepcionalmente - el tribunal pueda rechazar anticipadamente algún medio de prueba manifiestamente impertinente.

[25] Por lo que se excluyen los hechos incontrovertibles o incontestables, como los evidentes, notorios o presumidos absolutamente por la ley.

[26] Si se trata de hechos relativos a cuestiones indisponibles, aún cuando no exista controversia, siempre necesitan ser probados. Entiendo por cuestión

indisponible aquella que sólo puede ser resuelta en un proceso jurisdiccional estatal (o sea, no arbitral) y a través de una sentencia (o sea, no a través de otro modo de eliminación de la insatisfacción jurídica, como la conciliación o la transacción, por ejemplo).

[27] Digo eventualmente porque, como veremos enseguida, según cuál sea el resultado de la valoración, pueden sobrevenir otras tareas intelectuales dentro de la actividad de sentenciar.

[28] PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Los sistemas de valoración de la prueba”, RUDP, 1/2003, p. 79.

[29] LANDONI, Ángel (Director), GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., pp. 393-395.

[30] Adicionalmente, anoto mi coincidencia con la observación de ABAL OLIÚ sobre el sistema de la “libre o íntima convicción”: este sistema es inconstitucional, por ser violatorio de las garantías del debido proceso, en cuanto permitiría que un juez pudiera resolver sin apoyarse en el resultado probatorio (“Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 23-24; Derecho Procesal, t. IV cit., p. 126).

[31] VALENTIN, Gabriel, “El principio de la libertad de la prueba y la carga de la prueba” cit., pp. 187-188.

[32] V. por todos: PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. IV, 4ª ed. actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, p. 287.

[33] Por ejemplo, en la doctrina italiana, LUIISO comprende ambos fenómenos bajo la misma denominación de “principio di acquisizione” (Diritto Processuale Civile, t. I, 7ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 256).

[34] Luego de la reforma de la ley 19.090 el art. 142.1 del CGP dice que las pruebas “pertenecen al proceso”. Sobre esta modificación v.: PEREIRA CAMPOS, Santiago, Código General del Proceso. Reformas de la ley 19.090. Comparadas y comentadas, 1ª ed., UM, Mdeo., 2013, p. 248; VALENTIN, Gabriel, La reforma del Código General del Proceso cit., p. 108. No ingreso aquí en la discusión acerca del momento en que la prueba se adquiere para el proceso: para algunos es desde su misma proposición; para otros, es desde su admisión y orden de diligenciamiento; para otros, es desde su producción.

[35] V.: KLETT, Selva, BALUGA, Cecilia, ÁLVAREZ, Federico y CASTILLO, Juan, “Principios de la prueba en el sistema procesal” cit., pp. 105-107. Sobre el tema v. también: PEYRANO, Jorge W., El proceso civil. Principios y fundamentos, Astrea, Bs. As., 1978, pp. 337-345; PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. I, 3ª ed., actualizada por Carlos Enrique CAMPS, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2011, pp. 208-209; ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. IV cit., pp. 82-85 y 128-129.

[36] ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 20 y 27; del mismo autor, Derecho Procesal, t. IV cit., p. 135.

[37] Una breve digresión terminológica: utilizo la expresión objeto del proceso en el sentido tradicionalmente aceptado por la doctrina, esto es, como aquello sobre lo cual recae la actividad procesal, que para algunos será el litigio, para otros la pretensión, y para otros, entre los que me incluyo, la insatisfacción jurídica y el requerimiento de satisfacción. Coincide, en definitiva, con la primera acepción de la expresión “objeto” en el Diccionario de la Lengua: “Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto”.

En cambio ALVARADO VELLOSO sostiene que el objeto del proceso es la sentencia (Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 28; Lecciones de Derecho Procesal Civil, adaptado a la

legislación uruguaya por Gabriel VALENTIN, 1ª ed., La Ley Uruguay, Mdeo., 2011, p. 14 y 701). En este caso se utiliza la palabra objeto en su tercera acepción castellana: “Término o fin de los actos de las potencias”. V. nuestra nota a esas Lecciones, pp. 14-15; y nuestra tesis de maestría El principio congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 103-104. Por su parte CALVINHO prefiere decir que la sentencia es el objetivo del proceso (Estudios Procesales. Enfoque sistemático pro-homine, Ed. San Marcos - Instituto Panamericano de Derecho Procesal Capítulo Perú, Lima, 2008, pp. 86-87 y 122); lo que nos parece más apropiado, ya que nos permite utilizar la expresión objeto en su acepción procesal tradicional.

[38] Así, sobre el juez romano: AULO GELIO, Las noches áticas, EJEA, Bs. As., 1959, pp. IX, XVII, XXIX y Libro XIV, cap. Segundo, que contiene la “Disertación de Favorino, por consulta mía, sobre los deberes del juez”.

[39] LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., p. 365.

[40] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 56-57. El destacado es mío. A pesar de esa clara separación, el autor incurre a mi juicio en algunas confusiones cuando señala que la apreciación libre de la prueba no permanece libre del influjo de la distribución de la carga de la prueba. Advierte el autor que “una distribución errónea de la carga de la prueba puede inducir al juez a conclusiones erróneas y, por consiguiente, a una sentencia errónea, aún cuando no está en cuestión propiamente la aplicación de una norma sobre carga de la prueba, creyendo el juez haber llegado (si bien en base a un error) a una aclaración completa de la situación de hecho”. Por ejemplo, en uno de los casos que maneja, un tribunal consideró que la carga de la prueba de la culpa correspondía al demandado, y el superior consideró que en realidad correspondía al actor. Según la propuesta de ROSENBERG, en un caso como ese, puede ocurrir que la errónea concepción del primer tribunal sobre la carga de la prueba haya influido en su valoración. A nuestro juicio, la tesis es errónea: si la culpa del demandado se probó, no importa quién tenía la carga de demostrarla; esto sólo importa, precisamente, si la culpa no se probó. V. ampliamente, la explicación y ejemplos del autor, en la op. cit., pp. 61-64.

[41] La primera edición de la obra de WEBER es de 1804, y tiene reediciones de 1832 y 1845 (v. ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 17 y nota 23).

[42] Reglas similares consagraron todos los códigos civiles influidos por el Código Napoleón: “Chi domanda l’ esecuzione di una obbligazione, deve provarla, e chi pretende esserne stato liberato, deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l’ estinzione della sua obbligazione” (CC italiano de 1865, art. 1312); “Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá” (CC español, art. 1214); “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta” (CC uruguayo de 1868, art. 1573); etc. Aún códigos modernos, como el CC italiano vigente, no se apartan demasiado de ese enfoque: “(Onere della prova). Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l’ inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si é modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’ eccezione si fonda” (art. 2697). Lo mismo el art. 139.1 del CGP uruguayo: “Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión”. Aunque la terminología ha mejorado (ya no se habla de obligación ni de deber de probar, sino de carga), la mirada se dirige básicamente a la parte que necesita probar; no al juez que debe resolver a pesar de la duda.

[43] La obra de GLASER es de 1883 (v. ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 15, nota 14, y p. 16; MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 106,

nota 4).

[44] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 106.

[45] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 16-21.

[46] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., pp. 21-37.

[47] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 175.

[48] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 110.

[49] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, t. I cit., p. 426.

[50] LANDONI, Ángel, GARDERES, Santiago, GOMES, Fernando, GONZÁLEZ, María Eugenia y VALENTIN, Gabriel, Código General del Proceso, vol. 2 A cit., pp. 367-368.

[51] Como dice CARNELUTTI, aunque limitando su análisis al proceso civil, “la carga de la prueba, que tiene una doble función, sirve no sólo para estimular la acción de las partes, sino también para orientar al juez en orden a la decisión sobre los hechos desconocidos” (“Pruebas civiles y pruebas penales”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. II, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, p. 108). Luego agrega que esa regla que orienta al juez es una “regla de juicio” (op. cit., p. 110).

[52] ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., p. 39.

[53] FAZZALARI, Elio, Istituzioni di Diritto Processuale, 6ª ed., CEDAM, Padova, 1992, p. 382; MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho Jurisdiccional, t. II, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 264-265; MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II, 21ª ed., G. Giappichelli Ed., Torino, 2011, pp. 193-195; VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 1 cit., p. 113.

[54] CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales” cit., p. 108.

[55] CARNELUTTI, Francesco, “Pruebas civiles y pruebas penales” cit., p. 108.

[56] MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II cit., p. 193.

[57] KOHLER, cit. por CHIOVENDA (Principii di Diritto Processuale Civile, 3ª ed., Casa Tipografico-Editrice N. Jovene E. C., Napoli, 1923, p. 796) y ROSENBERG (La carga de la prueba cit., p. 56). Más modernamente, autores como EKELÓF (1962) y MOTSCH (1978 y 1983) cuestionaron la necesidad de esta regla. En particular este último postuló que el sistema de la libre apreciación de la prueba permite solucionar prácticamente todos los problemas probatorios (citados por PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio”, Revista Ius et Praxis, Año 16, N° 1, 2010).

[58] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 57.

[59] A modo de ejemplo v.: ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 57; MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., pp. 111 y 175-187; CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del proceso civil, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, p. 347; PALACIO, Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, t. IV cit., p. 287; MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. II cit., p. 193; VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 1 cit., p. 112.

[60] MICHELI, Gian Antonio, La carga de la prueba cit., p. 176.

[61] Uruguay: CC, arts. 15; Ley Orgánica de la Judicatura y Organización de los Tribunales, art. 5º inc. 2º; CGP, art. 25.1; Código de la Niñez y la Adolescencia, art. 67 inc. 2º. Argentina: CC, arts. 15 y 16. Paraguay: CC, art. 6º. Italia: CC, art. 12 de las disposiciones preliminares.

[62] También de esta regla, como del principio de sumisión del juez al derecho, se extrae el iura novit curia; cuyos límites, sin embargo, deben delimitarse cuidadosamente (v., ampliamente: VALENTIN, Gabriel, El principio de congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 185-202).

[63] Como advierte ALVARADO VELLOSO citando el art. 15 del CC argentino, “la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de carencia de norma pero dejó irresuelto el supuesto de carencia de hechos o, mejor aún, de carencia de prueba acerca de esos hechos” ALVARADO VELLOSO, Adolfo, La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal) cit., pp. 40-41. En el mismo sentido, en el derecho uruguayo: ABAL OLIU, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., p. 27.

[64] VALENTIN, Gabriel, El principio de congruencia y la regla iura novit curia en el proceso civil uruguayo cit., pp. 18-19.

[65] HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “La Constitución española, veinticinco años después. Su influencia en el derecho procesal”, RIDP, Bs. As., año II, N° 3, 2006, p. 149.

[66] Por supuesto que la ley puede eximir al tribunal de pronunciarse sobre el objeto principal cuando acoge una excepción que releva la inexistencia de un proceso regular (p. ej., una excepción de cosa juzgada). En esos casos, el tribunal tiene un deber de pronunciarse sobre ese objeto accesorio o secundario (no principal), y si estima la excepción ya no será exigible un pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

[67] MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia, Derecho Jurisdiccional, t. I, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Barcelona, 2008, pp. 261-263, con citas de sentencias del Tribunal Constitucional que confirman la necesidad de que se dicte “una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas” (s. 9/81; 121/1994); MANDRIOLI, Crisanto, Diritto Processuale Civile, t. I, 21ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 91.

[68] Uruguay: CGP, arts. 11.1, 25.1, 197 y 198. Argentina: CPCNA, art. 163 num. 6°. Paraguay: CC, art. 159 lit. e. Italia: CPC, art. 112.

[69] ROSENBERG, Leo, La carga de la prueba cit., p. 58.

[70] Nada menos que CARNELUTTI la calificó como “recurso mediocre” (“Líneas generales de la reforma del proceso civil de cognición”, en Estudios de Derecho Procesal, vol. I, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1952, p. 106). Sin embargo, su cuestionamiento refería más bien a una determinada forma de distribución de la carga probatoria, la que resuelve la duda sobre una afirmación contra la parte a quien esa afirmación favorece.

[71] Límite mi análisis a los procesos contenciosos (para muchos, el único y verdadero proceso). De todos modos, en el llamado proceso voluntario también debe aplicarse una regla de juicio que indique cómo resolver cuando el o los interesados no probaron los hechos alegados.

[72] No analizo aquí las distintas reglas consagradas por los ordenamientos procesales a lo largo de la historia, porque ello nos alejaría demasiado del propósito de estas líneas.

[73] VERDE, Giovanni, Diritto processuale civile, t. 1 cit., pp. 112-113. El destacado es mío.

[74] V., p. ej., el manejo de esta idea por CALAMANDREI, Piero, “Verdad y verosimilitud en el proceso civil”, incluido en las Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol. III, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Librería El Foro S.A., Bs. As., 1996, p. 337. En 1913 GAUTSCHI presentó un estudio en cuyas primeras 15 páginas sostiene la tesis de que la carga de la prueba no debía juzgarse de acuerdo a la ley sino la libre discreción del juez; sin embargo, según refiere PRÜTTING, en las restantes 520 páginas “con un ejemplo tras otro no llega siquiera a poder afirmar e identificar un sistema como el propuesto” (PRÜTTING, Hans, “Carga de la prueba y estándar probatorio: la influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno derecho probatorio” cit.).

[75] Como señala PRÜTTING, fue ROSENBERG quien reconoció que la distribución de la carga de la prueba no estaba sujeta a la discreción del juez, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica (op. cit. en la nota anterior).

[76] En el Uruguay, inicialmente, esta teoría era aceptada por la mayoría de los autores: VAN ROMPAEY, Leslie, “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho Procesal uruguayo”, LJU, t. 111, 1995, Sección Doctrina, pp. 447-453; VÉSCOVI, Enrique, “La carga de la prueba”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 263-273; KLETT, Selva, y PEREIRA CAMPOS, Santiago, “Valor de la conducta procesal de las partes desde la perspectiva probatoria en el Código General del Proceso”, RUDP, 1/1997, pp. 76-78; LANDONI, Ángel, “Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba”, RUDP, 1/1997, pp. 104-105; CASTELLO, Alejandro, “Carga y valoración de la prueba en el proceso laboral. Algunas reflexiones sobre su evolución en la jurisprudencia”, IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizadas en Minas, Diciembre 1997, Biblioteca de Derecho Laboral n° 14, pp. 28-37; ROSSI, Rosina, “Disponibilidad del medio probatorio en el Código General del Proceso”, en las IXas Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, FCU, Minas, 1997, Biblioteca de Derecho Laboral, n° 14, pp. 11-28 y 48-49; ÁLVAREZ, Federico, BALUGA, Cecilia, GONZÁLEZ, Mónica, MARQUISA, Patricia, MORALES, Doris, MUÑOZ, Gervasio, PESCADERE, Diego, SAPELLI, Rosario, WEISZ, Fabiana, (Coordinadora Selva KLETT), “La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de alimentos de menores”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 235-243; REYES OEHNINGER, Alberto, La flexibilización de la carga de la prueba (art. 139 CGP) es ley, RUDP, 3/2007, pp. 591-606.

Actualmente es rechazada por la doctrina que entendemos levemente mayoritaria: GUERRA PÉREZ, Walter, “Algunas reflexiones sobre cargas de la prueba dinámica”, Anales del Foro, pp. 173- 181; del mismo autor, “Anotaciones sobre una sentencia que admite la teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 2/1996, pp. 295-304; BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, “Sustitución de la llamada carga dinámica por la interpretación legal”, en las IXas Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Ed. Universidad, Mdeo., 1997, pp. 253-261; STIPANICIC, Emma, y VALENTIN, Gabriel, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, en Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Adolfo Gelsi Bidart, FCU, Mdeo, 1999, pp. 496-504; de los mismos autores, Proceso Laboral, 2ª ed., Del Foro SRL, Mdeo., 2000, pp. 143-153; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., “El principio de imparcialidad y la carga de la prueba en el CGP”, exposición las Jornadas de Homenaje a los Profesores Enrique Tarigo y Víctor H. BERMÚDEZ, celebradas en el Paraninfo de la Universidad de la República, Montevideo, 18 y 19 de abril de 2005, y en las Jornadas Preparatorias del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal en Homenaje al Maestro Dante BARRIOS DE ÁNGELIS, celebradas en el Aula Magna de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 6 de agosto de 2008; VALENTIN, Gabriel, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, en La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. El Mundo Procesal rinde Homenaje al Maestro Adolfo ALVARADO VELLOSO, dirigido por Guido AGUILA GRADOS y Ana CALDERÓN SOMARRIVA, Ed. San Marcos, Lima, 2008, pp. 723-742; del mismo autor, “Análisis crítico de la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas”, RUDP, 3-4/2008, pp. 351-366; VARELA-MÉNDEZ, Edgar J., La carga de la prueba y la iniciativa probatoria del tribunal en el Código General del Proceso, Colección “Ensayos Procesales”, N° 20, Rosario, Argentina, 2010, pp. 3-39; ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 19-40; GREIF, Jaime, “El sistema probatorio y la

carga de la prueba”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal cit., pp. 89-90; TOMMASINO, Beatriz y GUTIÉRREZ PUPPO, Cecilia, “Carga de la prueba en el proceso civil ordinario de protección ambiental”, en XV Jornadas Nacionales de Derecho Procesal cit., pp. 127-148; ABAL OLIÚ, Alejandro, Derecho Procesal, t. IV cit., pp. 142-148.

[77] ABAL OLIÚ, Alejandro, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba” cit., pp. 36-37. V. también: Derecho Procesal, t. IV cit., p. 147.

[78] TARUFFO, Michele, La prueba, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 153-154.

[79] TARUFFO, Michele, La prueba cit., pp. 154-155.

[80] Sólo incluyo la bibliografía utilizada vinculada específicamente al tema. En el texto se citan otras obras, que tratan temas generales o específicos vinculados.