



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

La carga dinámica de la prueba ⁽¹⁾

(Dynamic allocation of the burden of proof)

Jorge I. González Carvajal ⁽²⁾

Professor of Civil Procedure at the Universidad Central de Venezuela (UCV) and Civil Law at the Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Lawyer

Abstract: Who should prove the existence or nonexistence of some fact in a judicial proceeding? Should the Claimant help the Defendant to prove asserts of truth of

1. El presente texto, con algunas modificaciones y actualizaciones, fue publicado inicialmente en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, n° 71 (2016-2017), Caracas, 2018, pp. 189-208, donde se retoma y reelabora el texto en italiano de la ponencia presentada inicialmente en el Congreso *Dialogo tra Corti e nuove frontiere della responsabilità*, organizado por G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari en la Escuela de Derecho de la *Università degli Studi di Padova*, los días 20 y 21 de marzo de 2014, publicado en *Dialogo tra corti e nuove frontiere della responsabilità. Atti dei II Convegno dei Colloquia dei Studi della Scuola di Giurisprudenza*, coord. G. Gioia, M. Bianchini y A. Calegari, Cedam, Padua, 2017 y presentada en castellano durante el IV Congreso de Derecho Procesal: "Reforma, realidad y perspectiva" en Homenaje al Dr. Edgar Darío Núñez Alcántara, Valle de la Pascua, 28 y 29 de octubre de 2016, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Procesales del Estado Guárico.
2. Universidad Católica Andrés Bello, Abogado y Especialista en Derecho Procesal. Universidad Nacional de Rosario, doctorando en Derecho y *Magíster Scientiarum* en Derecho Procesal. *Visiting scholar* en la *Università degli Studi di Padova*. Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Diplomado de Docencia en Educación Superior. Profesor en Pre-Grado, Universidad Católica Andrés Bello y Post-grado, Universidad Central de Venezuela.

particular facts or vice versa? Is there a new rule within all the rules governing the presentation of facts and proof in proceedings before courts? Those are issues of a great importance studied by scholars and courts in the last years relating to the law of evidence and this essay which provides a framework for further research gives a particularly and critic point of view influenced by a vision of the process as an instrument of freedom or as a right that point to protect freedoms.

Keywords: Burden of proof, collaboration, due process of law.

Table of contents: 1. Introduction. 2. The burden of proof as a rule shared in civil law systems. Its function. 3. The burden of proof and the collaborative or asymmetric procedural systems. 4. Dynamic allocation of the burden of proof in Venezuela. 5. Conclusions.

Resumen: ¿Quién debe probar la existencia o inexistencia de los hechos en un debate judicial? ¿Debe el demandante ayudar al demandado en la prueba de sus afirmaciones de hecho o viceversa? ¿Existe acaso una nueva regla en el derecho probatorio al respecto? Estas son cuestiones de gran relevancia que doctrina y jurisprudencia discuten en los últimos tiempos y este ensayo, que plantea las bases generales de un problema para una investigación más profunda, ofrece un punto de vista particular y crítico influenciado por una concepción del proceso como instrumento de libertad o como derecho que mira hacia la protección de la libertad.

Palabras-claves: Carga de la prueba, colaboración, debido proceso.

Tabla de contenido: 1. Introducción. 2. La carga de la prueba como regla compartida en los ordenamientos de tradición continental europea. Su función. 3. La carga de la prueba y los modelos procesales colaborativos o asimétricos. 4. La carga dinámica de la prueba en Venezuela. 5. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

En los sistemas procesales de América Latina el principio de la carga de la prueba ha tenido en los últimos años, y está teniendo ahora, un desarrollo muy interesante, bajo una concepción colaborativa o asimétrica del proceso, vale decir, una concepción que concibe al método que denominamos proceso, no sólo como instrumento para resolver conflictos, sino también como mecanismo dentro del cual las partes —especialmente aquella más poderosa— deben colaborar con los fines de alcanzar la justicia y la verdad para la (re)olución del conflicto. Vale decir, que el eje de este modelo procesal es el deber de colaboración, desplazando u obscureciendo el concepto y función de carga procesal.

Para asegurar tal nuevo principio, muchas veces inexpreso y de creación doctrinal y jurisprudencial, cual es la colaboración procesal se han elaborado teorías, acogidas por la jurisprudencia y luego por algunas legislaciones, destinadas a modificar las reglas clásicas de distribución de la carga de la prueba. Tales teorías se fundamentan en el mentado principio de colaboración, que se afirma forma parte o es consecuencia del principio compartido de manera unánime como lo es el principio de moralidad, otras veces llamado principio de buena fe o lealtad y probidad procesales.

En línea de máxima según esta teoría, la situación de una parte respecto de la otra o respecto de la situación material, o su comportamiento dentro del proceso, especialmente en cuanto a la ejecución de los medios de prueba y la adecuación o no a la colaboración procesal exigida, puede significar una modificación de las reglas generales del *onus probandi*.

A continuación haremos un sintético cuadro comparado de las normas y de las tesis por medio de los cuales los jueces y estudiosos argumentan a favor de la llamada carga dinámica de la prueba, ilustrando cómo se relaciona con un modelo procesal colaboracionista, solidarista y/o asimétrico como polo opuesto al modelo procesal tradicional isonómico o garantista. Naturalmente en esta sede no entraremos en el detalle de la figura, harto compleja, de la carga de la prueba y de la llamada colaboración procesal, por lo que nos pasaremos brevemente por el contexto en el cual opera la doctrina de la llamada carga dinámica de la prueba, particularmente en el contexto venezolano.

II. LA CARGA DE LA PRUEBA COMO REGLA COMPARTIDA EN LOS ORDENAMIENTOS DE TRADICIÓN CONTINENTAL EUROPEA. SU FUNCIÓN

En los ordenamientos jurídicos de tradición europeo-continental la carga de la prueba es una regla compartida ⁽³⁾, la mayoría de los casos, por ejemplo, en materia de obligaciones en el *Code civil* francés ⁽⁴⁾ y difundida en la cultura jurídica como se

3. También en los sistemas de *common law* la regla del *burden of proof* es fundamental en los debates judiciales. En este sentido señalaba Bentham que “hay que convenir en que el demandante es la parte principalmente interesada en suministrar la prueba. ¿Por qué principalmente interesada? Porque en el caso de que una alegación no sea creída, sobre ella recaerán las consecuencias desagradables de no haberlo conseguido. Es pues el demandante quien se presenta primero a nuestras miradas, ya que es el quien corre el mayor riesgo. ¿Por qué? Porque se espera siempre que, por su parte, tenga algo que probar y que si no prueba nada no puede salir del juicio sin una pérdida mayor o menor; mientras que por parte del *demandado* puede suceder que salga de la lucha con éxito sin haber probado nada, sin siquiera haber tratado de probar, sin hacer otra cosa que negar formalmente la proposición del demandante”. Cf. Bentham, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. del fra. por M. Ossorio Florit, Ejea, Buenos Aires, 1971, II, pp. 150 y 151.
4. De hecho en la reciente reforma de Código Civil francés se mantiene el texto del antiguo art. 1.315, hoy art. 1.353, así: *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*. V. Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, trad. S. Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 2004, p. 45 ss.

evidencia de las máximas romanas *actori incumbit probatio y ei incumbit probatio qui decit, non qui negat*.

Puede ser considerada un principio general ⁽⁵⁾, incluso si presenta algunos caracteres particulares según cada ordenamiento jurídico. La carga de la prueba es una regla puesta en cabeza de quien deduce (afirma) un hecho que se corresponda con el supuesto de hecho normativo alegado en juicio para tutela de un interés ⁽⁶⁾.

Por ejemplo, la regla se encuentra en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (Art. 377) ⁽⁷⁾, en el *Código de Processo Civil* brasileiro (Art. 373), en el Código Civil chileno (Art. 1.698), en el Código General del Proceso colombiano (Art. 167), en el *Code de procédure civile* francés (Art. 9), en el *Codice civile* italiano (Art. 2.697), en el Código Procesal Civil paraguayo (Art. 249), en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (Art. 217), en el *Codice civile* suizo (Art. 8), en el Código General del Proceso uruguayo (Art. 139), en el Código de Procedimiento Civil venezolano ⁽⁸⁾.

El alcance de esta regla es doble: en primer lugar, indica cuál parte está llamada a producir la prueba de los hechos relevantes; en segundo lugar, es una regla de juicio para la hipótesis de falta de prueba a la cual sigue un riesgo de pérdida del litigio ⁽⁹⁾.

Esencial para el funcionamiento de la regla es la identificación de los hechos que debe probar cada parte, clasificados generalmente como hechos (*rectius est*: afirmaciones de hechos) constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos alegados en el proceso, pues de su definición depende la determinación de quién tiene la carga de demostrar los hechos alegados ⁽¹⁰⁾. En línea general, la parte actora debe (tiene la carga de) demostrar el o los hechos constitutivos, entendidos como aquellos hechos, alegados por el actor en su demanda, que dan origen a un determinado efecto jurídico e individualizan el supuesto de hecho abstracto invocado para la resolución del caso ⁽¹¹⁾.

5. V. Patti, Salvatore, *Le prove. Parte generale*, Giuffrè, Milán, 2010, p. 47.

6. V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 788 ss.

7. También el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

8. Art. 506 CPC y el art. 1.354 del Código Civil, reproducción literal del art. 1.312 del *Codice civile* italiano de 1865 y del art. 1.315 del *Code* francés.

9. Al respecto véase Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, pp. 26 y 112 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 220, Rosenberg, Leo, *La carga de la prueba*, trad. S. Krotoschin, BdeF, Buenos Aires, 2002, pp. 84 ss., Micheli, Gian Antonio, *La carga de la prueba*, cit., pp. 157 ss., v. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., pp. 48 ss., Devis Echandia, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Dike, Medellín, 1993, I, pp. 425 ss.

10. V. Rivera Morales, Rodrigo, *Las pruebas en el Derecho venezolano*⁶, Rincón, Barquisimeto, 2011, p. 227, v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 49, y Devis, Hernando, *Teoría*, cit., pp. 430 ss.

11. V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 41.

Tales hechos son objeto de declaración en el proceso y, respecto a estos, se desarrolla la actividad de defensa del demandado o resistente y luego la actividad jurisdiccional consistente en la decisión.

El demandado o en general quien resiste una pretensión de otro tiene la posibilidad/libertad de permanecer inerte o de participar activamente en el proceso en el cual es parte.

Si quien resiste participa activamente en el proceso, la doctrina autoral considera que asume para sí la carga de la prueba respecto de las afirmaciones de hecho que realiza, sobre hechos, llamados extintivos, impeditivos o modificativos ⁽¹²⁾.

Frente a un hecho constitutivo, como por ejemplo la afirmación de existencia de la obligación de entregar el bien vendido, el demandado puede alegar un hecho extintivo que afecta la validez del acuerdo, como su nulidad. Estamos, en cambio, en presencia de un hecho impeditivo cuando al demandado-vendedor corresponde demostrar la afirmación según la cual el actor-comprador conocía los vicios redhibitorios de la cosa vendida ⁽¹³⁾. Así como constituye un hecho modificativo alegar el pago parcial de una deuda contraída a título de mutuo.

La alegación y prueba de estos hechos permite a quien resiste la pretensión (resistente) obtener por parte del juez el rechazo de la pretensión actora. Algunos códigos de procedimiento civil regulan expresamente y de forma contingente, según el tipo de hecho y del supuesto normativo invocado, quién tiene la carga de probarlos (p. ej., Italia, Brasil, España, Uruguay). Otros códigos no establecen disposiciones expresas al respecto, pero se considera que regulan de manera inexpressa las diferentes hipótesis (p. ej., Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Suiza, Venezuela).

Para describir la actividad de quien resiste se habla de *excepciones* ⁽¹⁴⁾. La actividad de excepcionar presenta algunas variantes y existe una distinción de gran relevancia

12. V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, cit., pp. 791 ss.

13. V. Chiovenda, Giuseppe, ob. ult. cit., p. 792. Véase por todos Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Vicios redhibitorios y saneamiento*, Aciempol, Caracas, 2008, pp. 96 ss.

14. Las clasificaciones doctrinales sobre las excepciones son muchas pero existe un núcleo compartido entre los autores de los diferentes países. En Italia, véase Mandrioli, Crisanto; ob. cit., pp. 87 ss., Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 218, que las denomina excepciones en sentido propio o excepciones en sentido impropio. En Argentina v. Alsina, Hugo, *Defensas y excepciones*, en *Revista de Derecho Procesal*, Ediar, Buenos Aires, 1949, *passim*, que subraya esta dificultad y realiza un análisis comparado entre Francia, Alemania, Italia, España, Venezuela y Argentina, en su orden. En Colombia Devis Echandia, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*¹⁰, I, ABC, Bogotá, 1985, pp. 246 ss., Morales Molina, Hernando, *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General*¹¹, ABC, Bogotá, 1991, pp. 168 ss. En Perú v. Ferrero, Augusto, *Derecho Procesal Civil. Excepciones*², Lima, 1974, pp. 74 ss., en Uruguay v. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*³, De Palma, Buenos Aires, 1977, pp. 113 ss., Véscovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 9. En Venezuela v. Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*⁵, Piñango, Caracas, 1979, III, p. 61.

práctica y teórica ⁽¹⁵⁾: aquella entre excepciones propias o en sentido estricto ⁽¹⁶⁾, e impropias o en sentido lato. Solo las segundas (p. ej. la nulidad), no las primeras (p. ej. la compensación *ex art. 1242 c.c. it. y art. 1.331 c.c. ven.*) pueden ser relevadas también de oficio por el juez, donde en el primer caso la carga de afirmar los hechos que integran el presupuesto de las normas alegadas se encuentra únicamente en cabeza del demandado.

La distinción entre excepciones relevables de oficio o no se extiende también para aquellas procesales o de rito, que tienen un efecto diferente ⁽¹⁷⁾, pero pueden ser entendidas también en sentido propio (o estricto) o en sentido impropio (o amplio).

Como hemos anticipado, la regla de la distribución de la carga de la prueba además de establecer qué parte debe probar los hechos afirmados, es una regla de juicio o epistémica, que aumenta el riesgo que la pretensión (o la excepción) sea rechazada¹⁸: determina las consecuencias de la eventual ausencia de prueba de las circunstancias de hecho que han sido alegadas (o afirmadas) por una y/o por la otra parte ⁽¹⁹⁾.

Es claro que la teoría de la carga de la prueba está estrechamente vinculada a la conservación del *principio dispositivo o acusatorio* en el proceso, en cuanto respecta a la determinación de los hechos ⁽²⁰⁾, y por lo tanto está también vinculada a la estructura y a la lógica del juicio y a la idea de proceso como encuentro dialéctico.

Se trata de una regla que aclara ⁽²¹⁾ la relación (o situación) procesal, estableciendo cuál es la parte gravada para aportar la prueba y quién por lo tanto corre con el riesgo de su ineficacia o defecto.

-
15. V. Consolo, Claudio, ob. ult. cit., p. 218, según el autor *in entrambi i casi si tratta, naturalmente, di fatti estintivi, impeditivi e modificativi*. V. Alsina, H., ob. ult. cit., 32 ss.
 16. Definidas por Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 90, como el derecho de quien resiste la demanda, de obtener que la sentencia de mérito que resuelva la pretensión tome en cuenta también los hechos extintivos, impeditivos o modificativos cuya alegación está confiada a su disponibilidad.
 17. V. Mandrioli, Crisanto, ob. ult. cit., pp. 274 ss.
 18. V. Patti, Salvatore, *Le prove*, cit., p. 79.
 19. V. Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 124, donde el autor subraya que se trata en otros términos de reglas con las cuales el ordenamiento jurídico responde a esta pregunta: cómo debe decidir cuando una de las partes, o ambas, no ha conseguido probar las circunstancias de hecho que respectivamente han alegado, bien porque no han podido o no han querido ofrecer pruebas al respecto o bien porque las pruebas ofrecidas no han sido admitidas, o en definitiva, porque, si bien admitidas y realizadas, no han arrojado un dato un resultado de confirmación de las circunstancias alegadas.
 20. V. Chioyenda, Giuseppe, ob. ult. cit., pp. 796 ss., para quien la prevalencia del principio dispositivo en un proceso no significa dominio de la voluntad de las partes, sino apreciación acentuada de su actividad: no significa reconocimiento de un pretendido derecho de *disposición* del material de la causa, sino sanción de la *responsabilidad* en proporcionar al juez el material de conocimiento, v. Patti, Salvatore, ob. cit., pp. 50 ss.
 21. No obstante, parte de la doctrina –con razón a nuestro parecer– considera la regla aparentemente simple y clara, presenta innumerables complicaciones aplicativas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Padua, 2015, p. 1383.

Todo lo dicho hasta ahora parece tener poca relación con el llamado deber de moralidad o mejor aun, con las consecuencias que se deducen de un deber del género, sin embargo veremos que aquellas reglas cuando son relacionadas con un derivado deber de colaboración procesal, producen modificaciones sensibles que han consentido la introducción de nuevos criterios, dicho sea, no pacíficos en doctrina y jurisprudencia, como el correspondiente a la carga dinámica de la prueba.

III. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LOS MODELOS PROCESALES COLABORATIVOS O ASIMÉTRICOS

En la cultura jurídica latinoamericana el comportamiento correcto de los sujetos en el proceso es objeto de numerosos estudios relativos a la moralidad procesal, la buena fe, la lealtad, la probidad, y, además, el abuso del/en el proceso.

Una aproximación a este fenómeno es difícil por la viscosidad de las nociones implicadas ⁽²²⁾.

Por una parte, las normas que se refieren a la corrección de las conductas de las partes en el proceso están formuladas en los textos normativos con enunciados abiertos ⁽²³⁾ en cuanto a los supuestos de hecho, y, en ocasiones, no indican de manera explícita siquiera las consecuencias jurídicas, otorgando así un amplio margen de discrecionalidad a la jurisprudencia y a la doctrina.

Por otra parte, el uso de términos valorativos e indeterminados acentúa la posibilidad de influencias y condicionamientos de elementos no jurídicos o extrajurídicos, como la moral positiva (o social), e incluso la moral ideal o crítica ⁽²⁴⁾.

Según nuestra investigación se registra una tendencia creciente en la práctica de estudiar y poner atención al comportamiento de las partes con base en el llamado principio de moralidad o buena fe procesal, introduciendo dentro del proceso valoraciones en términos éticos de la actividad de defensa ⁽²⁵⁾.

El contenido y ámbito de aplicación de las normas que emplean las nociones arriba citadas son generalmente (si no siempre) poco claras, entre otras razones porque estas últimas son utilizadas como mecanismos de hetero-integración para colmar

-
22. V. Ghirga, Maria Fernanda, *Abuso del processo e sanzioni*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, p. 88.
 23. V. Guarneri, Atilio, voz *Clausole generali*, en *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, 1988, II, pp. 403 ss., v. también Velluzzi, Vito, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 46 ss.
 24. Sobre el concepto de moral positiva (o social) y moral ideal (o crítica) v. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 19.
 25. V. Dondi, Angelo, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, en Aa.Vv., *Diritto privato, l'abuso del diritto*, Cedam, Padua, 1997, p. 480.

eventuales lagunas técnicas (o *intra legem*) de estas normas ⁽²⁶⁾, dando importancia, en cada caso, a factores contextuales de orden ético, político, religioso, etc.

El deber de corrección procesal es frecuentemente reconducido a un concepto de buena fe más amplio de aquel típico del derecho privado como máxima que debe gobernar cualquier relación jurídica; escribía Chiovenda que *come ogni rapporto giuridico o sociale il rapporto processuale deve esser governato dalla buona fede* ⁽²⁷⁾.

Otros, como es el caso de Taruffo, dudan que este último concepto pueda ofrecer una base para una definición del abuso procesal pues no resulta claro si existe una diferencia de fondo entre las conductas procesales abusivas y las que se ejecuten con mala fe o culpa grave ⁽²⁸⁾. A nuestro parecer las normas sobre la llamada buena fe procesal, moralidad o proscripción del abuso del proceso, presentan características que las diferencian de aquellos supuestos normativos relativos a la buena fe (o el abuso del derecho) de los que se ocupa el derecho privado, considerando el contexto donde son aplicadas y las características que definen al proceso (p. ej., el contradictorio y las garantías procesales) ⁽²⁹⁾.

Para parte de la doctrina autoral el principio de moralidad, la prohibición de abuso del proceso y la buena fe procesal representan manifestaciones de ideologías autoritarias ⁽³⁰⁾.

Otros ubican el fundamento de la prohibición de abuso procesal y de los deberes de corrección procesal en la teoría de los límites intrínsecos de los derechos, en la autoresponsabilidad de las partes y en la necesidad de proteger derechos fundamentales como la igualdad, el debido proceso y el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva ⁽³¹⁾.

26. V. Bobbio, Norberto, *Saggi sulla scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 74. para el autor son lagunas técnicas o *intra legem* aquellas que se refieren no al ordenamiento jurídico en su complejo, sino a una norma específica, y derivan del hecho que frecuentemente las normas enuncian solamente principios generales y no las modalidades de aplicación de tales principios, o indican el fin último a alcanzar y no los medios necesarios para lograrlo. V. también Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., p. 413 ss, nota 15.

27. Cf. Chiovenda, Giuseppe, ob. cit., p. 745., en castellano, Id., *Principios de derecho procesal civil*^B, trad. J. Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, II, p. 211.

28. V. Taruffo, Michele, *L'abuso del processo: profili generali*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bononia University Press, Bologna, 2012, pp. 28 ss., 40, 46 y 47. V. Taruffo, Michele, *Abuso del processo*, en *Contratto e impresa*, 2015, pp. 832 ss.

29. Al respecto véase González Carvajal, Jorge I., *Consideraciones generales sobre la buena fe procesal y el abuso del proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, N° 7, septiembre 2016, ij-cxlv-236, www.ijeditores.com.ar.

30. En España, v. Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, en Aa.Vv., *Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 294 ss. Véase una opinión diferente en Picó I Junoy, Joan, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, en *Rivista di diritto processuale*, 2013, pp. 171 ss.

31. V. Picó I Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2003, pp. 76 ss.

Hay quienes incluso individualizan el fundamento de este fenómeno en la publicización del proceso ⁽³²⁾.

No es este el lugar para estudiar las diferentes concepciones y tesis sobre la corrección procesal, que como hemos mencionado brevemente están influenciadas y condicionadas por diversos elementos (muchas veces no jurídicos o extra-jurídicos), bien por la ambigüedad y vaguedad de los términos en discusión, o bien porque su discusión presupone asumir una determinada posición u orientación respecto a la función que cumple el proceso y la jurisdicción. A nuestro parecer y sin perjuicio de otras definiciones, el fenómeno procesal es acá entendido como método³³, es decir, como posibilidad última de dirimir conflictos e impedir el uso ilícito de la fuerza; método que se da en un contexto dialéctico. En tal contexto, el principio de corrección funciona como correctivo mediante el cual el proceso debe servir para resolver el conflicto y no para multiplicarlo, siendo menester que los sujetos procesales respeten las reglas de juego.

Señalaba Couture que en los últimos tiempos se ha producido un retorno a tendencias que acentúan la efectividad de un leal y honorable debate procesal ⁽³⁴⁾. Asimismo al parecer de Taruffo hace un tiempo se ha acentuado una suerte de *ondata moralizzatrice* del proceso que ha llevado a legislación, doctrina y jurisprudencia a prescribir reglas y formular valoraciones de carácter genéricamente ético sobre la conducta de los sujetos del proceso ⁽³⁵⁾.

En efecto, a finales de siglo xix la ordenanza procesal civil o *Zivilprozessordnung* (ZPO) austriaca de 1895 estableció en el § 178 el deber de veracidad y de prestar colaboración en juicio. El texto del Código austríaco influenció varios códigos europeos: así el § 222 de la *Zivilprozessordnung* húngara de 1911, así como algunos Códigos cantonales suizos como la *Loi de Procédure Civile* del Cantón de Ginebra del 2 de diciembre de 1911, la *Zivilprozessordnung* del Cantón de Basilea, el *Gesetz betreffend den Zivilprozess* del 13 de abril de 1913 y el *Gesetz betreffend das Gerichtswesen im allgemeinen* del 29 de enero de 1911 en el Cantón de Zurich y el *Code de Procédure Civile* del 20 de noviembre de 1911 en el Cantón de Vaud ⁽³⁶⁾.

Recordemos luego la novela alemana de octubre de 1933, en vigor desde el 1° de enero de 1934 que modificó la *Zivilprozessordnung* y sancionó en el § 138 los deberes de las partes de decir la verdad (*Wahrheitspflicht*) y de corrección ⁽³⁷⁾.

32. En Venezuela, v. Quintero Tirado, Mariolga, *Valor probatorio de la conducta de las partes*, VII Jornadas Venezolanas de Derecho Procesal, Homenaje al Prof. Luís Fuenmayor, organizadas por el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (Invedepro), Caracas, noviembre 2006, en Argentina v. Masciotra, Mario, *La conducta procesal de las partes*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 14.

33. V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, I, p. 259.

34. V. Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*³, cit., p. 190.

35. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 25.

36. V. Couture, Eduardo, ob. ult. cit., p. 190.

37. V. Mechelli, Stefano, en S. Patti (Coordinador), *Codice di Procedura civile Tedesco*, Giuffrè/Beck, Milán, 2010, p. 102. Establece la norma: § 138 *Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht. (1) Le*

También en Italia, durante la época de reforma del código de procedimiento civil, varios proyectos estuvieron orientados a regular la conducta de las partes en el proceso. Tal fue el caso del artículo 20 de la propuesta de la Comisión Post-Guerra (38). También, el Proyecto Carnelutti presentado a la comisión real para la reforma del *codice di procedura civile*, con el título *Dovere di verità e di prudenza* establecía en el art. 28 que *La parte ha il dovere di affermare al giudice i fatti secondo la verità e di non proporre pretese, difese o eccezioni senza averne ponderato il fondamento* (39). Otro ejemplo es el art. 26 del *Progetto preliminare del codice di procedura civile* (Proyecto Solmi) elaborado en 1937 (40).

En Italia no fue sancionado expresamente el deber de decir la verdad en el proceso (41), pero sí el deber de *probitad y lealtad* (42). Así, el art. 29 del *Progetto definitivo di Codice di procedura civile*, hoy art. 88, es del siguiente tenor: *Le parti e i loro procuratori e difensori hanno il dovere di agire con probità e con lealtà* (43).

En los ordenamientos jurídicos latinoamericanos existen numerosas disposiciones al respecto, con relativa semejanza de las normas europeas, tales como el art. 32.1 del *Code de procédure civile* francés y el art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, con características propias y diferentes: podemos mencionar el art. 24 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina (44), los arts.

*parti devono formulare le loro dichiarazioni su circostanze di fatto in modo completo e secondo verità. (2) Ciascuna parte si deve esprimere sulla circostanza allegata dalla controparte. (3) I fatti che non sono esplicitamente contestati devono essere considerati come ammessi, a meno che l'intenzione di contestarli non emerga dalle altre dichiarazioni della parte. (4) Una dichiarazione di non conoscere un determinato fatto è possibile solo rispetto ai fatti che non riguardino atti della parte, né siano stati oggetto della sua sfera percettiva. V. Loreto, Luís, *El deber de decir la verdad en el proceso civil*, en *Ensayos jurídicos*, Fabreton, Caracas, 1970, p. 473.*

38. V. Chioyenda, Giuseppe, *Appendice: Progetto di riforma del procedimento civile. Saggi di diritto processuale civile*, Foro Italiano, Roma, 1931, II, p. 121. La norma del proyecto recita: *Nella esposizione dei fatti le parti e i loro avvocati hanno il dovere di non dire consapevolmente cosa contraria al vero. La parte deve, nella prima occasione che avrà per farlo, dichiarare se i singoli fatti esposti dall'avversario siano secondo la sua convinzione conformi al vero. Riguardo ai fatti che non le sono proprii, o che essa non ha personalmente osservato, la parte può limitarsi a dichiarare di non sapere se siano veri: questa dichiarazione vale contestazione.*
39. Cf. Carnelutti, Francesco, *Progetto del codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padua, 1926, I, p. 15.
40. V. Cipriani, Franco, *L'avvocato e la verità*, en *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2010, p. 131.
41. V. Cipriani, Franco, *El abogado y la verdad*, en Aa.Vv., *Proceso Civil e Ideología*, cit., pp. 283-284. V. Cipriani, Franco, *L'avvocato*, cit., p. 131.
42. V. Couture, Eduardo, *El deber de las partes de decir la verdad*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, De Palma, Buenos Aires, 1979, III, p. 253.
43. Que continúa así: *In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve referirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.*
44. V. también el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y el art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

78 al 81 del *Código de Processo Civil* de Brasil, el art. 88 del Código de Procedimiento Civil chileno, los arts. 78, 79, 80 y 81 del Código General del Proceso colombiano, los arts. 51, 52 y 53 del Código Procesal Civil paraguayo, el art. 109 del Código Procesal Civil peruano, el art. 5 del Código General del Proceso uruguayo, los arts. 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

La perplejidad y problemas que implican estas normas y aquellas similares que encontramos en los diferentes sistemas procesales es provocada por la indeterminación de los términos, expresiones y criterios para su aplicación, además del riesgo de afectar directamente derechos procesales de las partes.

Así, esta indeterminación trae como consecuencia que las disposiciones normativas no prescriban conductas determinadas *a priori*, sino *a posteriori* por el juez y por medio de expresiones elásticas donde la individualización del supuesto normativo queda condicionado potencialmente por factores extrajurídicos, tan diversos como, ideológicos, políticos, sociales, etc. Se prestan así a una aplicación altamente discrecional con peligro *che si verifichino rilevanti disparità di trattamento a seconda di come il giudice valuta, sempre in mancanza di criteri uniformi sufficientemente determinati, i singoli casi, o come giudici diversi valutano casi diversi* (45).

Las hipótesis empleadas en la práctica para describir los casos y supuestos que implican afrenta al deber de decir la verdad o deber de veracidad, lealtad, probidad, buena fe, colaboración, son múltiples: se hace referencia a prácticas obstruccionistas, litis temerarias, tácticas dilatorias, aventuras procesales, pretensiones improponibles, *estoppel*, actos procesales abusivos, procesos abusivos y abuso procesal (46), exceso de defensa, fraude procesal, dolo, colusión, simulación de procesos, etc.

Todas estas situaciones son frecuentemente y *naturaliter* emparentadas con la moralidad, la buena fe o la corrección procesal: hay un evidente aire de familia, es decir, una articulación de relaciones conceptuales (47) entre todas las expresiones y sintagmas y la noción general de abuso procesal o corrección de la conductas de las partes en el proceso.

En los ordenamientos jurídicos, especialmente los latinoamericanos, abuso procesal, violación del deber de buena fe, lealtad, probidad y corrección procesal son

45. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p.33.

46. V. Taruffo, Michele, *Elementos para una definición de abuso del proceso*, en *Páginas sobre la justicia civil*, trad. M. Aramburo Calle, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 296-297, Id., *El abuso del proceso: perfiles comparados*, en *Páginas sobre la justicia civil*, cit., pp. 321-322. Véase también González Carvajal, Jorge Isaac, *El abuso procesal*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10-II, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 505 ss., así como Domínguez Guillén, María Candelaria, *El daño moral en las personas incorpóreas: improcedencia de la prueba in re ipsa*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 6, RVLJ, Caracas, 2016, pp. 59-63, y Melich-Orsini, José, *El abuso del derecho en el proceso*, en *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y docente del profesor José Muci-Abraham*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 573 ss.

47. V. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, cit., pp. 22 y 23.

nociones entre las cuales no existe una clara delimitación conceptual ni frontera fija; las mismas formulaciones legislativas en la materia, con oscilaciones terminológicas y el amplio uso de cláusulas generales, expresiones elásticas, conceptos válvula, normas en blanco, demuestran cuan difícil resulta tipificar de manera analítica y completa los supuestos ⁽⁴⁸⁾ y determinar cuál es la conducta debida en juicio ⁽⁴⁹⁾. No existe ni siquiera acuerdo sobre el *nomen iuris* a utilizar, al punto que se habla simultáneamente para referirse al mismo fenómeno de principio de moralidad, de buena fe, de lealtad y probidad, además de abuso del o en proceso.

Por otra parte, tipificar las conductas reñidas con la corrección procesal no es imposible en línea de principio y no resulta conveniente operar con cláusulas generales en una materia tan delicada donde se ponen en riesgo las garantías procesales de las partes que las Constituciones y tratados sobre derechos humanos prometen ⁽⁵⁰⁾. Lo que podría dar lugar a tratos diferentes y dispares que resulten en sí violación del derecho a la igualdad ante la ley.

El análisis debe ser realizado con cautela, identificando los supuestos normativos que cada ordenamiento establece y su *ratio*, es decir, el o los valores tutelados en la disposición normativa, para luego proceder, de ser el caso, en vía analógica a ampliar su ámbito de aplicación, siempre y cuando el tipo de disposición normativa consienta esta operación.

Establecer límites entre los supuestos que regulan la corrección procesal aumenta el grado de certeza en el sentido que permite incrementar la previsibilidad de las consecuencias en caso de violación de las normas ⁽⁵¹⁾.

Una buena aproximación para definir el contenido y confines de la corrección procesal es aquella teleológica, que requiere identificar cuáles son los valores de fondo compartidos y tutelados en el proceso, considerando su identificación como fruto de elecciones no absolutas ⁽⁵²⁾, sino siempre revisables y justificadas en un contexto pluralista que requiere balancear valores e intereses irremediamente en conflicto.

Las normas que prohíben las conductas incorrectas en el proceso tienen diferentes consecuencias dependiendo de cada ordenamiento jurídico.

Parte de la doctrina propone distinguir las consecuencias de los actos cumplidos en violación de las reglas que gobiernan las formas, el contenido y las modalidades de

48. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 32.

49. V. Duque Corredor, Román J., *La conducta de las partes en el proceso como elemento de convicción para la decisión del juez*, en www.iprocesalcolombovenzolano.org/doctrina, 24 de noviembre de 2013.

50. Cf. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 32. Véase también Chiovenda, Giuseppe, *Principii*, cit., p. 745., cf. Chiovenda, Giuseppe, *Principios*, cit., p. 211.

51. Cf. Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos*, trad. S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redin, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 273.

52. V. Taruffo, Michele, *L'abuso*, cit., p. 31.

los actos procesales y las consecuencias de actos abusivos o contrarios a la corrección y buena fe procesal ⁽⁵³⁾.

No existe sin embargo una opinión uniforme al respecto y en cada ordenamiento jurídico las consecuencias posibles son heterogéneas: multas, condena en costas, resarcimiento de daños liquidados en el mismo proceso en el cual se ha llevado a cabo la incorrección o en un juicio diferente, ineficacia e invalidez de los actos procesales bajo la forma de nulidad o anulación, particulares remedios de impugnación, inadmisibilidad⁽⁵⁴⁾, preclusión, relevancia probatoria de conducta de la parte a los fines de la decisión, reglas *ad hoc* sobre la distribución de la carga de la prueba ⁽⁵⁵⁾.

A continuación no examinaremos todas estas alternativas, que son evidentemente heterogéneas; nos limitaremos a ilustrar la última situación mencionada, vale decir, la modificación de las reglas ordinarias de *onus probandi*.

Se considera que la regla del *onus probandi* es un elemento central en la mayoría de los sistemas procesales, tanto en los ordenamientos de *common law* como en los ordenamientos de *civil law* ⁽⁵⁶⁾. Dado que la carga de la prueba está relacionada necesariamente a la función y a la estructura del proceso, la existencia de diversas reglas de distribución es normal y legítima cuando está expresamente prevista en el sistema procesal considerado ⁽⁵⁷⁾.

En los sistemas de *civil law*, las legislaciones establecen reglas generales relativas a la carga de la prueba y excepciones que permiten su modificación. Las razones de estas excepciones legislativas a las reglas generales son múltiples: por ejemplo, la intención de facilitar la prueba a sujetos considerados más débiles, la proximidad de un sujeto con la fuente de prueba o el medio de prueba o la intención de equilibrar en el proceso las posibilidades de defensa de las partes ⁽⁵⁸⁾.

53. En Italia v. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., pp. 22 ss.; en España Montero Aroca, Juan, *Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal*, cit., pp. 340 ss.

54. Al respecto resulta particularmente interesante la tesis de la *meritevolezza* como condición de la acción de Ghirga, Maria Fernanda, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Giuffrè, Milán, 2002, *passim*, Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Giuffrè, Milán, 2012, p. 100 ss.; una opinión diferente en Scarselli, Giuliano, *Sul c.d. abuso del processo*, en Aa.Vv., *L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno Nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011*, cit., pp. 169 ss., v. también De Cristofaro, Marco, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, en *Rivista di diritto civile*, 2008, pp. 335 ss.

55. V. Taruffo, Michele, *El abuso*, cit., pp. 328-329., v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 100, nota 6.

56. Cf. Gioia, Gina, *Dialoghi transnazionali sull'assunzione delle prove*, en Aa.Vv., *Principio di proporzionalità e dialoghi tra corti*, coord. M. Bianchini y G. Gioia, Cedam, Padua, 2013, p. 9.

57. V. Taruffo, Michele, *Simply the truth. El juez y la construcción de los hechos*, trad D. Accatino, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 258 y 261. No obstante, parte de la doctrina critica la conveniencia y utilidad práctica de mantener el instituto tal como es entendido y aplicado hoy día, al respecto véase por todos Nieva Fenoll, Jordi, *La carga de la prueba una reliquia histórica que debiera ser abolida*, en *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, v. 1, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 17 ss.

58. V. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., p. 258. Una aproximación prudente al tema en materia de arbitraje puede verse en Díaz-Candia, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría*

Para modificar las reglas generales de la carga de la prueba las legislaciones procesales de *civil law* emplean una pluralidad de técnicas: por ejemplo, reglas legislativas particulares relativas a determinados supuestos o reglas legislativas de inversión convencional de la carga de la prueba respecto a categorías específicas de situaciones (p. ej., art. 2.698 C.c. It. y §§ 3 y 4 de art. 373 del *Código de Processo Civil* de Brasil), así como principios de inversión elaborados por los jueces.

La doctrina y jurisprudencia en América Latina, se orienta por considerar que las reglas clásicas de distribución del *onus probandi* no permiten dar una respuesta adecuada a las exigencias de justicia de la sociedad moderna, pues hay casos donde su aplicación da lugar a soluciones consideradas injustas.

El problema es discutido en el ordenamiento jurídico argentino, chileno, paraguayo, venezolano, etc., pero no es ajeno a sistemas europeos como el francés, italiano o suizo, donde no hay normas que concedan al juez el poder de modificar la distribución de la carga de la prueba prevista en la ley (59).

En la experiencia italiana se emplean p. ej., las *presunzioni giurisprudenziali* (60) y recientemente la *vicinanza della prova* (61), mientras que en Alemania la llamada prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis*) mediante la cual el juez alemán modifica la carga de la prueba si el hecho afirmado por la parte es propiamente un hecho “típico” o “normal” (62). En España una figura similar encontramos en el art. 217.7 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que limita el poder del juez de modificar la carga de prueba con base en la facilidad o proximidad probatorias (63).

general del arbitraje)³, Torino, Caracas, 2016, pp. 156 ss.

59. Véase sobre el ejemplo portugués, en esta revista v. 9, n. 1, pp. 73 a 100, jan-apr, 2018, Hugo Luz dos Santos, *A distribuição dinâmica do onus da prova no direito processual civil português e macaense: reflexões no plano do direito a constituir*, para quien “a aplicação, in vivo, da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova possibilita, como se disse, a existência de decisões processual e materialmente justas e equitativas”.
60. V. Taruffo, Michele, ob. ult. cit., p. 262. Véase por todos Verde, Giovanni, *L'onere della prova del processo civile*, cit., pp. 135 ss., especialmente p. 149 ss., y 170, nota 244.
61. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., pp. 1388 y 1392. Particularmente en materia de proceso contencioso administrativo ex art. 64 del *codice del processo amministrativo* italiano. Para la autora el problema se presenta con mayor énfasis en los ordenamientos de *civil law* en comparación con aquellos de *common law* pues estos cuentan con una mayor capacidad de garantizar el acceso a la prueba, cuestión que –en opinión de la autora– no ocurre en aquellos.
62. Al respecto Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*³, trad. J. Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2009, pp. 512 ss.
63. Establece la norma en la parte pertinente: “7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”. Para Montero Aroca, Juan, *La prueba en el proceso civil*⁶, Aranzadi, Madrid, 2007, pp. 134 ss., la disposición normativa no establece la doctrina de las “cargas dinámicas probatorias”. Sin embargo, es evidente que si bien la misma no usa la expresión *carga dinámica*, la consecuencia es la misma que la prohibida por la doctrina de las cargas dinámicas. V. Besso, Chiara, *La vicinanza della prova*, cit., p. 1390, nota 32. Véase también Nieva Fenoll, Jordi,

Como se ha anticipado en América Latina se habla frecuentemente de la *carga dinámica de la prueba*, que autoriza al juez a modificar caso por caso la carga de la prueba con la finalidad de tutelar situaciones de inequidad, injusticia, facilidad, proximidad probatoria, etc.

Se trata de una construcción dogmática cimentada sobre el principio de solidaridad y sobre los deberes de colaboración y de corresponsabilidad ⁽⁶⁴⁾, además sobre el principio general de moralidad procesal y búsqueda de la verdad ⁽⁶⁵⁾.

Según esta corriente de pensamiento, la carga de prueba debe gravar a la parte considerada en mejores condiciones de producir la prueba ⁽⁶⁶⁾. Se considera que es un deber de la judicatura impedir que la parte más fuerte o que tiene una posición de ventaja (bien en el plano económico, social o jurídico, sea en la relación procesal como en la relación sustancial) pueda aprovechar esta circunstancia en perjuicio de la contraparte ⁽⁶⁷⁾.

En la raíz de esta doctrina está una concepción asimétrica y solidarista del proceso, cuya finalidad es alcanzar la justicia del caso concreto entendiendo que para ello es necesario el justo equilibrio entre las partes, mediante el respeto de los deberes de lealtad, probidad, buena fe y el deber de colaborar en la búsqueda de la verdad ⁽⁶⁸⁾.

Para algunos autores la facilidad de ofrecer determinadas pruebas determina la distribución de la carga (dinámica) de la prueba, y dichas mejores condiciones de probar dependen de una pluralidad de factores, entre otros, técnicos, económicos o jurídicos ⁽⁶⁹⁾, incluyendo por ejemplo el grado de competencia profesional y los costos de la tutela (p. ej. en los casos de responsabilidad civil del médico) ⁽⁷⁰⁾.

Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: Nociones que precisan revisión, en Aa.Vv., *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre de Colombia, Colombia, 2009, pp. 1030 ss.

64. Al respecto v. el padre de esta tesis en Argentina Peyrano, Jorge Walter, *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, Rubinzal-Culzoni Santa Fe, 2004, pp. 20 ss. Del mismo autor en esta revista, véase *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*, v. 1, n. 3, pp. 95 a 102. sep-dec, 2010. *La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema*.
65. V. Rambaldo, Juan Alberto, *Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., pp. 30 ss., Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas ¿Que debe probar el que no puede probar?*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 101.
66. V. Lépori White, Inés, *Cargas probatorias dinámicas*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., 2004, p. 60.
67. V. Lépori White, Inés, ob. ult. cit., p. 68.
68. V. Lépori White, Inés, ob. ult. cit., 69.
69. V. Barbiero, *Cargas probatorias dinámicas*. cit., p. 101.
70. V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, *Los principios de disponibilidad y de facilidad probatoria en la distribución dinámica de la carga de la prueba civil, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Arístides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez*,

El hecho de encontrarse en mejores condiciones de probar debe ser demostrado por la parte que se beneficia de la carga dinámica (71).

Respecto al momento en que se establece la distribución (dinámica) de la carga de la prueba, parte de la doctrina afirma que se debe hacer en la audiencia preliminar, vale decir, en la primera audiencia en la cual las partes comparecen ante el juez (72); para otros estudiosos, al juez corresponde determinar esta distribución al momento de decidir el mérito (73).

La facilidad o proximidad probatoria en materia de pruebas, se afirma, resulta influenciada y determinada por el comportamiento de las partes en el proceso (74): se toman en cuenta los actos contrarios a la colaboración en la obtención de la prueba, afirmaciones falsas, comportamientos contradictorios u obstruccionistas del desenvolvimiento del proceso, retenciones, omisiones y todo comportamiento contrario al deber de probidad y lealtad (75).

El juez puede valorar como un indicio la conducta de la parte para distribuir de manera diferente la carga de la prueba.

IV. LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN VENEZUELA

En Venezuela esta doctrina de las *cargas dinámicas de la prueba* ha sido acogida por algunos estudiosos, para quienes es admisible, en vía excepcional y mientras no limite el derecho a la defensa. Se argumenta sobre la base de la referida mejor disponibilidad y facilidad probatoria o considerándola como sanción impuesta a la parte que no colabora (76).

Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre 2006, p. 11. Al respecto v. Patti, Salvatore, ob. cit., p. 67.

71. V. Barbiero, ob. cit., p. 101.

72. En Argentina v. Quiroz Fernández, J. C. *Congresos Nacionales de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 258.

73. V. Barbiero, ob. cit., p. 106.

74. Cf. Balestro Faure, Miryam, *La dinámica de las cargas probatorias. Un proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales*, en Aa.Vv., *Cargas probatorias dinámicas*, cit., p. 19, Id., *La valoración judicial de la conducta en juicio*, en Aa.Vv., *Valoración judicial de la conducta procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 41. Al respecto véase nuestra crítica en González Carvajal, Jorge I., *Perspectiva crítica de la valoración judicial de la conducta de la parte en el proceso*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Procesal*, n° 7, septiembre 2016, ij-cxlv-236, www.ijeditores.com.ar. Para otros autores el problema de proximidad y facilidad probatoria puede ser resuelto con instrumentos procesales como la exhibición, intimaciones a presentar pruebas (*disclosure*) o someterse a experticias (en sus diversas manifestaciones), sin necesidad de acudir a una modificación judicial caso por caso del *onus probandi*. V. Taruffo, Michele, *Simplemente*, cit., p. 264.

75. V. Urdaneta Sandoval, Carlos Alberto, ob. cit., p. 33.

76. V. Longo, Paolo, *Dinamismo garantista de la carga probatoria, XX Congreso Aniversario del Código de Procedimiento Civil. Homenaje a los Dres. Aristides Rengel Romberg y Leopoldo Márquez Añez*, Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, 20 y 21 octubre de 2006, p. 12. Una disposición normativa del género

Sin embargo, mediante sentencia n° 434/2010 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 19 de mayo de 2010, exp. 09-1265, se rechazó la legitimidad constitucional de la doctrina en referencia. Se trataba de un proceso en el cual el Juez de Apelación, concretamente el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, desaplicó por vía de control difuso la regla *standard* de distribución de la carga de la prueba, argumentando que la misma era inconstitucional en el caso de especie, en virtud que, según el Juzgado Superior, era excesivamente difícil para la parte actora demostrar los hechos constitutivos de su pretensión (77).

La Sala Constitucional consideró no correcta la desaplicación de la norma general sobre la distribución de la carga de la prueba advirtiendo que esta norma (art. 506 CPC Ven) no era inconstitucional, siendo por tanto aplicable en dicho caso.

Grosso modo en este proceso la parte actora había alegado como hecho constitutivo que luego de la entrega de un vehículo recibido a título de compraventa, el mismo no se encontraba en condiciones normales de funcionamiento según lo pactado, debido a que días luego de la entrega se presentaron una serie de averías y defectos que provocaron un funcionamiento anormal del vehículo, alegando de manera genérica la existencia de vicios ocultos en el bien adquirido, el incumplimiento contractual del vendedor y solicitando por lo tanto la resolución del contrato.

Tanto el juez de primera instancia como el Juez de Apelación o Juzgado de Segunda Instancia habían declarado parcialmente con lugar la pretensión actora y ambas habían considerado que la parte actora tenía la carga de demostrar los vicios denunciados, sin

se encuentra presente en el proyecto de reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano de 2014, actualizado en julio de 2016, cuyo art. 372, establece: “Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho. Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido liberado de ella, debe probar el pago o el hecho extintivo de la obligación, salvo disposición especial prevista en este Código y en las leyes. Si las circunstancias especiales del caso debatido así lo justifican, el juez o jueza de juicio puede establecer a quién corresponde la carga de la prueba ponderando cuál de las partes está en mejor situación para aportarla. *Esta resolución deberá dictarse en el mismo auto que admita las pruebas promovidas por las partes*, y estas en el lapso legal de evacuación de pruebas deberán consignar las que sean pertinentes. Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior de este artículo, el tribunal deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido. Los hechos notorios no deben ser probados”.

77. Consideró el Juez en la sentencia en cuestión: “Lo que provoca esa carga dinámica, es un desplazamiento parcial y no total del onus probandi; en el caso de autos se desplaza la carga en cabeza de los litisconsortes, fabricante (General Motors de Venezuela C.A) y su concesionario o vendedor (Auto Camiones Los Llanos C.A), en relación a que el vehículo objeto del contrato no es apto para cumplir con la finalidad de la prestación o causa del mismo, como era para la compradora, desplazarse a realizar sus labores, lo cual genera un rompimiento patrimonial y contractual que hace nacer la resolución del contrato; pues, en lo relativo al daño moral y material (lucro cesante y daño emergente) la carga de la prueba continúa en cabeza del actor. De manera que las Cargas Probatorias Dinámicas ó Solidarias también llamadas de cooperación, sólo provocan, un desplazamiento parcial de la carga probatoria”.

embargo, el Juez Superior, consideró, además, que como los demandados contaban con un mayor grado competencia técnica y profesional respecto al funcionamiento del vehículo operaba una desaplicación de la norma general sobre la distribución del *onus probandi*. Y el fundamento de esta desaplicación fue precisamente el deber de colaboración, lealtad y buena de procesal, los cuales solidarizan *el concepto* y aplicación del *onus probandi*.

La particularidad de la sentencia del juez de alzada es que creó para el caso concreto una regla excepcional de distribución del *onus probandi*—en rigor: una regla de distribución del riesgo de la falta de prueba— fundamentada en una alegada mayor facilidad probatoria.

Este tipo de apreciación aparece con frecuencia en modelos o concepciones procesales solidaristas, que si bien están cargadas de buenas intenciones, generalmente no se fundamentan *en rigor* en la teoría de la carga de prueba ⁽⁷⁸⁾ y ponen en riesgo además la estructura y función del proceso como garantía de la libertad, dando paso a modelos autoritarios contrarios a la garantía del debido proceso ⁽⁷⁹⁾.

En este sentido señala Calvinho que “la garantía del proceso, entendida como método de debate para el pleno ejercicio del derecho de defensa, requiere que el juzgador aplique al sentenciar —cuando sea necesario— un conjunto de reglas de

78. Al respecto señala Calvinho, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 330 y 331, que “Pese a que se repite que la teoría de las cargas probatorias dinámicas fue creada por doctrinarios argentinos en la década del ochenta, ya se encontraba plasmada en un trabajo de un autor español veintisiete años anterior, al turno que su antecedente más remoto se halla en el primitivo derecho de los pueblos bárbaros germánicos. La novedad puede estar, eso sí, en su denominación, aunque peca de imprecisión: no se trata de una carga procesal, sino de una potestad jurisdiccional... aún cuando esta teoría sea admitida por alguna norma, la violación del derecho de defensa subsiste, amén que recurrir a ella no brinda soluciones adecuadas en términos de seguridad jurídica. Es preferible tomarse el trabajo de legislar una regla especial o alguna presunción, según el caso, que permitirle al juzgador que acomode a discreción las reglas del *onus probandi* para arribar a cierto resultado deseado y que termina amparando en una sentencia que sostiene, en las consecuencias que emanan de la simple distribución de la carga probatoria, lo que se debe motivar en derecho”.

79. Al respecto véase por todos Calvinho, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2015, pp. 77 ss., y 326 ss. La regla de la carga de la prueba es fruto de un procedimiento de abstracción conceptual, que si bien debe partir desde una aproximación normativa, no se acaba en ésta, pues entre la norma general (p. ej., el art. 506 CPC Ven) y las normas de fondo, presupuesto de la consecuencia jurídica pretendida por el actor o de la excepción o defensa afirmada por el demandado, no puede haber hiato; vale decir, la norma general que distribuye la carga de la prueba debe ser interpretada en atención a la(s) hipótesis normativa —y a la complejidad del fenómeno interpretativo detrás de la postulación de que haga una parte— aplicable y al conjunto de hechos (con la natural heterogeneidad entre los diferentes tipos de hecho) normativos que la misma postula. De manera que la regla variará dependiendo del caso *normativo* (o tipo de caso normativo), cuestión que es diferente a afirmar que la regla varía dependiendo de circunstancias *subjetivas* relacionadas con cada parte, pues esta última hipótesis prohija la arbitrariedad judicial.

carga de la prueba preexistentes, objetivas y abstractas. Así, actúan como guía para la conducta de las personas, a la vez que brindan la precisa instrucción de cómo resolver en el caso concreto cuando un dato afirmado y necesitado de prueba no ha sido confirmado. Cuando se acepta que el juzgador —aún excepcionalmente— reparta las consecuencias de la falta de prueba, se convierte la regla de juicio en un poder de decisión subjetivo y las partes ya no cuentan con reglas de conducta para establecer estrategias procesales. Porque, en definitiva, toda distribución jurisdiccional del onus probandi evanesce la defensa en juicio” (80).

En este mismo sentido, ha señalado doctrina autoral que la teoría de la carga dinámica de la prueba (81) contribuye a aumentar la imprevisibilidad del resultado del proceso, particularmente cuando la modificación de la carga de la prueba se produce en el curso del proceso, caso en el cual, se produce una modificación de las propias reglas del juego (82); lo que podría representar un serio riesgo de comprometer la imparcialidad del juez, quien puede encontrarse en la situación de favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra.

V. CONCLUSIONES

Hemos considerado de manera general, según nuestro parecer, que la vía más plausible para hacer efectivo el principio de corrección procesal, es una perspectiva teleológica, que tenga en miras los valores compartidos en cada ordenamiento jurídico, como la libertad, el debido proceso, la eficacia de la justicia, la duración razonable del proceso, el respecto entre las partes y el juez, teniendo presente que la elección de los valores no puede (o no debe) ser absoluta y requiere una difícil ponderación entre los intereses contrapuestos presentes en la resolución de cada caso.

Si bien resulta necesario controlar y sancionar el uso incorrecto del proceso, se debe también garantizar que este sea un instrumento efectivo de tutela sin excesivas y arbitrarias restricciones. Es necesario reflexionar seriamente y de modo crítico si para obtener una mejor justicia y una que rinda frutos en la práctica, es necesario acudir e incorporar categorías creadas por la doctrina y por los jueces (caso por caso) que modifican las reglas legislativas que sobre la carga de la prueba.

80. Cf. Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 332.

81. Véase por todos las críticas de Calvino, Gustavo, *La carga procesal de la prueba en el ejercicio del derecho a la prueba*, cit., p. 326 ss. También en Calvino, Gustavo, *Cargas probatorias dinámicas: Exotismo y magia que desnaturalizan la garantía del proceso civil*, en <http://gustavocalvino.blogspot.com/2013/02/cargas-probatorias-dinamicas-exotismo-y.html>, 10 de febrero de 2013.

82. V. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, II, p. 41. En doctrina italiana v. Taruffo, Michele, *Simplemente*, cit., p. 264.

