

Sobre el esquema de terminación del proceso según Jorge W. Peyrano y la doble carga procesal del “onus probandi”¹*

Por Horacio G. López Miró

1. Introducción

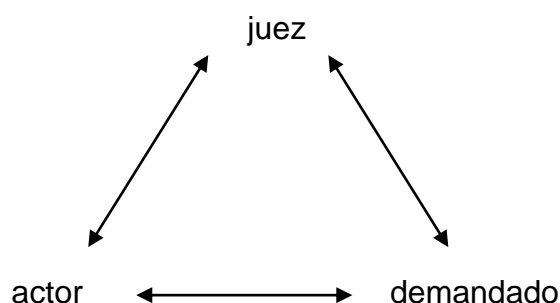
Expresa Peyrano que las reglas del *onus probandi* se tienen en cuenta solamente cuando la prueba rendida en autos ha resultado insuficiente para crear, en la mentalidad y el ánimo del juzgador, convicción en grado tal como para hacer lugar a la demanda o rechazarla¹.

Hace años expusimos sobre el tema, acerca del doble contenido de dicha carga procesal, que estimamos oportuno reiterar, con el *aggiornamento* propio de la experiencia empírica, el estudio y el paso del tiempo².

2. El árbol con dos ramas

Imaginemos que la carga procesal de confirmar los hechos previamente afirmados en el escrito de demanda, de responde, o de reconvenición es un árbol, de cuyo tronco emergen sólo dos ramas, y resulta imposible acceder a la segunda sin pasar antes por la primera.

Si recordamos el concepto básico de “carga procesal”, vemos que en el proceso civil coexisten tres tipos distintos de imperativos jurídicos: los deberes, las obligaciones y las cargas. Los deberes se presentan sólo en el plano vertical, aquél que va y viene entre las partes y el juez, situado por encima y equidistante de ellas, en el clásico triángulo de Chiovenda³.



* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Peyrano, Jorge W., *La regla de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*, LL, 208-C-748.

² López Miró, Horacio G., *Probar o sucumbir*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.

³ Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del derecho procesal. Primera parte*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995.

Se entiende que entre las partes existen obligaciones recíprocas, no deberes y, por último, alrededor de cada parte, casi como envolviéndola en un plano insular, existe un círculo abstracto que contiene sus propios intereses, por lo que este imperativo jurídico se denomina “del propio interés”, o “carga procesal”, cuyo cumplimiento no es sancionable ni constreñible, importando –solamente– la pérdida de una facultad, salvo apercibimiento expreso contenido en el mandato judicial.

Toda carga procesal contiene tres elementos constitutivos que consisten en un mandato emitido por la ley o el órgano jurisdiccional (“*ven a comparecer al proceso*”), un plazo para cumplirlo (“*para ello te doy tres días*”), y un apercibimiento (“*porque si no lo haces te declararé rebelde*”).

A nadie más que al propio interesado importa si comparece o no en el proceso. Es en su propio interés (y beneficio) cumplir con el mandato judicial, para evitar ser sujeto pasivo del apercibimiento tácito o expreso que el incumplimiento origine.

El *onus probandi* es una de aquellas cargas procesales, atento que contiene un mandato expreso: “*ven a ofrecer los medios probatorios de que habrás de valerte*”; incluye también un plazo, que varía según el tipo de trámite y la norma procesal aplicable, y lleva un apercibimiento tácito, contenido en la ley de forma: “*porque si no lo haces, se dará por decaído el derecho dejado de usar*”, sin necesidad de declaración judicial alguna⁴. Salvo disposición expresa, el vencimiento del plazo sin que se haya cumplido con determinada carga procesal, no implica la aplicación de ningún otro apercibimiento (generalmente tácito) que no fuera la pérdida del derecho dejado de usar⁵.

En este sentido, la notificación de la apertura a prueba para cualquiera de las partes (si el tipo de trámite procedimental así lo exigiera), la mera iniciación de la demanda, su traslado o la reconvenición (para otros tipos de trámites) implica la generación de la carga procesal, para la parte interesada, de cumplimentar con el *onus probandi*. Podemos citar como ejemplo la provincia de Santa Fe, cuando se trata de demandas a ser presentadas ante los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual (art. 545, inc. 1); la provincia de Buenos Aires, en los supuestos contemplados en la norma del art. 484; el Código Procesal de la Nación, en los casos del art. 333; la provincia de Entre Ríos, en el caso del art. 320 del Cód. Procesal, etcétera. En ellos se exige que –juntamente con la demanda, contestación o reconvenición– la parte presentante “ofrezca” toda la prueba de que intente valerse, además de acompañar toda la documental que obrase en su poder.

Salvo estos casos puntuales, por lo general y los demás tipos de juicios, existe una etapa procesal bien diferenciada de las demás, que se denomina “etapa de prueba”, que comienza con su “apertura”. En estos casos, una vez precluido el momento procesal para la contestación de la demanda y/o de la reconvenición, las partes deben decirle al juez cómo habrán de confirmar los hechos previamente afirmados en sus respectivos escritos, es decir, demanda, reconveniciones y sus correspondientes contestes.

⁴ Art. 70, Cód. Proc. Civil y Com. de Santa Fe (art. 150 in fine, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, y art. 48, Cód. Proc. Civil y Com. de Córdoba).

⁵ López Miró, Horacio G., *Efectos procesales de la falta de contestación de un traslado*, “Zeus”, n° 14, ago. 2008.

Esta es la etapa de la prueba, o de la “confirmación”, en término de Briseño Sierra⁶. Es en este momento que las partes se sitúan frente a aquel árbol del que hablábamos inicialmente, prestas y prontas a cumplir con la carga procesal generada por el magistrado, usualmente a pedido de la actora.

3. La primera rama

Esta es la rama del “ofrecimiento”. En este momento, las partes deben decirle al juez qué medios probatorios van a utilizar para confirmar los hechos previamente afirmados (p.ej., comunicar que se utilizarán documentos, indagaciones de testigos y absolución de posiciones de la contraria).

Para todo hay un plazo establecido, que varía según los códigos de rito y que, una vez vencido, hace precluir el derecho de la parte de ofrecer prueba. Nada se podrá probar que no haya sido ofrecido con anterioridad o, dicho de otra manera, ningún medio confirmatorio podrá producirse, si no ha sido ofrecido, primero, dentro del plazo legal para hacerlo. Quien no cumpla con esta carga procesal quedará, lisa y llanamente, sin poder corroborar los hechos que haya alegado en la demanda, conteste o reconvencción.

Diríase, a título de fórmula, que en este “momento” la parte debería preguntarse: “¿qué tipo de prueba voy a utilizar, para demostrar la veracidad de mis afirmaciones anteriores?”.

4. La segunda rama

Sin duda, se trata de la fase más importante en la etapa de la prueba, pues de nada vale que se haya ofrecido una batería de medios probatorios, si luego ellos no fueran producidos. Sería como inscribirse y vestirse para participar en una carrera, para luego no presentarse en la línea de largada.

Pero, además, es éste el momento procesal más importante de la etapa de la “confirmación”, por cuanto no se trata de producir medios probatorios intrascendentes o poco significativos, sino de producir aquellos que son idóneos para generar, en la mentalidad del juzgador, el grado de certeza necesario para poder resolver el conflicto, en uno u otro sentido.

También aquí, a guisa de fórmula enunciativa, la parte debería preguntarse: “¿Cuánta prueba, y de qué tipo, debo utilizar para generar, en la mentalidad del juzgador, el grado de certeza necesario para que resuelva el conflicto de manera favorable a mis intereses?”.

Evidentemente, como lo advertimos *ab initio*, no se puede trepar a la segunda rama sin haber pasado antes por la primera.

⁶ Briseño Sierra, Humberto, *Tratado de derecho procesal*, t. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1987.

5. Los grados de certeza

Varias veces, en los párrafos precedentes, hemos hablado del “grado de certeza necesario” para que el juzgador resuelva favorablemente a nuestra conveniencia, haciendo lugar o rechazando la demanda.

Insistimos en el concepto de “grados”, por cuanto la certeza no es un valor absoluto, sino relativo, y además porque no siempre el juez requiere del mismo nivel de convicción para poder emitir un pronunciamiento definitivo, sino que ello depende de la específica pretensión en tratamiento.

Como dijimos anteriormente, la certeza puede presentarse en distintos grados, a saber: “verosimilitud” (*fumus bonis juris*), “fehaciencia” (que da fe por sí misma) y “convicción plena”. Por ejemplo, para el otorgamiento de una medida cautelar, generalmente sólo es menester convencer al juez de la existencia de un derecho “verosímil”, para hallar responsabilidad en casos de responsabilidad médica, por culpa, el grado de certeza a generar es de “fehaciencia”, y para adquirir por medio de la prescripción decenal, se requiere el “convencimiento absoluto” o la “plena prueba”⁷.

En este camino de marcha, existen tres posibilidades.

- a) Que la parte no ofrezca prueba alguna.
- b) Que la ofrezca pero no la produzca.
- c) Que la ofrezca y la produzca, pero no lo haga de manera tal de generar el grado de certeza requerido⁸.

Es precisamente en estas tres situaciones donde tiene aplicación el esquema de terminación del proceso a que hace referencia Peyrano, dado que es recién entonces que las reglas del *onus probandi* son tenidas en cuenta, atento que la prueba rendida en autos, si alguna ha resultado insuficiente para crear, en la mentalidad y el ánimo del juzgador, convicción en grado tal como para hacer lugar o rechazar la demanda.

En estos casos, queda claro que los magistrados no pueden dejar de fallar⁹, so pretexto de que las probanzas de autos han resultado insuficientes, en un sentido o en otro; ello así, el magistrado tendría –en nuestra opinión– dos alternativas.

Por una parte puede ejercitar la facultad que le concede el art. 20 del Cód. Proc. Civil y Com. de Santa Fe, y –para mejor proveer– “ordenar que se practique cualquier diligencia que estimen conducente y que no sea prohibida por derecho, y prescindir de la lista de peritos cuando fueren necesarios conocimientos especiales dentro de determinada profesión”.

Por otra parte puede aplicar las reglas de la confirmación y fallar en contra de quien, debiendo probar y generar determinado grado de certeza, no lo ha hecho.

⁷ López Miró, *Probar o sucumbir*.

⁸ Por ejemplo, allí donde se exija prueba fehaciente, la parte produzca medios probatorios que generen mera verosimilitud.

⁹ Art. 15, Cód. Civil, por aplicación extensiva y analógica.

6. Las cargas probatorias dinámicas

Sin embargo, la cuestión no es tan fácil como aparenta ser. La pregunta de ¿a quién corresponde probar? no se responde en la actualidad siguiendo el esquema rígido del derecho romano, ni la estructura clásica del proceso civil.

No resulta imposible apartarse de la regla procesal “quien afirma prueba”, pues hay nuevos criterios, como el deber de colaboración, las cargas probatorias dinámicas, el enfoque “*pro damnato*” y el “*favor pro debilis*” que han relativizado en sumo grado y puesto en crisis el viejo aforismo.

Contra la aplicación de la regla de las cargas probatorias dinámicas hubieron de levantarse –en su momento– numerosas voces en desacuerdo, que en una primera etapa creímos compartir. Sin embargo, tal como lo dejamos expuesto en 1997, en nuestro trabajo sobre el tema¹⁰, terminamos justificando la teoría y su aplicación, reconociendo su altísimo valor funcional, sobre todo en el campo del derecho médico.

7. Conclusión

Como lo advertimos hace ya catorce años, la alternativa es “probar o sucumbir”, y esto significa que o se prueba en la medida y grado correspondiente para cada determinada pretensión, o se sucumbe por aplicación de las reglas de la confirmación.

© Editorial Astrea, 2013. Todos los derechos reservados.

¹⁰ López Miró, Horacio G., *Teoría de las cargas probatorias dinámicas: como proteger el derecho de defensa de las partes*, “Zeus”, n° 74, ago. 1997.