

# Límites o alcances del debido proceso conforme a Constitución<sup>1</sup>

Hugo Botto Oakley<sup>2</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Es un orgullo para quien escribe este artículo, hacerlo en homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, referente obligado del derecho procesal moderno y científico.

Sus enseñanzas, para todos aquellos que tuvimos la suerte de recibirlas directamente en aulas, nos han permitido adentrarnos en esta rama del derecho con la capacidad crítica suficiente para discernir entre aquello que corresponde a una estructura normativa sustentable constitucionalmente, respecto de aquellas que no cumplen tal exigencia.

No me resta más que agradecer la oportunidad que me ha brindado la vida, la que retribuyo con este mínimo aporte en homenaje a mi Maestro.

## II. EL DERECHO PROCESAL: ¿UN SISTEMA CIENTÍFICO?

Existen dos formas de ver y analizar el Derecho Procesal: Desde una perspectiva inorgánica o bien desde una óptica científica.

Cuando las leyes procesales se apartan unas de otras y no obedecen a una estructura y fundamento unitario, dependiendo de la naturaleza del conflicto que se pretende regular, en cuanto al procedimiento judicial aplicable, estamos frente a un sistema inorgánico. También si se mezclan formas inspiradas en sistemas antagónicos (inquisitivo y acusatorio) creándose los a-científicos sistemas mixtos y también, finalmente, cuando se empiezan a introducir modificaciones legislativas parciales.

En concreto, si todas las normas procesales obedecen a los mismos fundamentos y principios, no son contrapuestas en sus alcances y límites regulatorios y no sufren modificaciones parciales, manteniendo sus estructuras orgánicas desde su origen o bases, aún pudiendo existir diferencias procedimentales, atendida la naturaleza jurídica del conflicto jurídico de que se trate, estaremos frente a un sistema procesal integral.

Su carácter científico dependerá, en palabras del insigne Albert Einstein considerando que: *«Un enunciado es correcto sólo si, dentro de un sistema lógico, esta deducido de acuerdo con las reglas lógicas generalizadamente aceptadas para su formulación. Un sistema tiene contenido de verdad según sea la certeza y la completividad de sus posibilidades de coordinación respecto de la totalidad de la experiencia que se realiza. Un enunciado correcto sólo es verdadero si se adecua con el contenido de verdad del sistema al cual pertenece.»*

---

<sup>1</sup> Publicado en: La fe del hombre en sí mismo o la lucha por la libertad a través del proceso. Libro homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Ed. San Marcos, Lima Perú, 2008. En este texto, solamente no son del original, las notas de pie de página números 42 y 43.

<sup>2</sup> Abogado. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile; Posdoctorado, Universidad de Bolonia-Italia; Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario-Argentina; LL.M., California Western School of Law EEUU; Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

Considerando la enseñanza del genio, para mí, el carácter científico del Derecho Procesal estará dado y se podrá demostrar si concurre en él, un sistema coherente. Por su parte, cuando un sistema es coherente, permitirá concluir que existe o concurre en él, la llamada «Congruencia Procesal», base esencial del derecho procesal científico y constitucional

Como corolario, en esta introducción, podemos afirmar que sólo en la medida que las normas procesales estén dentro de los límites de lo que significa, regula e implica el llamado Debido Proceso Constitucional, cualquiera sea la naturaleza del conflicto de que se trate, estaremos frente a un sistema procesal científico y, a su vez, un sistema procesal científico será congruente si está dentro de los límites de lo que entendemos por debido proceso constitucional o debido proceso, o en palabras del maestro Adolfo Alvarado Velloso, simplemente, proceso, pues, éste para ser tal debe necesariamente ser debido, ya que no resulta entendible que pueda existir un indebido o un no debido proceso. El proceso, en cuanto a su marco regulatorio legal, siempre debe ser conforme la garantía constitucional por lo que, también, no se entiende que puede existir un proceso inconstitucional o no constitucional.

De lo anterior, nace la necesidad de que los estudiosos del derecho procesal nos pongamos de acuerdo en qué entendemos por debido proceso constitucional, o debido proceso o simplemente por proceso.

De lo contrario, las corrientes de pensamiento y conocidas antagónicas escuelas de derecho procesal iberoamericanas, seguirán en una discusión vana e irreconciliable que podrá llenar hojas y hojas, agotar congresos y congresos pero no lograrán un consenso acerca de algo que debiera ser, no digo que lo sea, solo que debiera ser, simple: todos entender lo mismo respecto de los límites y alcances del Derecho Procesal Científico y acerca de qué debe ser el Proceso para poder ser considerado Debido y Constitucional.

Un análisis objetivo del panorama actual de la doctrina procesal contemporánea permite concluir que existen, como es sabido por todos los estudiosos del área, dos líneas de pensamientos que, en esencia, se distancian, fundamentalmente, acerca del rol del juez civil respecto de la prueba.

Por cierto, existen otras importantes diferencias como en materia de la mal llamada «justicia anticipada», con sus expresiones de «medidas autosatisfactivas», «sentencia anticipada», etc. que, por razones de objetivo, no son materia de esta presentación.

Así, mientras para algunos el Juez Civil puede decretar prueba de oficio, con independencia e incluso en contra de la ofrecida y rendida por las partes, para otros, entre los que me incluyo, ello no es posible procesalmente si se quiere respetar el principio de imparcialidad y el debido proceso conforme a Constitución.

Por cierto, el tema no es nuevo, aunque sí de absoluta actualidad. Jeremías Bentham, en su tratado de las pruebas judiciales de hace ya más de un siglo, escribió «el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas»; agregando Santiago Sentís Melendo en su obra sobre el proceso civil que «un proceso es más o menos liberal, más o menos autoritario, sobre en todo en razón de la libertad o del autoritarismo que dominan la materia de la prueba».

Esta presentación pretende aportar una demostración empírica que, en mi concepto, determina que, si se decreta prueba de oficio por parte del sentenciador, siempre y potencialmente se está vulnerando el principio de imparcialidad y afectando irremediablemente el debido proceso.

De otra parte, llamo la atención inicialmente, en el sentido que, en todo caso, resulta impostergable para la comunidad científica del derecho procesal, definir y ponernos de acuerdo a qué entendemos por Debido Proceso conforme a Constitución, única forma de poder determinar cuáles institutos procesales respetan a aquél y cuáles no lo respetan y, por ende, qué es o no Constitucional, procesalmente hablando.

Centrándonos en nuestro tema, aclaremos que lo desarrollaremos desde la perspectiva de prueba y específicamente respecto de:

- Las medidas para mejor proveer.
- La prueba de oficio.
- Las cargas dinámicas de la prueba.
- La congruencia procesal.

### **III. LAS MEDIDAS PARA MEJOR RESOLVER Y LA PRUEBA DE OFICIO**

#### **Presentación constitucional.**

#### **El debido proceso. Su perspectiva y análisis constitucional.**

El concepto de debido proceso quizás sea el mayor logro jurídico obtenido por la civilidad moderna. Mucho se ha escrito acerca de qué es el debido proceso y todos los textos constitucionales modernos lo reconocen, aunque con diferentes nomenclaturas, lo que no significa que todos entiendan lo mismo por tal reconocido derecho fundamental.

En las siguientes líneas sólo intentaré demostrar una estructura lógica y legal que sirva a demostrar, comprobar y concluir si las medidas para mejor resolver están o no conforme con el concepto de debido proceso, supuesto que aceptemos -exclusivamente por ahora para los efectos del avance de esta investigación- que las mismas afectan al principio de imparcialidad juez.

La mención del debido proceso en la Constitución Política chilena está en la garantía del artículo 19, N° 3, inc. 5°, que establece:

«Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos».

Así, dos conceptos son los fundamentales para responder si una institución jurídica procesal es o no respetuosa del debido proceso: *procedimiento racional* y *procedimiento justo*.

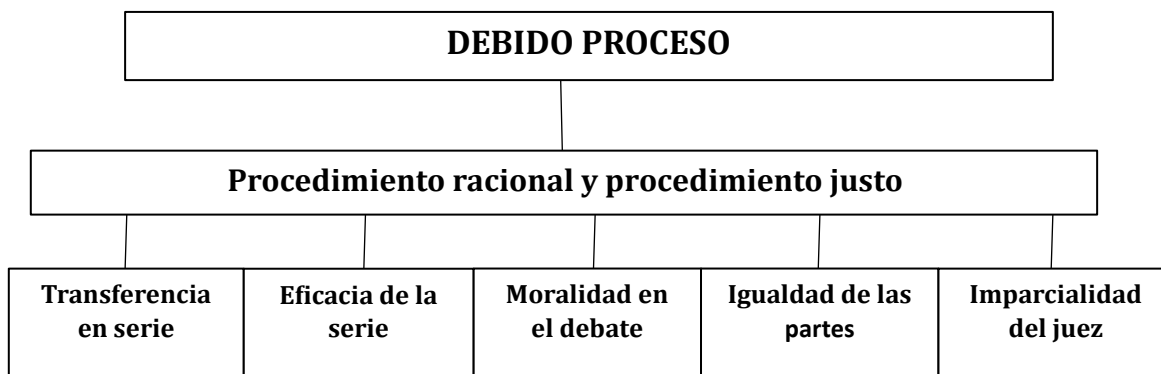
La estructura del debido proceso en Chile descansa entonces en dos pilares estructurales: racionalidad y justicia. En términos negativos, si un procedimiento no es racional o justo, el debido proceso comienza a flaquear o «ser menos debido proceso», lo que se nos presenta como jurídicamente inaceptable al considerar al mismo como necesariamente vigoroso, fuerte y a prueba de cualquier análisis que lo socave.

De esta manera, si concluimos que las medidas para mejor resolver vulneran potencialmente el principio de imparcialidad, hipótesis de esta investigación que por ahora daré por cierta- entonces al ser tal principio parte estructural de la justicia, ésta afectará a su vez al derecho procesal del debido proceso.

Una representación gráfica, siguiendo a Alvarado Velloso en la parte de los principios Procesales<sup>3</sup> sería:

---

<sup>3</sup> ALVARADO VELLOSO, ADOLFO; *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina. Primera parte, 1997, pág. 260.



Si falta la imparcialidad del juzgador, no se cumple con el requisito de justicia y por lo tanto no existe debido proceso.

Y aquí está el meollo del problema que, si bien parece simple, es de una complejidad doctrinal mayor y que no admite matices o «medias aguas», sin perjuicio de su evidente trascendencia en el sistema procesal.

Si propugnamos un debido proceso, necesitamos la concurrencia de los elementos de racionalidad y justicia, y si en ésta no concurre, la imparcialidad del juzgador, simplemente aquélla no existe con la intensidad y fortaleza que se requiere, lo que en definitiva se traduce en que desaparece la base estructural «igualdad de las partes», transformándose objetivamente la base imparcialidad en parcialidad del juez, lo que provoca el colapso del instituto y garantía fundamental del debido proceso y porque no decirlo, también de la garantía de la defensa procesal, tratada magistralmente por el profesor Alex Carocca Pérez en su obra doctoral «Garantía Constitucional de la Defensa Procesal» (J.M. Bosch Editor, Barcelona España 1998).

Con certeza, el autor Eugenio Valenzuela Somarriva, comentando una sentencia de 21/ (2/87, rol N° 46 del Tribunal Constitucional chileno, expresa acerca de los principios de dependencia e imparcialidad como componentes de todo proceso justo y racional:

«Este Tribunal está de acuerdo en que todo juzgamiento debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, elementos esenciales del debido proceso que consagra toda la doctrina procesal contemporánea. Es más, a juicio de este Tribunal, la Independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino que, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal».<sup>4</sup>

Por su parte, una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema publicada en la *Revista Cateta Jurídica*, N° 46 de 1984, pág. 54 y sgtes, nos recuerda el significado de los vocablos racional y justo, así como la constancia de las actas oficiales de la 103ª sesión de la Comisión Constituyente indicando componentes o expresiones de un proceso racional y justo, en los siguientes términos:

**«Según nuestro léxico, el vocablo «racional» significa «arreglado a la razón» y razón» equivale a «justicia». A su vez, «justo» significa «que obra según justicia y razón», y «justicia» es «derecho, razón, equidad». Estos conceptos son ciertamente, muy genéricos, se prestan para entenderlos con variado criterio. No obstante, la Comisión Constituyente que elaboró la norma prefirió referirse al «racional y justo procedimiento» en vez de enumerar cuáles son las garantías reales del debido proceso, obviando así la dificultad de tipificar específicamente los elementos que lo componen y el riesgo de omitir algunos. Con todo, acordó dejar constancia en actas, para la historia fidedigna del establecimiento de la disposición, que sus miembros coincidían en que eran garantías mínimas de un racional justo proceso, permitir oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que correspondiere (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; Sesión 103ª)», aplicándose tales criterios basados**

<sup>4</sup> VALENZUELA SOMARRIVA, EUGENIO: *Repertorio de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (11 de Marzo de 1981, 10 de Marzo de 1989), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág. 45).

**en la historia fidedigna de la ley, entre otras, en la sentencia de la misma Corte Suprema de 25/3/87, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 84, pág. 36 y sgtes.**

En su interesante obra, el profesor José Luis Cea Egaña, intenta enumerar los principios que, concretados en la norma, regulan el debido proceso civil y enumera:

«1º publicidad, 2º el derecho a la acción, 3º principio de inexcusabilidad, 4º el oportuno conocimiento de la acción de la contraparte, 5º reglas sobre notificación, 6º emplazamiento, 7º bilateralidad de la audiencia, 8º la adecuada asesoría y defensa con abogados, 9º la producción libre de pruebas conforme a la ley, 10º el examen y objeción de la prueba rendida, 11º la interposición de recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, 12º el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legalmente previstos, 13º la fundamentación de las sentencias.<sup>5</sup>

El abogado Galvarino Palacios Gómez, en un artículo publicado en la *Revista Gaceta Jurídica*, N° 84 de 1987, pág.58, refiriéndose a la garantía constitucional del racional y justo proceso, recuerda la estrecha vinculación existente entre racionalidad y justicia y ésta a su vez con la equidad que como también recuerda es aplicable para resolver un conflicto jurisdiccional a falta de ley expresa que lo resuelva (artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil).

Concluye a su vez que la equidad se relaciona con la igualdad, la cual destaca como el principio constitucional fundamental de nuestro sistema de garantías, expresando al respecto que la igualdad de los súbditos ante la ley; igualdad ante las autoridades y ante los órganos de la justicia; la igualdad del derecho a reclamación de protección del sistema jurídico y la igualdad dentro de todo proceso determina que:

«Todas las formas de Igualdad referidas, elevadas en nuestro sistema al rango de «garantías constitucionales», son exigibles para calificar *la racionalidad y la justicia* del proceso. No postulo que sean las únicas, pero me parece que cualquiera de esas Igualdades que no sea Respetada, permitiría afirmar que el proceso es irracional o injusto».

Finalmente, el maestro Adolfo Alvarado Velloso, en su artículo sobre El Debido Proceso, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 110 de 1989, enseña que el debido proceso no es más que aquel proceso «que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional» reconociendo como tales a «la igualdad de las partes litigantes»; «la imparcialidad del juzgador»; «la transitoriedad de la serie consecucional»; «la eficacia de esa misma serie» y «la moralidad en el debate».

Así, debo concebir que faltando al menos uno de estos principios, con la aplicación irrestricta que requiere la rigurosidad de lo que significan y regulan, no existirá debido proceso.

## **Presentación legal**

### **Legalidad de las medidas para mejor resolver**

El Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, al definir estas medidas señala:

«La vigencia estricta del principio dispositivo requeriría no solamente que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependiesen de la voluntad de las partes, sino que, además se confiase exclusivamente a éstas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de sus afirmaciones. Pero en razón de que esta última limitación es susceptible de impedir, en ciertos casos, el esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva que, pese a las restricciones propias de la prueba civil, constituye la meta a que debe aspirar una recta administración de justicia, las leyes procesales admiten, en forma concurrente con la carga de la prueba que

---

<sup>5</sup> Véase, CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS: *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, pág. 299 y ss.

incumbe a las partes, la facultad de los jueces en el sentido de complementar, por propia iniciativa, el material probatorio aportado por aquéllas. Tal facultad se concreta en la posibilidad de adoptar las denominadas medidas *para mejor proveer*.»<sup>6</sup>

Esta definición contiene el paradigma justificativo de estas medidas centrándolo en que la «recta administración de justicia» debe aspirar al «esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, agregando que ello es «en ciertos casos», lo cual -esto último- queda sin explicación cuanto a en qué casos deben usarse y en qué caso no deben usarse estas medidas por parte Juez. Tal frase disyuntiva presenta esa primera incógnita por resolver.

Esta primera observación es de relevancia, pues verifico a lo largo de esta investigación, la falta de certidumbre en cuanto a los casos en que proceden estas medidas porque constituyen una inconsistencia jurídica trascendente respecto de la defensa de la existencia de las mismas, ya tal facultad del juez en orden a decretarlas o no adolece de toda predicción y, por lo tanto, es generadora de incerteza jurídica para las partes, adentrándose así imperceptible pero decididamente, en el campo de la parcialidad, según pretendo demostrar.

Como segunda observación preliminar y general, se justifican por parte importante de la doctrina estas medidas, con un recurso difícil de rebatir y fácil de sostener, desincentivándose un análisis más profundo como es indicar que estas medidas ayudan a superar el impedimento de esclarecer la verdad jurídica objetiva, llamada por algunos *verdad real*, *verdad material* o *verdad verdadera*, en contraposición a la *verdad del proceso*, y todo, para el logro de una recta administración de justicia.

¿Quién se atreve a discutir tan deseable objetivo?

Pareciera que nadie o, mejor dicho, casi nadie, pues existen aquellos que precisamente en lo del objetivo de una recta administración de justicia sostenemos que lo que debe primar en materia civil es la *verdad del proceso*, no siendo función del juzgador ir más allá de tal mérito, ya que hacerlo, es atentar contra tal objetivo.

Se replicará con el consabido argumento de que ello es equivalente a pretender *despotenciar* al juez al eliminarle facultades probatorias.

Por el contrario, se trata de potenciar al juez en la delicada función jurídica que la ley y la ciudadanía le han confiado, privilegiando que nunca pierda su imparcialidad antes de que sentencie, como ocurre con estas medidas, según también pretendo demostrar en esta investigación.

Como corolario de la presentación recién realizada, me pregunto ¿acaso en materia civil, «Art. 160 del C.P.C. no ordena que el juez deberá sentenciar «conforme el mérito del proceso»? En parte alguna la ley ordena fallar los procesos civiles conforme la verdad jurídica objetiva, entendiendo por tal el ir más allá de lo alegado y probado por las partes y no en su real sentido que, objetivamente, es coincidente con el *mérito del proceso*, agregando -tan sólo según lo controvertido y probado por las partes y no por el juez.

En palabras muy simples, al juez no le corresponde probar, sólo le corresponde procesar y sentenciar.

### ***¿Cuándo el demandante puede tener interés en que el juez decrete medidas para mejor resolver?***

Un análisis objetivo y profundo del mérito probatorio de un proceso, necesariamente llevará a la conclusión de que será de interés del demandante que se decreten medidas para mejor resolver, cuando la prueba rendida sobre los hechos a probar de su cargo sea insuficiente o incompleta.

Si conforme el *onus probandi*, el demandante probó los hechos que le correspondía probar, de acuerdo con los medios legales de prueba y las reglas de

---

<sup>6</sup> GARRONE, JOSÉ ALBERTO: *Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, Segunda edición ampliada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, s.d., Tomo II, pág.512.

valoración legal, ningún interés, podría o debería tener, en que se decreten de oficio, por parte del juez, estas medidas probatorias, simplemente porque no las necesita.

***¿Cuándo del demandado puede tener interés en que el juez decrete medidas para mejor resolver?***

La respuesta es simple: *Nunca*. En efecto, el máximo interés del demandado y que se traduce en su pretensión procesal esencial, es que la demanda sea rechazada y para que la demanda no sea acogida no es necesario que se decrete, por parte del juez, ningún medio de prueba de oficio.

Lo expuesto, puede llamar la atención en un análisis superficial, pero no en un análisis a profundidad adecuada toda vez que, según ya he visto, una de las manifestaciones integradoras del procedimiento racional y justo es el respeto al llamado *justo proceso*, uno de cuyos pilares esenciales es también el principio de inocencia que rige tanto en materia penal como civil.

Este *principio de inocencia*, formativo de todo procedimiento que respete la base fundamental llamada *debido proceso*, importará que el juez, al momento de dictar sentencia y en cumplimiento del Art. 160 del Código de Procedimiento Civil que le ordena hacerlo «conforme al mérito del proceso», deba absolver rechazando la demanda sin que para ello requiera decretar medidas para mejor resolver alguna. Y ello aún en la duda de la procedencia de la acción, por la razón legal que sea, incluida falta de adecuada y suficiente prueba.

La fórmula es simple: en base al principio de inocencia, formativo del debido proceso, en la duda de acceder a la demanda debe rechazarse, sin necesidad de prueba complementaria alguna. En palabras aún más simples: el juez nunca decreta, o al menos, nunca debería decretar una medida para mejor resolver a fin de tener una mayor o mejor prueba para rechazar la demanda ya que, puesto en estado de dictar sentencia, y en el supuesto de no tener prueba suficiente para condenar -accediendo a la demanda- simplemente debe rechazarla en base al principio de inocencia.

De allí que sostengo -a nivel de verdad absoluta, formando parte de mi tesis- que siempre que se decreta seriamente una medida para mejor resolver es porque existe duda en el sentenciador de acceder a la demanda y en tal estado de su razonamiento, no sólo puede, sino que debe rechazar la demanda, en virtud del principio de inocencia.

Lo expuesto, en forma alguna importa afectar indebidamente la función jurisdiccional; atribuyéndole intenciones favorables a una de las partes -en este caso, al demandante- sino poner de relieve un aspecto del todo trascendente y que se olvida de aplicar cada vez que se decreta una medida para mejor resolver, como lo es el deber de rechazar la demanda, en caso de duda, por la razón que sea y en especial si es por falta o insuficiencia de prueba.

Como, asimismo, no se olvida que el sentenciador, cuando decreta una de estas medidas, lo hace sin conocer cuál será su resultado. Este es un argumento superficial que pretende destruir esta postura. Sin embargo, tal realidad se da exclusivamente en el plano del resultado de la medida probatoria decretada y, así, si es favorable al demandante, esta hipótesis se comprueba y, por lo tanto, se valida científicamente como tesis.

En cambio, si es favorable al demandado, tal prueba era inútil y llevó al mismo resultado, rechazo de la demanda, que debió ser resuelto con anterioridad a decretarla, lo cual también aplica validar científicamente como tesis la hipótesis expuesta.

De otra parte y en todo caso, fácil resulta comprender que la actividad probatoria del juez, -aunque se realice con la mejor de las intenciones, cuestión que ni siquiera es motivo de duda y análisis- siempre importará, por las razones ya expuestas anteriormente, afectar el principio de imparcialidad del juez, el cual sólo puede dejar de existir y de hecho deja de existir cuando el juez firma su sentencia pues en ese momento -no antes ni después- deja de imparcial y asume la posición de una de las dos

partes, del demandante si accede a la demanda, del demandado si la rechaza. Pero ello, sólo en ese momento y no antes, como ocurre con las medidas para mejor resolver.

#### **IV. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL JUEZ**

Siguiendo al profesor rosarino Héctor Superti,, no puedo sino coincidir en que el único efecto potencial previsible de una medida para mejor resolver, en cuanto a los resultados, es la condena (o dar lugar a la demanda).

Un ejemplo desde la perspectiva del efecto o resultado de una medida para mejor resolver. demuestra meridianamente lo expuesto.

Pensemos en las hipótesis posibles de concurrir cuando se decreta una de estas medidas:

- a) Si el juez no tiene dudas o bien si tiene convicción probatoria de los fundamentos de la acción, dará lugar a la demanda en cumplimiento de su deber. Aquí es innecesario decretar medidas para mejor resolver.
- b) Si tiene dudas o falta de convicción probatoria de los fundamentos de la acción, en cumplimiento de su mismo deber, rechazará la demanda.
- c) Si decreta medidas para mejor resolver, pueden darse los siguientes resultados:
  - c.1) Que no se cumpla dentro de plazo legal y se deje sin efecto, o en términos legales, se tenga por no decretada.  
En este caso, volviendo a su estado anterior a decretarla, el juez debe rechazar la demanda y por lo tanto ningún efecto o cambio provocó el decretarla, en cuanto a los resultados del juicio. Situación y resultado: rechazo - rechazo.
  - c.2) Que el resultado de la medida decretada sea neutro, es decir, que no favorezca ni perjudique a ambas partes del proceso.  
También en este caso el juez deberá rechazar la demanda y tampoco existe efecto o cambio alguno del estado del resultado del juicio anterior a decretarla. Situación y resultado: rechazo - rechazo.
  - c.3) Que el resultado de la medida favorezca al demandado. En esta situación tampoco existe alteración o cambio del resultado del juicio. Antes iba a rechazar la demanda por falta de convicción probatoria para condenar. Ahora, la rechazará igualmente porque la prueba rendida por esta vía favorece a demandado. Situación y resultado: rechazo - rechazo.
  - c.4) Que el resultado de la medida favorezca al demandante. Aquí habrá un manifiesto cambio en el resultado del juicio; de rechazarse la demanda por falta de convicción probatoria para dar lugar a la acción (en rigor procesal, pretensión) a acogerse la demanda por adquirirse convicción probatoria para dar lugar a ella en razón precisamente de esta nueva prueba rendida por esta vía. Situación y resultado: rechazo - ha lugar.

Visto así, parece legítimo preguntarse si esta situación implica o no, mantener la vigencia y respeto del principio procesal y constitucional de imparcialidad del juez, si al decretar estas medidas puede potencialmente sólo favorecer a una de las partes del proceso en cuanto a sus resultados el demandante y nunca favorecer a la otra: el demandado.

La afirmación de que con una medida para mejor resolver sólo se puede favorecer al demandante y nunca al demandado, se justifica exclusivamente

por razones relacionadas con una mejor explicación metodológica del planteamiento, pues, en rigor procesal, dependerá de qué parte del proceso, demandante o demandado, tenía el peso de la prueba, para saber en definitiva a quién perjudican dichas medidas. Así, si el demandante acciona demandando una obligación simplemente negada por el demandado, una medida para mejor resolver sólo podrá potencialmente favorecer al demandante y nunca al demandado; en cambio, si el demandado por ejemplo, opuso una excepción de pago, una medida para mejor resolver sólo podría favorecer a ese demandado que no probó su excepción y nunca al demandante que nada debía probar, ya que el pago supone la obligación y por ende, a falta de prueba de esa excepción debe acogerse la demanda. De tal forma, las medidas para mejor resolver siempre favorecen potencialmente a quién teniendo el peso de la prueba, no probó y siempre perjudicarán potencialmente, al que no tenía que probar nada.

- c.5) Una quinta opción del sentenciador, la tomo de la excelente obra del Magister de Derecho Procesal rosarino don Omar Abel Benabentos, publicada por la Editorial Juris en Marzo de 2001, página 131, titulada «Teoría General Unitaria del Derecho Procesal», en la cual expone: «A su vez, si el juzgador hubiera adquirido la *«certeza positiva de condena»*, va de suyo que el despacho de la medida probatoria sería innecesario, simplemente debe dictar el pronunciamiento *en contra del accionado*. Y si el juzgador tenía la certeza necesaria para admitir la demanda, pero se le ocurre librar una medida para mejor proveer que, a la postre, *destruye esa certeza*, la «duda» (que auto provocó) terminará con el rechazo de la pretensión deducida por el actor. Luego, con este desmadre de la función judicial ¡no se sabe contra quien litiga la parte, si con el demandado o con el tribunal!».

Como se ve claramente, en esta quinta hipótesis identificada por el Magister Benabentos, la situación llega al caos e injusticia manifiesta. De deber darse lugar a la demanda, a su rechazo. Situación: Ha lugar - Rechazo.

Por su parte, si se decreta una Medida para Mejor Resolver bajo la justificación de pretensión judicial de «esclarecer prueba» - argumento atractivo pero inconsistente científicamente- tampoco se da solución a la necesaria parcialidad que se produce y que se inclina siempre en favor de aquel que, teniendo el peso de la prueba de su cargo, no probó en tiempo y forma, siendo sólo de competencia de las partes el producir la prueba necesaria para lograr el convencimiento del sentenciador. La prueba oscura que necesita ser aclarada es equivalente a falta de convicción probatoria por parte del sentenciador y ello, constitucionalmente, debe conducir a rechazar la pretensión de aquel que debiendo probar no probó. Así de simple, claro y preciso, para ser coherentes con la garantía y norma constitucional del Debido Proceso.

## **V. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

«El principio de igualdad domina el proceso civil»<sup>7</sup>, sentencia el maestro uruguayo Eduardo Couture, atreviéndome agregar que, junto a este principio, el de imparcialidad del juzgador hace a la *esencia* de todo proceso justo y racional.

---

<sup>7</sup>COUTURE, EDUARDO: *Fundamentos del derecho procesal civil*, Tercera edición (póstuma), Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, pág.183.

Podetti<sup>8</sup>, por su parte, reconoce un origen constitucional al principio de igualdad, agregando de mi parte que también tiene ese mismo origen y rango el principio de imparcialidad del juez.

Héctor Superti, determinando los lineamientos de un sistema acusatorio puro (dispositivo en materia civil) menciona entre otros:

- Las partes están en un plano de igualdad y se diferencian entre ellas y del juez, el que debe ser imparcial, imparcial e independiente.
- El órgano jurisdiccional no puede impulsar la acción, solo proyectarla (no hay jurisdicción sin acción) y no puede suplir la inactividad de los contendientes, ni siquiera en el aspecto probatorio, ello sin perjuicio de sus facultades como director del debate».<sup>9</sup>

## **VI. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Todo el ordenamiento procesal, descansa en este principio básico que se materializa en la llamada bilateralidad o principio de la bilateralidad, conforme el cual nada que pueda afectar a los derechos e intereses de un litigante en un proceso, puede ejecutarse sin previo conocimiento de la solicitud de la otra parte y de la resolución consecuencial. Sólo excepcionalmente se puede aceptar romper este elemental principio, en resguardo de un bien mayor, como, por ejemplo, la eficacia, como acontece en las medidas precautorias concedidas prejudicialmente o sin previa audiencia y ello, siempre que existan antecedentes graves que lo justifiquen y sin perjuicio de exigirse contra cautela.

En las medidas para mejor resolver, el principio formativo de la igualdad desaparece en plenitud y desde un doble aspecto. En primer lugar, porque como quiera que se le explique o disfrace, siempre tenderán a complementar o subsanar una prueba incompleta o inexistente que debió aportar una de las partes, sin que exista derecho alguno de la otra parte, para oponerse. , s Simplemente, en estado de sentencia la causa, los tribunales y sin el parecer de ninguna de las partes, las podrá decretar. Es más, el propio texto legal exige que sean decretadas de oficio. En segundo lugar, por cuanto decretadas en la oportunidad descrita en la norma «dentro de plazo para dictar sentencia» no existe derecho a oposición o recurso alguno, salvo en dos excepciones (Inciso final, art. 159 C.P.C.).

## **VII. PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN**

En relación a este principio formativo del proceso, se visualiza en su plenitud la contraposición y violación del mismo, por parte de las medidas para mejor resolver.

En efecto, la esencia de todo procedimiento inserto en un proceso civil es que la iniciativa de llevarlo adelante o desarrollarlo en sus distintas etapas, está en las partes y no en el Juez, a diferencia del procedimiento en un proceso penal inquisitivo, en que tal iniciativa paralelamente también está en el juez, más no así en el acusatorio penal.

## **VIII. LA CARGA DE LA PRUEBA U *ONUS PROBANDI***

Generalidades:

---

<sup>8</sup>Véase, PODETTI, RAMIRO: *Teoría y Técnica del procesal civil*, Ediar editores, Buenos Aires, Argentina, 1963, pág.127 y ss.

<sup>9</sup>SUPERTI, HÉCTOR C.: *Derecho Procesal Penal*, temas conflictivos, Editorial Juris, Argentina, 1998, pág.29.

El derecho romano consideró la carga como un concepto propio del derecho probatorio, pasando a la edad media ya como carga de la prueba, consecuencia de los trabajos e investigaciones de los glosadores, incorporándose legislativamente, en la edad moderna, en el Código de Napoleón y de ahí a los posteriores cuerpos normativos europeos de donde se exportó a los americanos.

El desarrollo doctrinal del concepto de carga de la prueba se debe principalmente a los trabajos de Goldschmidt, Rossemberg y Carnelutti, quienes sentaron las bases fundamentales de la llamada doctrina de la carga en general y de la carga de la prueba en particular.

Devis Echandía<sup>10</sup>, luego de enumerar las diferencias entre carga y obligación o deber, las resume en:

- a) La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas, y la carga es una relación jurídica activa;
- b) En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, el cual no existe en la carga;
- c) En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras que en carga conserva completa libertad de ordenar su conducta;
- d) En la obligación o el deber existe un derecho (privado o público) de otra persona a exigir su cumplimiento, cosa que no sucede en la carga;
- e) La obligación o el deber implican, por consiguiente, una sujeción, y la carga, por el contrario, contiene una facultad o poder;
- f) El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, y, por tanto, no es sancionable;
- g) Existen obligaciones y deberes de no hacer y las cargas se refieren siempre a la ejecución de actos o conductas positivas;
- h) El cumplimiento de la obligación o el deber beneficia siempre a otra persona o a la colectividad, al paso que la observancia de la carga solo beneficia al sujeto de ella; por eso puede decirse que aquellos satisfacen un interés ajeno y esta solo un interés propio (sin que deje de existir en el primer caso un interés propio en liberarse de la obligación o el deber, esto es, en adquirir la libertad).

Y, define la carga señalando:

«En consecuencia, podemos definir la carga como un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables».<sup>11</sup>

De los diferentes planteamientos doctrinales existentes, asigno a la pre-claramente de Devis Echandía, el concepto más completo y real de carga, a partir de la enumeración de sus diferencias con el concepto de obligación y de deber, que recién transcribimos.

La determinación de la estructura de la carga de la prueba hace a la historia del proceso, desde el momento que definir quién debe probar, determinará el resultado del proceso contenido en la sentencia, en caso de ausencia de prueba suficiente. De allí su trascendental importancia.

Si recurrimos a Lessona, puede concluirse que la carga de la prueba en el antiguo derecho romano correspondía a ambas partes. Luego, en el llamado período clásico, el

---

<sup>10</sup> ECHANDÍA, DEVIS: *Teoría General del Proceso*, p.401.

<sup>11</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., p.401

juez principalmente y en base a la equidad, determinaba a quién le correspondía la carga de la prueba, surgiendo sólo en el derecho justiniano las primeras reglas generales, como que era de cargo de quien afirmaba o negaba el hecho, la carga de la acreditación o prueba.

Por su parte, en los procesos germanos antiguos, la prueba habría correspondido al demandado ya que éste conocía mejor los hechos y también tenía una suerte de presunción de veracidad lo que afirmaba el actor. En la Edad Media, reaparece el concepto de carga en base al actor, pero extendiéndose al demandado que excepciona, lo que deriva en que «Cada parte debe probar los hechos que afirma, es decir, en los cuales fundamenta la *intentio*, sea que demande o excepcione; por eso se dice que el demandado, al excepcionar, se convierte en actor, incluso si se trata de negar «un efecto característico de una norma», porque entonces la negación implica la afirmación de otro hecho que debe probarse».<sup>12</sup>

Según la misma obra, tales principios aparecen también en *Las Partidas*, ya que «la ley 14, título 14 de la partida 3ª, decía que «pertenece la prueba al demandador cuando la otra parte le negare la demanda o la cosa o el hecho sobre que le hace la pregunta», y se exigía la prueba de la negación, cuando entrañaba una afirmación de otro hecho, por lo cual la ley 2ª, título 14, de la citada partida, habla de «cosas señaladas en que la parte que las niega es tenida de dar prueba sobre ellas». Se le da así una correcta interpretación al principio romano según el cual debe probar *qui dicit non qui negat.*»<sup>13</sup>

Con el código de Napoleón, como fuente, se llega a nuestro conocido artículo 1.698 del Código Civil chileno, conforme el cual: «Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta».

«Este principio de la carga de la prueba le indica al juez la manera como debe dictar sentencia de fondo, y le evita la obligación de pronunciar un *non liquet* (que representa el fracaso del proceso), cuando está en presencia de hechos inciertos, motivados por la insuficiencia de la prueba. Por consiguiente, tiene importancia en el proceso inquisitivo y a mayor en el dispositivo; porque en ambos puede encontrarse el juez en situación de incertidumbre. De ahí que, como atinadamente observa Micheli, en el derecho contemporáneo «la regla de la carga de la prueba se ha venido transformando en regla de juicio, conservando siempre el juez el deber de pronunciar en todo caso, aun en situaciones de duda».<sup>14</sup>

Del párrafo recién transcrito, sólo no concuerdo en la relación que hace Devis Echandía de la carga de la prueba con respecto a lo que denomina «proceso inquisitivo» y también respecto del «dispositivo», toda vez que, a mi entender, independiente del sistema de enjuiciamiento, la carga de la prueba tiene valor en sí y no respecto del sistema en que rige.

Definiendo, por último, a la carga de la prueba, Devis Echandía: «... es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo 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».<sup>15</sup>

En materia de reglas de la carga de la prueba, Devis Echandía, desde el punto de vista de sus características esenciales, enumera:

- a) Forma parte de la teoría general de la aplicación del derecho.
- b) Es una regla general para toda clase de procesos.

---

<sup>12</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., Tomo I, p.402 y 403.

<sup>13</sup> SILVA MELERO, VALENTÍN: *La Prueba Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, Tomo I, 1963, p.85.

<sup>14</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., p.404, cita a MICHELI, GIAN ANTONIO, *Corso di Diritto Processuale Civile*, Milán, Italia, Tomo II, 1960, p.56.

<sup>15</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., p.406.

- c) Contiene una regla de juicio para el juez y una pauta para la actividad probatoria de las partes.
- d) No determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca.
- e) Debe ser una regla objetiva consagrada en la ley.
- f) Su aplicación constituye una cuestión de derecho.
- g) Debe apreciarse con un criterio objetivo.
- h) Es una regla sustitutiva o sucedánea de la prueba y, por tanto, eventual.
- i) Solo se aplica por el juez a hechos alegados y controvertidos (lo segundo, si la ley admite para ellos la prueba de confesión) y no exentos de prueba.
- j) Su influencia se extiende a todo el proceso, pero se aplica por el juez en el momento de decidir.
- k) Regula la premisa menor del llamado silogismo judicial.
- l) Es independiente del sistema de valoración de las pruebas y de los deberes de veracidad, lealtad y probidad que tienen las partes.
- m) Se determina no solo por la situación inicial del proceso, sino por circunstancias posteriores.
- n) Tiene una aplicación no solo a las cuestiones sustanciales discutidas en el proceso, sino también a otras de carácter procesal.
- o) Se diferencia el objeto y del tema o necesidad de la prueba.
- p) Es una noción compleja.
- q) Está consagrada en todos los códigos sustanciales y de procedimiento, expresa o implícitamente.<sup>16</sup>

Detengámonos un momento en las características indicadas en las letras e) y g) anteriores, esto es, que la carga de la prueba «debe ser una regla objetiva consagrada en la ley» y que «debe apreciarse con un criterio objetivo», respectivamente.

En rigor, la existencia de una regla objetiva necesariamente requiere un criterio también objetivo para su correcta apreciación. Estimo que no resulta posible entenderlo y plantearlo de una manera distinta, toda vez que se incurriría en arbitrariedad, si un criterio objetivo se pudiera apreciar subjetivamente, pues la elasticidad o extensión de un criterio de esta naturaleza, pugna con un resultado pretendido objetivo. La mera lógica del funcionamiento del razonamiento humano no permite concluir en forma diferente.

En consecuencia, reconociéndose como características esenciales de la carga de la prueba las dos indicadas con anterioridad, regla objetiva legal y apreciación con criterio objetivo, contradictorio y fuera de norma o regla queda cualquier criterio subjetivo, como en esencia lo son las llamadas cargas dinámicas de la prueba, de lo cual podemos concluir que en esencia las cargas de la prueba requieren también del requisito de congruencia procesal, basándose éste en los criterios de coherencia y de predicción, propios de aquélla.

Ahora bien, ¿qué significa que la carga de la prueba deba apreciarse con un criterio objetivo?

Muy simple, significa que no debe apreciarse con un criterio subjetivo, como lo sería si se considera quién, en concepto del juez, se encontraba en mejores condiciones de aportar la prueba, o bien, si se consideran las condiciones en que se pueden encontrar las partes en relación a los medios de prueba, o bien, si se considera quién es el demandante o quién es el demandado, en términos de la posición de sujeto activo o pasivo en el juicio. También mención especial requiere los criterios adoptados en base a prueba difícil o imposible. La eventual imposibilidad o dificultad en la obtención y rendición de la prueba, es un elemento extraño al tema de debate y por ende, no se ve

---

<sup>16</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., p.419 a 429.

forma en que, racional y predeciblemente, se pueda concluir acerca de la consecuencia desfavorable que el que no concurra dicha prueba, pueda tener para una u otra parte.

Finalmente, en caso de que una de las partes impida la prueba, tal actitud debe tener sanción por vía de prueba presumida, como ocurre, por ejemplo, frente a la incomparecencia a declarar al proceso de la parte, como absolvente de posiciones, pero esa sanción consecuencia de la carga que se le impuso, no implica que pueda apreciarse y resolverse sobre la carga de la prueba, bajo parámetros o criterios subjetivos.

Ahora bien, con estos conocimientos que están suficientemente tratados por la doctrina, en general con distintas nomenclaturas pero, en esencia, más o menos igual, debemos plantear el tema que nos interesa en esta parte de la investigación, cual es, la relación de la carga de la prueba con la congruencia procesal.

El primer acercamiento es en base a considerar que en general sólo los hechos controvertidos deben ser materia de aplicación de las reglas de la carga de la prueba, precisamente a falta de prueba suficiente, ya que los hechos admitidos por la parte contraria quedan exentos de prueba o lo que es lo mismo, suficientemente probados.

Si el hecho es controvertido, es porque previamente fue alegado, requisito indispensable para poder aplicar la regla de la carga de la prueba, a falta de prueba suficiente sobre tal hecho, pues, en contrario, se incurriría en incongruencia, ya que estaría fuera de lo que fue materia de la prueba.

En efecto, Devis Echandía enseña *«Es importante recordar que cuando la ley procesal exija alegar el hecho para que el juez pueda tenerlo en cuenta en su decisión, tal alegación es indispensable para que dicho funcionario aplique la regla de la carga de la prueba, pues en el caso contrario estará por fuera del tema probatorio en ese proceso y el juez no puede considerarlo sin incurrir en incongruencia, al separarse de la causa petendi invocada, aun cuando esté contemplado como presupuesto de la norma que se ha de aplicar»*.<sup>17</sup>

De esta manera, la relación de la carga de la prueba con la congruencia está determinada por la alegación de un hecho que fue controvertido por la contraria y sobre el cual debió rendirse prueba sin que se hiciera.

Sólo si el hecho fue controvertido, se podrán aplicar las reglas de la carga de la prueba, si aquél no fue probado en forma legal. Incurriría en incongruencia la sentencia que resuelva sobre un hecho no probado, aplicando las reglas de carga o distribución de la prueba, pero que no fue ni alegado ni controvertido, ya que en dicho caso «estará fuera del tema probatorio en el proceso» (parte de la cita anterior).

En consecuencia, estando vinculada la carga de la prueba con la congruencia procesal, nos parece que la característica de objetividad que se exige para la aplicación de las reglas de aquélla hace honor y respetan precisamente la congruencia procesal, no siéndolo aquella sentencia en que se permita aplicar estas reglas con criterios subjetivos, cualquiera sea la identidad, origen o justificación que se le busque o dé.

Finalmente, tengamos presente que las conocidas reglas generales para la distribución de la carga de la prueba, , estructuradas en base a las alegaciones de hechos constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos o convalidativos, según sea la parte a quien le corresponda dicha confirmación o prueba, tienen la virtud permanente de ser objetivas.

Así, en su relación con la congruencia procesal, las reglas de distribución aplicadas con estos parámetros conocidos de antemano por las partes del juicio, para el evento que el hecho introvertido no fuere probado legalmente, permiten concluir que respetan la exigencia de coherencia y de predicción que requiere toda norma de procedimiento, para ser congruente.

---

<sup>17</sup> ECHANDÍA, DEVIS, ob. cit., p.466.

Por el contrario, no es coherente ni predecible y por ende incongruente, aquella sentencia que aplica estas reglas generales de distribución en forma o manera distinta a la conocida de antemano por las partes.

#### **IV. LAS CARGAS DINÁMICAS DE LA PRUEBA**

Este tema, será tratado en esta investigación teniendo como base de análisis crítico los textos de los procesalistas argentinos, Jorge Peirano, Roland Arazi y Augusto Morello, quienes me han parecido que son los que tratan de manera más clara el contexto y alcances de las llamadas cargas dinámicas de la prueba.<sup>18</sup>

Tal tratamiento, será contrastado a su vez, con la disertación que titulara quien escribe, como «Aproximaciones a la Inconstitucionalidad de las Cargas «Dinámicas» de la Prueba», en el Congreso de Derecho Procesal Garantista del año 1992, organizado por la Universidad del Centro de la ciudad de Azul de la Provincia de Buenos Aires.

Como siempre es más fácil criticar un texto ajeno y luego someter a la discusión el propio, en este caso, elijo precisamente lo contrario, esto es, expongo primero sobre mi postura sobre esta institución, para que luego, el lector, la contraste y critique a la luz de la postura de los indicados e importantes procesalistas trasandinos.

El primer enfoque que me parece trascendental, incluso desde el punto de vista trialista, antes que de la realidad social y de los valores, es despejar si esta institución supera la crítica constitucional o, si se quiere, se encuadra dentro del concepto de debido proceso constitucional.

Por ello, nuestro enfoque y presentación o acercamiento al tema es o aspira a ser de corte constitucional y nos introducimos en el tema planteándonos dos primarias interrogantes:

- ¿Cuándo una institución procesal es constitucional?, o;
- ¿Cuándo una institución procesal es inconstitucional?

A continuación, fijado el marco preestablecido, me parece que surge una pregunta adicional y del todo trascendente:

¿Qué es la Constitución?

Las posibles respuestas históricas, entre muchas otras han sido:

- Ley fundamental.
- Carta política esencial.
- Carta magna de un país.
- Norma de rango superior a la que se subordinan todas las de rango inferior.

Sin embargo, es mi parecer que la única respuesta correcta a la interrogante planteada, a menos por ahora y considerando el avance de este análisis, es que la constitución es simplemente:

**LA CONSTITUCIÓN.** Lo demás distorsiona su alcance e importancia como ley aplicable y de mayor rango normativo obligatorio.

Recordemos el planteamiento de Gustavo Zagrebelsky, quien respecto de la Constitución plantea:

«Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho

---

<sup>18</sup> PEIRANO, JORGE: *Soluciones Procesales*, Editorial Juris, Argentina, p.199 a 200, 200 a 201 y 202 a 2026; ARAZI, ROLAND: *La Prueba en el Proceso Civil*, Ediciones La Rocca, Argentina, 1998, p.104 a 107; y MORELLO, AUGUSTO: *La Prueba*, Librería Editora Platense Abeledo-Perrot, 1991, p.185 y 186.

natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de «positivizar» lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber, la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia -como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo- su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas».<sup>19</sup>

Luego, aceptando metodológicamente una respuesta, por ahora, aparentemente insatisfactoria y a los efectos de seguir avanzando en el planteamiento, nos surgen espontáneamente otras tres y consecuenciales interrogantes, agregando a continuación de cada una de ellas, las que creo son las respuestas más simples e inobjectables que se puedan dar:

¿La Constitución es de Derecho Público o de Derecho Privado?

- Ni lo uno ni lo otro, la Constitución es la Constitución y regula, como norma principal relaciones propias del ámbito del Derecho Público y también propias del ámbito del Derecho Privado.

¿La Constitución es norma jurídica aplicable o meramente programática?

- Es norma jurídica aplicable directamente, sea en ámbito extrajudicial, como en la actividad contralora y administrativa, como en la judicial en los procesos.

¿Se aplica de distinta forma al Proceso Civil y al Proceso Penal?

- No, el debido proceso que regula la Constitución se aplica por igual al Proceso Civil y al Proceso Penal. La Constitución no hace distinción alguna y la teoría general del proceso, sea se la considere como tal o de manera más científica, con su agregado de Teoría Unitaria General del Proceso, demuestra más allá de toda duda o cuestionamiento, que la Constitución Política, en relación a sus normas procesales, rige indistintamente cualquiera sea los valores en conflicto jurídico, es decir, sean del ámbito civil o penal.

De esta manera, seguimos avanzando en el planteamiento, afirmando que una institución procesal será o no constitucional dependiendo de si se enmarca en los límites del Debido Proceso.

Ya expresamos lo que entendíamos por debido proceso y tratándose ésta de una institución que en Chile sólo está en la mente de unos pocos y conocidos procesalistas, tendremos en cuenta para el avance correspondiente que nos hemos propuesto, lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Política Argentina, país en el cual sí esta institución ha tenido importante eco doctrinal e incluso ya legislativamente, al expresar:

«ARTÍCULO 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de

---

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *Derecho Dúctil, Ley, Derechos y Justicia*, p.114.

orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice».

Por su parte, Linares, citado por Osvaldo Alfredo Gozaini, advertía en relación al art. 28 de la constitución nacional que este impide a las leyes alterar los principios, garantías y derechos previstos en los artículos anteriores.

Con este preámbulo, adentrándonos en el tema específico de las llamadas Cargas Dinámicas» de la Prueba e incluso antes de conocer y analizar sus efectos y alcances, preguntémosnos si las Cargas de la Prueba:

- ¿Son siempre estáticas?, ya que solo ello, justificaría la connotación «a contrario sensu» de «dinámicas».

La respuesta es No, ya que el legislador las altera en algunos casos, en base a presunciones legales, simplemente legales (admiten prueba en contrario) o de derecho (no admiten prueba en contrario). PERO, PREDETERMINADAMENTE, lo que significa, que las partes saben a ciencia cierta como opera el dinamismo de una carga de la prueba que es alterada por disposición de la ley, sea en su favor, sea en su contra.

Históricamente, el esquema o estructura procesal de las cargas de la prueba, según algunos historiadores operaba de la siguiente forma:

- Antiguo derecho romano: La carga de la prueba corresponde a ambas partes por igual.
- Procesos germanos primitivos: La carga de la prueba es la de la parte más débil social y económicamente, (así lo enseña en su conocida obra, Carlos Lessona).
- En la Edad Media se sistematiza la carga de la prueba conforme la conocemos hoy.

Luego, debemos preguntarnos ¿qué son las cargas «dinámicas» de la prueba? Si respuesta es que, en base a la definición de las cargas de la prueba, las cargas «dinámicas» deberían conceptualizarse como «Conducta impuesta en el proceso **a las dos partes, a fin de** probar legalmente la verdad de **todos los hechos controvertidos**, de forma tal que de no hacerlo, una de las partes soportará resultado adverso, **según decida el Juez al momento de dictar sentencia**».

Pero, inmediatamente nos surge la pregunta si ¿son realmente cargas? y la respuesta es que, si afectan a ambas partes, lo cierto es que no, ya que el aplicarla «dinámicamente» una parte que tenía la carga, luego no le afectaría y por tanto dejará de ser carga a su respecto.

Y, a continuación, nos preguntamos ¿son dinámicas? y la respuesta es que efectivamente lo son, en el sentido que no correspondiéndole el «Onus-probandi» a una parte, conforme las reglas tradicionales, vía decisión judicial, sí le correspondió tal peso de la prueba, perdiendo el pleito por no haber probado lo que no le correspondía probar, conforme las reglas comunes del onus probandi.

Y si esto es así, es decir, de que son efectivamente dinámicas, cabe preguntarse ¿quién la aplica y en qué momento? Y la respuesta es que las aplica el juez y ni más ni menos que al momento de dictar sentencia.

¿En qué caso las aplicará el juez?, imponiéndose la respuesta de que lo hará frente a la falta de prueba convincente, para acoger la pretensión del hecho constitutivo, contenido en la acción o, en su caso, la excepción del hecho impeditivo, modificativo o extintivo.

Recordemos que desde siempre la regla ha sido que a falta de prueba el juez debe sentenciar a favor de la parte que no tenía la obligación de probar.

Conforme las reglas tradicionales de la carga de la prueba, contenidas en los artículos 1.698 del Código Civil chileno y 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, el juez está obligado a rechazar la demanda si el actor no probó legalmente los fundamentos fácticos de su pretensión, o bien, acoger la demanda si el demandado no probó lo mismo respecto de su excepción perentoria.

Y llegamos así, por fin, a la pregunta clave, en mi concepto, para esclarecer el tema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de estas llamadas cargas dinámicas de la prueba.

En efecto, corresponde preguntarnos si ¿es racional y justo que sólo al momento de sentenciar, el juez pueda invertir el Onus Probandi alterando el resultado natural del juicio, mediante el expediente de responderse él mismo acerca de quién estuvo en mejor condición de aportar la prueba que no encuentra en el proceso?

Si bien nos fijamos, la consecuencia de la aplicación de estas cargas, así entendidas, me parece que es de una gravedad procesal extrema:

Veamos:

- Falta prueba y por ello el resultado sería o acoger la demanda o rechazar la demanda, según corresponda al Onus Probandi que nos rige. Sin embargo, faltando esa prueba, el juez se pregunta, no quién debió aportarla (carga estática), sino quién estuvo en mejor condición de aportarla (carga dinámica) y sanciona, con el resultado del juicio desfavorable, a los intereses de la parte que el juez concluyó arbitrariamente que estuvo en mejor condición de aportarla y no la aportó.
- El juez altera el Onus Probandi normal y legal, legislando con una nueva «regla» que aplica el caso concreto sólo una vez que las partes ya no pueden generar actividad probatoria.
- Tal posibilidad, ¿respeto los principios de igualdad de las partes y de imparcialidad del Juez?
- Es racional y justo que el resultado de un juicio pueda cambiar de dar lugar a la demanda, o no darle lugar, o viceversa, por el simple expediente, extra proceso o ajeno al mérito del proceso, de responderse el mismo que se pregunta acerca de una suposición sobre la cual no existe antecedente alguno en el proceso. Recordemos que la constitución política chilena, consagra el debido proceso y lo manifiesta a través de asegurar o garantizar un procedimiento racional y justo (Artículo 19 N° 3, inciso 5º de la Constitución Política).

## **X. ANTECEDENTES DOCTRINALES Y LEGALES**

Existe abundante doctrina, que no sólo se ha hecho eco, sino que, además propugna por la regulación legal de las llamadas «cargas dinámicas de la prueba» y desde un punto de vista legal, ciertos códigos procesales calificados de modernos han recogido esta teoría, como el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay, que en su artículo 139.2, que señala:

### **«Artículo 139. Carga de la prueba.**

**139.1 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 lechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.**

**139.2 La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal *ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o "deficiencias de la prueba.*» (lo cursivo es nuestro).**

En un congreso de derecho procesal celebrado hace algunos años atrás en la ciudad Azul, Provincia de Buenos Aires, analizando este tema y en la parte del debate, el talentoso procesalista colombiano Martín Bermúdez se interrogaba, cuestionaba y planteaba, en relación a este inciso segundo recién copiado, acerca de cómo era posible correlacionar la apreciación de la prueba con las reglas de la sana crítica, cuando hay omisión de prueba, desde el momento, en que ésta, la sana crítica, es de apreciación probatoria y por tanto supone la existencia de prueba y no precisamente omisión de prueba, presupuesto de las cargas dinámicas.

Esta aguda observación merece ser destacada y detenerse en ella para reflexionarla y a ello invito al lector, sin introducirle mayores ingredientes por mi parte, a fin de no incurrir en una indebida apropiación de tal observación e incentivar un análisis crítico sobre el punto, por parte de los destinatarios de estas líneas.

Recordemos que Sentís Melendo, se preguntó ¿qué será la sana crítica, además de una expresión idiomática? Y las respuestas que pueden darse es que es un estándar jurídico, es decir, una línea de conducta general, susceptible de abarcar numerosas situaciones, representativa de cierta medida de comportamiento social o bien, como enseña Couture, reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia de tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.

Finalmente, sobre este punto y considerando que la sana crítica es un mecanismo legal de apreciación de la prueba, ¿es posible incorporar o utilizar la sana crítica, en base al criterio exclusivo del sentenciador, para alterar el resultado del juicio, cuando las partes ya no tienen posibilidad de intervención alguna (citadas para oír sentencia), en base a «elementos» ajenos al proceso y mediante el simple expediente de preguntarse quién estuvo en mejores condiciones de probar y no probó?

De allí, a la arbitrariedad judicial, me parece que no existe distancia alguna.

A continuación, y como una demostración de la importancia creciente que ha ido tomando esta institución, con un respaldo admirable, pero sinceramente desconcertante, transcribimos a continuación el Dictamen del XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal de Argentina, celebrado en Termas de Río Hondo en mayo de 1993, en que se lee textualmente:

1. Se reconoce susceptibilidad de consecuencias prácticas a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.
2. Constituye doctrina ya recibida la de estas cargas, las cuales se apartan excepcionalmente de las normas legales de distribución de la carga de la prueba, a lo que se pueda recurrir sólo cuando la aplicación de aquella arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.
3. Se crean nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, como la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva, debiendo ser especialmente cuidadoso respecto de la prueba aportada, ya que normalmente quién la aporta también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.
4. Se recomienda la regulación legal de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas considerándose inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas o demasiado casuísticas que impidan el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso.

5. Se reconoce que, en principio, la invocación judicial oficiosa de estas cargas, al momento de sentenciar, entraña algún riesgo para la garantía del debido proceso, permitiéndose así concordancia con la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes.
6. En la audiencia preliminar que se pregona, el juez debe advertir a las partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar, insistiéndose en la necesidad de formalizar en cualquier supuesto, una prudente y meditada pronunciación de esta doctrina.

## **XI. CIERTOS RECONOCIMIENTOS DE LA DOCTRINA**

Cumplamos con lo prometido. Ya expusimos nuestra postura. A continuación, exponemos en lo pertinente la de los tres autores ya mencionados:

Jorge W. Peyrano expone: «Se ha dicho y repetido que vivimos en una época de penalización del proceso civil - donde al par que crecen las facultades de los jueces, se busca más decididamente la verdad real o «histórica» - que viene a contraponerse, curiosamente con la presente etapa de ¿«civilización»? del proceso penal cuyos cultores más destacados se alinean con el sistema acusatorio (el más afín al proceso civil clásico). Sin embargo y por más que al juez civil de hogaño se le reconocen muchas más atribuciones que al de otrora, median coyunturas procedimentales que constituyen una valla infranqueable para el ejercicio de aquéllas y, en definitiva, para la obtención de la verdad «real». En otra oportunidad, tuvimos ocasión de señalar lo siguiente «... decíamos anteriormente que las diligencias para mejor proveer son una morigeración de los postulados del principio dispositivo, en aras a la obtención de una verdad real, que no puede desnaturalizar la esencia de aquél. Por eso es que, a veces, el juzgador debe informarse con la verdad que intuye que es meramente formal. Ello ocurre, ora, por incidencia de limitaciones legales de medios probatorios, ora por encontrarse ante hechos admitidos que le vedan toda posibilidad investigatoria y, más frecuentemente, por el juego de las cargas procesales, tan caro al principio dispositivo». De todas maneras, que quede en claro que también el proceso civil actual persigue la verdad «histórica» y sólo se contenta con su «pariente pobre» la «formal» o producto de los mecanismos técnicos del procedimiento) cuando están en juego valores que en el caso resultan de mayor jerarquía que la propia consecución de la «verdad verdadera». Sobre el particular, apuntábamos lo siguiente: «Magüer la usual afirmación que se realiza en el sentido de sostener que el proceso civil dispositivo se conforma con la verdad formal en contraposición con el penal o con el civil de corte inquisitivo, que persiguen a la verdad «real», preferimos, a la luz de lo expuesto, aseverar que el proceso civil dispositivo contemporáneo persigue también la verdad «histórica», contentándose con la formal sólo cuando ahondar una pesquisa sería equivalente a desbaratar los basamentos del principio «dispositivo».<sup>20</sup>

Revisten un trascendente papel entre las susodichas reglas decisorias las denominadas reglas de la carga de la prueba»<sup>21</sup> que apuntan a determinar quién debió probar determinado hecho y sin embargo sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez.

Palacio explicita aún más el punto, destacando que: «las reglas sobre la carga de la prueba, en síntesis, sólo revisten importancia práctica ante la ausencia o insuficiencia de elementos probatorios susceptibles de fundar la convicción judicial en un caso concreto, indicando por un lado al juez cuál debe ser el contenido de la sentencia cuando

---

<sup>20</sup> PEYRANO, JORGE W.: *El Proceso Civil, Principios y Fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, p.79.

<sup>21</sup> GODSCHMIDT, JAMES: *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Pietro Castro, Barcelona, 1936, Labor p.8; *Aspectos generales de la noción de «carga procesal»* pueden verse en N. ENRIQUE AMAYA, *Carga de la prueba*, Córdoba 1972, p.19 y ss., LORENZO CARNELLI, *voz «carga procesal»*, en la Enciclopedia Jurídica Ameba, Bs. As. 1955, t.II, p.708 y ss.

concorre aquella circunstancia y previniendo por otro lado a las partes acerca del riesgo a que se exponen en el supuesto de omitir el cumplimiento de la respectiva carga».<sup>22</sup>

Sentado lo anterior, podemos ahora traer a cuento que ya hace un tiempo propusimos la noción de «carga probatoria dinámica»<sup>23</sup> a guisa de vitalizadora de la concepción estática y apriorística conforme a lo cual, inevitablemente, la actora debe probar ciertos y determinados hechos y la demandada, otros. Acerca del significado e implicancia del referido concepto, hemos manifestado lo que sigue: «De allí la conveniencia de que la doctrina (y algún día, también el legislador) se ocupe de conceptualizar detalladamente el tenor de estas nuevas cargas probatorias «dinámicas» que nos ocupan, dicho ello en el sentido de que según fueren las circunstancias del caso puedan desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras - e insistimos en el punto a servir mejor a la justicia del caso concreto llevado a los estrados judiciales; servicio, y bien lo sabemos, que es la meta del proceso civil contemporáneo.<sup>24</sup>

En tren de identificar la categoría de «las cargas probatorias dinámicas», hemos visualizado -entre otras- como formando parte de la misma a aquélla según la cual le incumbe la carga probatoria a quien -por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva. Así es que hemos subrayado que se considera regla de distribución de la carga de prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Así, v.gr; establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones (por conocer las intimidades de la pareja) de probar su inocencia (o la culpabilidad del otro cónyuge) en orden a conservar su vocación hereditaria, el cónyuge supérstite que las causahabientes del cónyuge fallecido.<sup>25</sup> Con ello procurábamos (y creemos que lo conseguimos) poner en evidencia la visión demasiado rígida y apriorística que la doctrina clásica tenía respecto de las reglas de la distribución de la carga de la prueba. De ella, dábamos cuenta explicando que «Ocurrió entonces que, adoptando una visión exclusivamente estática de la cuestión, los doctrinarios «fijaron» (y aquí este verbo debe ser entendido en un modo literal) las reglas de esta carga de la prueba de una manera demasiado rígida, y sin miramientos, además -para las circunstancias del caso; circunstancias que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución. De tal guisa, por ejemplo, se decía que en cualquier caso y contingencia de los hechos constitutivos (es decir, los invocados por el actor en el escrito de demanda) deben ser probados por quien demanda dentro de un proceso de conocimiento, mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos - o en general, cualesquiera que alegara el demandado y que fueran distintos de los invocados por el actor - debían ser acreditados por el demandado. Y punto».<sup>26</sup>

Después de la primera aproximación al tema de las «cargas probatorias dinámicas» que recordábamos *ut supra*, volvimos a machacar sobre su perfil en otra monografía<sup>27</sup> y vislumbramos (y así lo comunicamos) su aplicabilidad en diversos sectores jurídicos (en el juicio de simulación, en el promovido por violación del derecho de intimidad, etc.) y en especial en el ámbito de los procesos incoados en materia de responsabilidad profesional.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> PALACIO, LINO: *Derecho Procesal Civil*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1972, Tomo IV, p.363.

<sup>23</sup> PEYRANO, JORGE W y CHIAPPINI, JULIO O.: *Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, en ED, Tomo 107, p.1005.

<sup>24</sup> *Ibidem* p.1006.

<sup>25</sup> PEYRANO, JORGE W.: *Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial*, Editorial Zeus, Rosario, Argentina, 1983, p.126.

<sup>26</sup> PEYRANO, JORGE W y CHIAPPINI, JULIO O.: *Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, en ED, Tomo 107, p.1006.

<sup>27</sup> PEYRANO, JORGE W.: *Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas*, en Procedimiento Civil y Comercial, Editorial Juris, Rosario, Argentina, 1991, Tomo I, p.77 y ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.79.

Lo cierto es que dicha doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» en materia de responsabilidad profesional (en particular, la médica) hizo pie en el consenso general y fue bien recibida como una vía idónea para «aliviar» un tanto el a veces desmesurado esfuerzo probatorio exclusivo a cargo de la actora, arbitrando así una suerte si no de inversión total de la carga probatoria, al menos un relevamiento parcial<sup>29</sup>. Tanto fue así que importantes certámenes científicos, de raíz civilista, han mencionado expresa o tácitamente, aunque a veces un tanto embozadamente - el concepto de «carga probatoria dinámica»<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, las V Jornadas Rioplatenses de Derecho celebradas en San Isidro en 1989<sup>31</sup> y las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, materializadas en 1991<sup>32</sup>; constituyen ejemplos palmarios de lo que decíamos más arriba acerca de la recepción a la que se ha hecho acreedora doctrina de las «cargas probatorias dinámicas». Y qué decir del desafortunado artículo 1626 del Proyecto de Unificación Civil y Comercial cuyo texto denota un evidente ajuste con las coordenadas de la precitada doctrina. Por supuesto que resulta explicable la buena acogida de referencia dado que, por ejemplo, la doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» facilita el desempeño probatorio de la actora que (por vía de hipótesis de trabajo) ha sido objeto de un tratamiento quirúrgico equivocado y sobre cuya etiología nada conoce porque en el recinto del quirófano sólo permanecen quienes, en definitiva, vienen a ser demandados y únicos testigos de lo que realmente ha acontecido. Pero, como suele suceder, se corre el riesgo de que la impunidad profesional de otrora al calor de esta nueva concepción, que viene a mitigarla) se transforme en una desenfadada «caza de brujas» tratando de demostrar culpas profesionales por doquier y, para colmo, considerar a la «víctima» por relevada de efectivizar cualquier esfuerzo probatorio. Si ello ocurriera (y creemos que, en algún grado, esto ha ocurrido) se habría consumado (una vez más) uno de los movimientos pendulares a los cuales somos tan afectos los argentinos. Ayer, impunidad en materia de responsabilidad profesional, hoy persecución implacable de la mala praxis.

Se debe, entonces, poner las cosas en su quicio y subrayar que la doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» sólo tiene por propósito dejar en claro que, v.gr; no siempre la víctima (actora) deberá correr en exclusividad con la prueba de la culpa (o falta de ella) del médico (demandado). Acierta Vásquez Ferreira cuando acota que: «Estas reglas de distribución de la carga de probar atienden más que a la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. Ahora puede decirse que la carga probatoria es compartida, no bastando una actitud meramente pasiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues ello lo llevaría a un resultado seguramente negativo. Ahora el profesional también debe aportar toda su prueba para demostrar que obró con diligencia, prudencia y pleno conocimiento de las cosas; en una palabra, que obró sin culpa»<sup>33</sup> y también cuando destaca lo siguiente: «Téngase en cuenta que la prueba de presunciones no es más que un medio de prueba por el cual precisamente se acredita la negligencia profesional. Y, además, tampoco significa que el paciente puede adoptar una posición más cómoda en

---

<sup>29</sup> VÁSQUEZ FERREIRA, ROBERTO; *Prueba de la Culpa Médica*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1991, p.106.

<sup>30</sup> Punto 7 de las conclusiones de la Comisión n°1: En supuestos de responsabilidad subjetiva la culpa debe ser acreditada por el actor. Por tratarse de su propio obrar, el profesional demandado generalmente se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente.

<sup>31</sup> Punto 6 de las conclusiones de la Comisión n°5: Cuando se funda en la culpa (se alude a la responsabilidad profesional), debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quien se halla en mejor situación para probar.

<sup>32</sup> Punto 9 de las conclusiones de la Comisión n°2: Cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica -cuyo funcionamiento es de excepción- que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentra en mejor situación para probar (doctrina art.377 Cód. Proc. De la Nación, art.375 Cód. de la Prov. De Buenos Aires, y art. 355 Cód. Proc. De la Provincia de la Pampa).

<sup>33</sup> VÁSQUEZ FERREIRA, ob. cit., p.110.

la contienda, pues a él le corresponde probar todos los hechos reveladores que luego formarán en el juez la convicción que lo lleve a tener por probadas -por presunción hominis- la culpa galénica<sup>34</sup> conceptos reafirmados con posterioridad<sup>35</sup>.

Personalmente, nos ha ocurrido un poco como al aprendiz de brujo que una vez llevado a cabo el encantamiento no sabía cómo hacerlo cesar. Cuántas veces, nos hemos topado con interpretaciones descaminadas y casi apocalípticas de algunas concepciones novedosas que nos tocó en suerte echar a rodar. No queremos que ello acontezca con la doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» que nació -entre otras cosas- para quitarle el «bill» de indemnidad de que disfrutaban ciertos sectores profesionales, pero que no fue dada a luz para facilitar la promoción de procesos de tintes extorsivos y que constituyen verdaderas aventuras judiciales.

La prudencia siempre ha sido una de las virtudes más notorias ypreciadas de los jueces nativos. Confiemos, entonces, en que sabrán rechazar la tentación de considerar a la doctrina de las «cargas probatorias dinámicas» como una regla de «inversión de la carga de las pruebas (que no lo es) y calificarla, en cambio, como una regla no apriorística que impone una suerte de colaboración entre actora y demandada en la recolección del material probatorio».

No puedo dejar de mencionar aquí, que está clara manifestación del llamado solidarismo procesal, no logra explicar ni menos siquiera intentar fundamentar someramente, como se puede pedir o pretender que una parte del proceso colabore probatoriamente con su contraparte. Irreal es lo más suave que se me ocurre, de solo considerar la naturaleza del ser humano y probablemente, no lindante, sino propio de prevaricación de parte de aquel abogado que rinda prueba que favorezca al contrincante de su representado.

Razonablemente, ¿qué litigante podría estar de acuerdo y autorizar a su abogado o aceptar consejo de éste, en orden a rendir en el proceso prueba que le perjudica y favorece a su contraparte?

Roland Arazi, expone: «La carga de la prueba y la sana crítica. La llamada, carga «dinámica»:<sup>36</sup> -Es indudable que las reglas sobre carga de la prueba le permiten al juez dar su fallo aun cuando no este convencido de cómo sucedieron los hechos. En nuestra opinión el juez tiene que agotar todos los medios para estar en claro acerca de los hechos alegados por las partes, utilizando las facultades que le otorga la ley procesal a tal fin. Pero si la duda persiste, entonces recurrirá a las reglas sobre carga de la prueba.

De todas las reglas que se han elaborado, no tenemos duda de que la más completa es la ideada por Rosenberg, ya que contempla todos los casos posibles.

Ella debe interpretarse de acuerdo con las nociones dadas al tratar el objeto de la prueba; es decir, que tienen que descartarse los hechos exentos de prueba. Entre éstos, los que traen mayores dificultades son los hechos indefinidos, generalmente negociaciones indefinidas, que no pueden acreditarse por el hecho positivo contrario. Si la norma contempla un hecho indefinido, éste no se prueba porque existe imposibilidad de hacerlo (ver cap. II, punto 9); la imposibilidad de suministrar la prueba que tiene que apreciarse con criterio riguroso a fin de no confundirla con la simple dificultad.

En el derecho positivo advertimos que rara vez la norma trae como presupuesto de hecho uno que sea imposible de probar; veamos, por ejemplo, las distintas enunciaciones que hace la ley al tratar las obligaciones de hacer y de no hacer. El art. 625 del Código Civil dice: «*El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo*

---

<sup>34</sup> *Ibíd*em, p.112.

<sup>35</sup> VÁSQUEZ FERREIRA, ROBERTO: *El Tribunal Supremo Español y la Responsabilidad Civil de los Médicos*, en *Juris*, Boletín N°70, p.369 y ss.

<sup>36</sup> ARAZI ROLAND, *La Prueba en el Proceso Civil*.

*que fuese mal hecho*». Es decir que quien pide el cumplimiento de una obligación de hacer no tiene la carga de probar que la obligación no se cumplió, o sea que no se hizo lo convenido, porque la norma no contempla ese presupuesto; el acreedor sólo tiene que probar la existencia de la obligación, y el deudor, en su caso, su cumplimiento. En cambio, si la obligación se cumplió de manera distinta a la convenida, el acreedor tiene que probar tal diferencia, ya que es presupuesto de la norma.

El incumplimiento de las obligaciones de no hacer está legislado en el art. 633 del Código Civil: «*Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiese hecho, o que se le autorice para destruirlo a costa del deudor*». Cuando se pide el cumplimiento de la obligación de no hacer, es el actor quien tiene que probar que el hecho fue ejecutado por culpa del deudor. Tal es el presupuesto de hecho de la norma transcripta.

No obstante la bondad de la regla enunciada por Rosenberg, creemos que la ley debiera agregar una disposición similar a la del art. 133 del proyecto de Código de Procedimiento Civil, de Eduardo Couture, del año 1945, redactado en la siguiente forma: «Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes (referidas a la regla sobre carga de la prueba), los jueces apreciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente (sana crítica) las omisiones o las deficiencias en la producción de la prueba».

Es importante que el juez valore las circunstancias particulares de cada caso, apreciando quién se encontraba en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, así como las razones por las cuales quien tenía la carga de probar no produjo la prueba. Este criterio es aplicado con frecuencia por la jurisprudencia<sup>37</sup> y tiene el aval de la CSJN, que recientemente ratificó su postura diciendo que las reglas atinentes a la carga de la prueba deben ser apreciadas en función de la índole y características del asunto sometido a la decisión del órgano jurisdiccional, principio éste que se encuentra en relación con la necesidad de dar primacía - por sobre la interpretación de las normas procesales- a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal<sup>38</sup>, en los juicios de simulación, por ejemplo, cuando se pide que se declare simulado un acto jurídico, es indudable que la carga de la prueba de la insinceridad del mismo recae sobre el actor, quien funda su pretensión en ella; sin embargo, los jueces han exigido que el demandado colabore incorporando al proceso los elementos que hagan verosímil la existencia del acto. En el mismo sentido, los jueces no exigieron la prueba escrita para probar los contratos a la parte que se encontraba en la imposibilidad moral de obtenerla, como cuando se celebraron entre familiares muy allegados amigos muy íntimos, o cuando es costumbre que se celebren verbalmente, como los realizados con profesionales para la atención médica. También se tuvieron acreditados los pagos hechos sin comprobantes cuando es habitual que se efectúen de esa forma, si de las circunstancias del caso surgen como verosímiles (p. ej., gastos de viáticos, farmacia, etc.). Adviértase que la cuestión de la carga de la prueba es idéntica cuando la prueba falta o cuando ella es insuficiente; sin embargo, en estos casos excepcionales, los jueces aceptaron la verosimilitud como prueba apta. Cabe advertir que la última parte del inc. 5º del art. 163 del CPN, incorporado por la ley 22.434, le da al juez un instrumento útil para valorar las omisiones probatorias dentro de la conducta de las partes, a la que se refiere la norma (ver cap. V, punto 5).

A esta concepción se la ha denominado dinámica, por su movilidad para adaptarse a los casos particulares, a fin de oponerla a una idea estática igual para todos los supuestos sin atender a las circunstancias especiales. Ella ha tenido un nuevo brillo por los importantes trabajos de prestigiosos juristas que han pregonado a favor de una

---

<sup>37</sup> Ver CN Civ., Sala D, 16/3/82, ED, 100-298.

<sup>38</sup> CSJN, 20/8/96, ED, 171-361.

idea de solidaridad y colaboración de las partes en la etapa probatoria del proceso, sin sujetarse a reglas rígidas que hagan recaer todo el peso en una o en otra.”<sup>39</sup>

Por su parte, Augusto Morello, en su obra ya citada, se refiere a estas cargas en los siguientes términos: «**Los principios modernos en la distribución de la carga de la prueba.** Interesa también resaltar que en la nueva integración la Corte, con rigor científico, ha diseñado el pendular de la distribución probatoria en el eje de dos coordenadas: a) la parte mejor colocada o en situación más cómoda o a la que le es menos oneroso procurar la prueba es la que está cargada con su producción; b) la variación en las posiciones interiores de los litigantes durante los desarrollos del litigio determina, dinámicamente, sucesivos desplazamientos; tal rotación repercute en el juego circular de las referidas cargas. Con palabras del Tribunal: «de tal modo (al privárseles del conocimiento de las resoluciones judiciales y en su consecuencia de ofrecer la prueba) ante su falta de actividad correspondía aplicar las reglas atinentes a la carga de la prueba, que en el caso debían distribuirse según lo dispuesto por la ley de fondo y la procesal y, a todo evento con respecto al principio según el cual corresponderán mayores cargas a quienes disponen de mayores posibilidades en razón de la posesión de los medios idóneos de prueba»<sup>40</sup>.

Compruébese, asimismo, que la Corte enfatiza acerca de la que la apreciación de la prueba constituye, por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria así se trate de la de presunciones<sup>41</sup>.

Igualmente, en la delicada labor de elaborar o acordar mérito a la prueba, el Tribunal subraya, de continuo, los requisitos que, constitucionalmente, han de satisfacerse a fin de que aquélla sea adecuada, eficaz y plena.

Complementariamente en -parecido registro de importancias- delimita nuestro tema al conectarlo con el exceso ritual».

Hasta aquí la cita.

El lector puede ahora, una vez leídas las posturas sobre las llamadas cargas dinámicas de la prueba de estos tres importantes y conocidos procesalistas argentinos, creo, concluir y tomar partido, sobre aquéllas y en especial si responden o no a la garantía del debido proceso constitucional.

---

<sup>39</sup>MORELLO, AUGUSTO M.; *La Prueba. Tendencias Modernas*, Platense - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, en especial Cap. III; del mismo autor, *Carga de Probar: dos puntos clave*, JA, ejemplar del 12/2/97; y en colaboración con KAMINKER, MARIO E, *La colaboración en el proceso civil. Comunidad de esfuerzos*, ED, 157-894; EISNER, ISIDORO, *Desplazamiento de la carga probatoria*, LL, 1994-C-846; PEYRANO, JORGE W., *Valor probatorio de la conducta procesal de las partes*, LL, 1979 -B-1048; del mismo autor, *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, LL, 1991-B-1034; *Carga de la prueba. Conceptos clásicos actuales*, «Revista de Derecho Privado y Comunitario», Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, n°13, Prueba - L, p. 97; y en colaboración con CHIAPPINI, JULIO, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, ED, 107-1005; LORENZITTI, RICARDO L, *Carga de la prueba en los procesos de daños*, LL. 1991-A-995; del mismo autor, *Teoría general de distribución de la carga probatoria*, «Revista de Derecho Privado y Comunitario», cit., n°13, p. 61.

<sup>40</sup>Esa pauta ya había sido anunciada en Fallos, V. 296, p. 646, si bien la carga de la prueba recaer sobre quien invoca la existencia de un hecho controvertido ello no puede aplicarse de manera rigurosa cuando la ausencia de elementos de juicio se debe a la pérdida del expediente y el incidentista (que no fue parte originaria), no se hallaba en las mejores condiciones a fin de aportar los (elementos) conducentes a fin de reconstruir el proceso. PEYRANO JORGE-CHIAPPINI, JULIO O., *lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, Der, V. 107, p. 1006; ALTERINI, ATILIO, *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*, La Ley, 1988, u.B, p. 947, VÁSQUEZ FERREIRA, ROBERTO A., *La responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados* (con especial referencia a la carga probatoria de la culpa), Juris, Arg. 1989, v. III, p. 931.

<sup>41</sup>CS, «Fiscal c/Huerta Araya, Roberto», junio 12 de 1930. Léase también la sentencia en el caso «Veira», citada.

## **XII. CONGRUENCIA PROCESAL<sup>4243</sup>: MI PROPUESTA ACERCA DE SU ESTRUCTURA CONCEPTUAL**

En mi postura, la estructura de la congruencia procesal presenta rasgos o bases que de no concurrir, se transforma automáticamente en incongruencia.

Gráficamente, según ya dijimos, la congruencia procesal como principio normativo del derecho procesal, en mi postura, en rigor, del procedimiento o del derecho procedimental, es:

---

<sup>42</sup> Sobre este trascendental principio, la Excelentísima Corte Suprema de Chile ha resuelto, en sentencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil once, dictada en la causa Rol 1.257-10, lo siguiente: "CUARTO: Que en la materia, la doctrina comparada ve en la denominada ultra petita -más allá de lo pedido-, un vicio que conculca un principio rector de la actividad procesal: el de la congruencia -"Conformidad de extensión, concepto y alcance entre el fallo y las pretensiones de las partes formuladas en el juicio", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua- y se dice que ese ataque se produce, precisamente, con la "incongruencia" o falta de correspondencia que pueda presentar una decisión con relación al asunto controvertido.

El principio de congruencia se basa en diversos fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. Primeramente, busca vincular a las partes y al juez al debate y, por tanto, conspira en su contra la falta del necesario encadenamiento de los actos que lo conforman, a los que pretende dotar de eficacia. Por tanto, se trata de un principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, al mismo tiempo que cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso.

QUINTO: Que, en doctrina, en tanto, se encuentran diferentes definiciones, cada una de las cuales resalta los elementos a los que cada autor otorga una mayor preponderancia. A modo de ejemplo: para HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, es "El principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas." (Teoría General del Proceso, pág. 433) y, según el tratadista JAIME GUASP, es la "conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto" (Derecho Procesal Civil, Civitas Ediciones, pág. 517, citado por HUGO BOTTO OAKLEY, La Congruencia Procesal, Editorial Libromar Ltda., ob. cit., pág. 121).

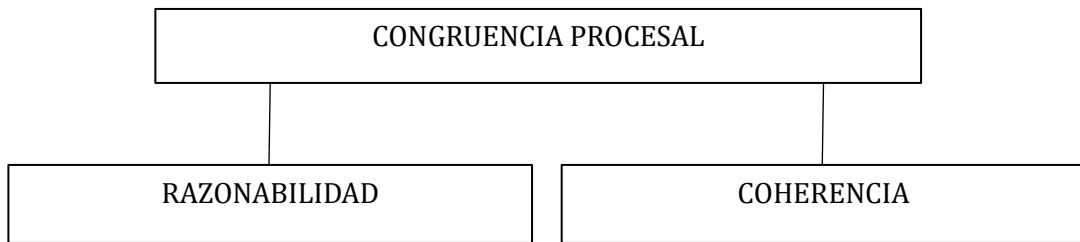
SEXTO: Que en nuestro ordenamiento no existe un conjunto de disposiciones que regulen la institución en referencia, la estructuren en sus presupuestos y efectos, pero no por ello es desconocida, por cuanto distintas normas se refieren a ella, sea directa o indirectamente, tal como es el caso del precepto contenido en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que regula el contenido de las sentencias.

SÉPTIMO: Que, así entonces, del sano entendimiento y armonía de lo que se lleva dicho, emana como conclusión que, inclusive en las consideraciones de derecho que efectúe el tribunal, puede existir contravención al principio de congruencia, infracción que se produce si se desatiende el objeto y la causa de la litis. De esta forma, la libertad del juez para interpretar y aplicar el derecho ha de circunscribirse a los dictados del principio en alusión, el cual le otorga el marco de su contenido".

Como se puede apreciar, el Tribunal Supremo de Chile ha ampliado el significado de la Congruencia, entendiendo que la misma también abarca y debe considerarse en otros estadios del procedimiento, como lo es la fase recursiva, además de la prueba y a la función de cautelar, al indicar: "la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso." En igual o similar sentido, todas en [www.podejudicial.cl](http://www.podejudicial.cl): Rol 4553-09, de 1° de Octubre de 2009; Rol 2472-2010, de 29 de agosto de 2011; Rol 6.804-2010, de 21 de septiembre de 2011; Rol 197-2010, de 26 de septiembre de 2011; Rol 5.918-2010 de 28 de septiembre de 2011; Rol 195-2010 de 29 de septiembre de 2011; Rol 2.763-2010, de 29 de septiembre de 2011.

<sup>43</sup> En mi obra citada "La Congruencia Procesal. Principio base para una Teoría General del Procedimiento Civil. Planteamiento General en Relación a la Prueba en el Código de Procedimiento Civil Chileno", Editorial de Derecho, 2007, a solicitud del Editor y para la presentación en la contratapa, escribí lo siguiente, en lo pertinente: "Aunque la obra hace énfasis en la estrecha relación entre congruencia procesal y prueba, ello es igualmente válido para toda y cualquier institución procesal en el procedimiento civil ordinario, sea en su etapa prejudicial, de discusión, conciliación, prueba, sentencia o recursiva ordinaria o extraordinaria".

En igual o similar sentido, todas en [www.podejudicial.cl](http://www.podejudicial.cl): Rol 4553-09, de 1° de Octubre de 2009; Rol 2472-2010, de 29 de agosto de 2011; Rol 6.804-2010, de 21 de septiembre de 2011; Rol 197-2010, de 26 de septiembre de 2011; Rol 5.918-2010 de 28 de septiembre de 2011; Rol 195-2010 de 29 de septiembre de 2011; Rol 2.763-2010, de 29 de septiembre de 2011.



Nuestro concepto: la congruencia procesal es la relación coherente y lógica que debe ocurrir entre las pretensiones de las partes y lo resuelto en la sentencia y también entre la prueba rendida por las partes y lo resuelto sobre ella en la sentencia.

Como se ve claramente, nuestro concepto amplía el campo de acción de la congruencia y ello, por cierto, con la misma consecuencia, es decir, será incongruente y por tanto anulable aquella sentencia que no solo respete la relación entre las pretensiones y la sentencias, sino también aquella en que no resuelve conforme la prueba legalmente rendida exclusivamente por las partes, en base a prueba decretada por el juez o en que no se respetan las reglas de carga y apreciación o valoración de la prueba.

Sí, reitero, sostengo, sustento y afirmo, que será anulable o adolecerá de un vicio de nulidad, aquella sentencia dictada en contravención a las reglas de iniciativa probatoria, carga probatoria y valoración probatoria.

Recordemos que el famoso brocardico enseña: «sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ulira, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probatia partium». cuyo significado es «La sentencia debe estar conforme con la reclamación escrita, para que el juez no vaya más allá, fuera o más acá de las demandas de las partes; tanto lo imputado como lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas por las partes». Agrego a esto último.... y no por el juez.

### **XIII. PALABRAS FINALES**

Damos nacimiento así a una distinción entre incongruencia por «*ultra petita*» e incongruencia por «*ultra pueba*» que concurrirá en los casos de:

- Prueba oficiosa
- Medidas para mejor resolver
- Alteración de la carga de la prueba u onus probandi a través de las llamadas cargas dinámicas de la prueba

¿Dónde terminará esta propuesta?

Dependerá obviamente de estudios y propuestas posteriores, tal como ocurre con todo avance de las ciencias, hasta lograr su respectiva categoría de aceptación o de rechazo que, en caso de existir, esta última, tiene el deber de superar la propuesta, también con otra científica y con mejor fundamentación demostrativa. Mientras ello no ocurra, el desafío estará vigente.

Tres citas importantes:

1. «Las resoluciones judiciales no deben «sorprender» a las partes, afectando su defensa. (Augusto Morello, La Prueba, Editora Platense. 1991, pág. 69).
2. «La primacía del principio de economía no puede hacerse con sacrificio de la seguridad, bilateralidad y certeza que subyace en la base del sistema procesal dispositivo vigente». (Augusto Morello, La Eficacia del Proceso, 2ª Edición, Hammurabi, Pág. 376-377).

**Botto Oakley**

*Límites o alcances del debido proceso conforme a constitución*

El rey de partos, Fraates, propuso a Pompeyo pasar por alto el tratado con los persas y quitarles tierras de manera que el límite fuese el Eufrates. Pompeyo contestó: «Nosotros los romanos, preferimos como límite el derecho».

Agregamos, finalmente y como conclusión mientras nuestro límite sea el Derecho, podemos confiar en el Debido Proceso que la Constitución nos ofrece y asegura.