



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

Litigio de Interés Público y dificultades probatorias: ¿un esquema de incentivos para la búsqueda de la verdad?

[Public Law Litigation and difficult proof: An incentive scheme to find the truth?]

Alejo Joaquín Giles

Lawyer, National University of La Plata (Argentina). LL.M. in Evidential Legal Reasoning, Girona University (Spain). Editor of the Journal of Public Interest, Faculty of Legal and Social Sciences of the National University of La Plata.

Resumen: Este artículo aborda el problema de las dificultades probatorias en el Litigio de Interés Público desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. Propone estudiar los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y su propensión al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional propio de ese tipo de casos.

Palabras clave: Litigio de Interés Público; Análisis Económico del Derecho; Prueba difícil; Incentivos.

Abstract: This paper addresses the problem of the difficult proof in the Public Law Litigation from the perspective of the Law & Economics. It is proposed to study the

incentives that our evidentiary systems generate on the conduct of the parties and their propensity to achieve the true determination of the facts as an institutional objective proper to that type of cases.

Keywords: Public Law Litigation; Law & Economics; Difficult proof; Incentive.

Sumario: Presentación. I. Introducción: aportes del Análisis Económico del Derecho al estudio de los sistemas probatorios. II. Litigio de interés público y dificultades probatorias. III. Los sistemas probatorios y su esquema de incentivos: ¿cómo lograr que propendan al conocimiento de la verdad de los hechos? Conclusiones. Bibliografía.

PRESENTACIÓN

El Litigio de Interés Público puede ser conceptualizado como una práctica que busca la ampliación del goce de los derechos a través de su mecanismo de tutela, el sistema judicial. Esa práctica se traduce, al final del camino, en distintos tipos de pretensiones y casos judiciales.

Entre las características comunes a ese tipo de litigios hay una que acaparará nuestra atención: sus dificultades probatorias. Al menos tres factores, en su interacción, la configuran: el carácter complejo de los hechos a conocer; los obstáculos que suelen presentarse para acceder a la evidencia relevante; y los sistemas probatorios continentales, que pese a brindar limitadas herramientas para obtener elementos de prueba, suelen establecer una regla de distribución del riesgo probatorio según la cual corresponde a cada una de las partes probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que favorezcan su pretensión, defensa o excepción.

Ese panorama incordia la persecución de uno de los objetivos fundamentales del sistema de justicia: la resolución de conflictos sobre la base de una determinación verdadera de los hechos en disputa. Aceptada esa premisa, sobre la que profundizaré en el desarrollo de este trabajo, se abre ante nosotros un interrogante que vale la pena abordar: ¿cómo superar las dificultades probatorias que se presentan en estos casos?

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, propondré poner el foco en los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y la propensión de ese esquema al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional. Sugeriré, en particular, estudiar especialmente dos componentes de esos sistemas: las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba.

I. INTRODUCCIÓN: APORTES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO AL ESTUDIO DE LOS SISTEMAS PROBATORIOS

El Análisis Económico del Derecho (AED) estudia el derecho a través de la economía, que le provee de una teoría científica capaz de explicar y predecir el efecto

de las normas sobre el comportamiento humano. Para eso cuenta con sólidos métodos empíricos (como la estadística), una teoría general sobre el modo en que las personas toman sus decisiones en contextos de escasez (la teoría de la elección racional) y otras teorías matemáticas (como la teoría de los precios o la de los juegos), todas desarrolladas en el ámbito de la microeconomía (Cooter y Ulen, 2000, p. 3, 9 y 16).

Esas herramientas ayudan a entender cómo las personas reaccionan a los incentivos emanados del sistema jurídico y también a realizar proyecciones sobre el potencial impacto de ciertas reformas sobre esas conductas (Posner, 1975, p. 759 y 763; Stordeur, 2011, p. 19 y 20). Desde la óptica de la teoría económica, todo el sistema jurídico puede ser observado como un sistema de organización social basado en incentivos (Stordeur, 2011, p. 17).

La génesis del AED puede ubicarse en los Estados Unidos de América (EUA) a partir de una serie de trabajos que extendieron la aplicación de los principios y métodos de la teoría de los precios a las ciencias sociales en general.¹

Su gran virtud probablemente radique en que, como un conocimiento técnico basado en teorías empíricamente comprobadas (o que aspiran a estarlo), permite identificar -con precisión y altas probabilidades de éxito- las estrategias necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos por los sistemas jurídicos. Como tal, no se ocupa en principio de definir cuáles son esos objetivos a alcanzar, sino que aporta criterios para elegir qué caminos seguir para lograrlos.² Si, por ejemplo, los derechos constitucionales buscan proteger espacios mínimos de libertad y autodeterminación de las personas, y el proceso busca tutelar esos derechos cuando no sean respetados, la teoría económica permite identificar aquellos modelos de organización institucional más aptos para que el sistema legal alcance esos propósitos.

Eduardo Stordeur (2011) identifica cuatro elementos centrales de la economía aplicada a la conducta humana en general y al derecho en especial. Ese esquema nos ayudará a comprender en qué consiste el enfoque del AED y en qué puede ayudarnos para responder nuestra pregunta inicial. Veamos.

(a) La teoría económica referida a la conducta humana suele partir de una suposición: que las personas toman decisiones con la finalidad de maximizar su utilidad, de satisfacer la mayor cantidad de sus preferencias (cualesquiera que sean).

1. Por una síntesis de los antecedentes inmediatos del AED puede consultarse Stordeur, 2011, p. 13 y ss. En *The Economic Approach to Law*, Posner (1975, p. 769) explica que el sello de la nueva etapa del AED se dio rondando los años 60 con la aplicación de las teorías y de los métodos empíricos de la economía a los institutos centrales del sistema jurídico.
2. Michele Taruffo (2009, p. 195), refiriéndose a la relación entre proceso e ideología, ha sostenido que “la técnica sirve para fabricar el instrumento procesal, mientras que la ideología determina los objetivos que el proceso debería seguir”. Papayannis (2009, p. 30-32) plantea que sólo los estudios *positivos* del AED evalúan el modo menos costoso de lograr ciertos objetivos. Los estudios *normativos*, en cambio, buscarían proponer reformas que maximicen la eficiencia). Ya veremos el lugar que ocupa la eficiencia en el AED.

Como explica Posner (1975, p. 761), se asume que los operadores jurídicos actúan como maximizadores racionales de sus satisfacciones. Eso los lleva a escoger, entre las alternativas disponibles, la que les permita alcanzar sus objetivos a menores costos.

Pero, ¿somos realmente tan racionales las personas? Pues los avances de la ciencia, especialmente de la psicología cognitiva, han aportado evidencias para sostener, aunque nos pese, que no (o al menos que no tanto).³ Se ha mostrado, por ejemplo, que bajo ciertas circunstancias elegimos alternativas de conducta que no son las que mejor satisfacen nuestros intereses porque preferimos que se satisfagan los de otras personas. Hay quienes dicen, incluso, que en ese actuar solidario hay un interés en sí mismo que compite con otros. También se ha mostrado que solemos actuar sin conocer cabalmente las posibles consecuencias de nuestros actos o que, aun conociéndolas, podemos fallar al predecir qué beneficios y perjuicios pueden acarrearlos, por lo que difícilmente pueda sostenerse como un dato empírico que las alternativas elegidas siempre son fruto de precisos estudios de costo-beneficio.

Lo destacado pone en entredicho los alcances que en un principio se le dio al supuesto de racionalidad instrumental, y por derivación relativiza el aval que la teoría de la elección racional puede darle a las conclusiones obtenidas con su método. Se debe asumir que la racionalidad es limitada y que puede tener fallas que disminuyen el grado de aval que sus conclusiones pueden brindar.

Stordeur (2011, p. 23-24) sostiene que en torno a este tema hay que considerar además dos elementos analíticos importantes para comprender el aporte del AED. Uno es su individualismo metodológico: se examinan y explican los cambios sociales de grupos apelando al examen de las decisiones o acciones individuales y no colectivas. El otro es el análisis en términos marginales: se enfoca en analizar el modo en el cual un pequeño cambio en una variable afecta a otra variable conservándose intactas las demás.

(b) Asumido con los reparos mencionados que las personas son -o suelen actuar como- buscadoras racionales de utilidad, pasa a tener importancia el *costo o precio* de elección, es decir la relación de valor que existe entre diversas alternativas disponibles. Las personas, según se asume, tenderán a tomar en cuenta los costos implícitos en el sistema legal, realizando las conductas que menores costos irroguen. Eso nos permite dar cuenta que, desde la óptica de la teoría económica, las normas jurídicas son observadas como dispositivos que asignan precios a las diferentes opciones de conductas, generando en las personas incentivos relativos a su realización u omisión. Las normas, entonces, tienen una estructura de incentivos y ese es, precisamente,

3. En *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, Russel B. Korobkin y Thomas S. Ulen (2000) desarrollan una crítica acabada a la asunción de racionalidad como presupuesto del AED, mostrando numerosas fallas de la teoría y proponiendo principios de solución. Concluyen que si bien las reglas jurídicas crean incentivos o desincentivos para que las personas se sujeten al sistema jurídico al actuar, es necesario repensar las suposiciones conductuales de la teoría de la elección racional, al menos en la forma en que esa teoría ha sido tradicionalmente entendida en las escuelas de derecho (Korobkin y Ulen, 2000, p. 1143).

uno de los principales objetos de estudio del AED, el que, además, nos servirá en esta ocasión para reflexionar sobre los sistemas probatorios en el Litigio de Interés Público.

La aplicabilidad de la noción de precio al sistema jurídico depende de diversos factores. Uno que nos interesa especialmente tiene que ver con la probabilidad de que ese precio efectivamente sea “cobrado”, lo cual depende en buena medida del funcionamiento del sistema de justicia. Si es sabido que ciertas conductas, aunque penadas, no son castigadas por los tribunales, entonces podrían no representar realmente un costo a ser considerado por las personas al momento de decidir realizar o no esa conducta. El costo esperado, entonces, puede definirse por la relación directa entre el costo asignado por la norma y la probabilidad de que ese costo sea asumido realmente (Cooter y Ulen, 2000, p. 4).

(c) Cuando dado determinado estado distributivo las personas no tienen incentivos para cambiar sus decisiones se dice que existe *equilibrio*. Los cambios en los precios, producidos por ejemplo a raíz de cambios en las reglas legales, pueden producir desequilibrios llevando a las personas a modificar sus conductas y establecer con ellas nuevos equilibrios (Stordeur, 2011, p. 28). Un estado de equilibrio dado es objeto de descripción por la teoría económica y puede ser más o menos deseable de acuerdo a los objetivos que se hubieran fijado.

(d) Uno de los criterios más utilizados para analizar cuán deseable es un estado de equilibrio es la *eficiencia*. Sin embargo, no es para nada pacífico en la teoría económica la definición sobre el contenido de ese concepto ni si ese es -o debiera ser- el único criterio aplicable para definir cuán deseable es un equilibrio. Se ha señalado, por caso, que la economía también puede predecir los efectos de las conductas sobre otros importantes valores, como la distribución de los bienes (Cooter y Ulen, 2000, p. 4).

Si bien no me haré eco de ese debate es bueno mencionar que usualmente se utiliza la expresión en un sentido distributivo, más precisamente en el propuesto por Vilfredo Pareto, según el cual un estado de cosas es superior a otro si a consecuencia del cambio distributivo al menos una persona está mejor y ninguna está peor desde la perspectiva de sus propias preferencias (Stordeur, 2011, p. 30).⁴ Entender de ese modo las situaciones óptimas, dicen las críticas, es compatible con la más extrema desigualdad y contrasta con cualquier teoría de la justicia distributiva (Papayannis, 2009, p. 39, 40 y 46).

Pero más allá de ese debate, lo que cabe tener en cuenta es que la teoría económica, como conocimiento técnico, aspira a identificar los mejores caminos para que determinadas instituciones alcancen ciertos objetivos valiosos, cualesquiera que sean.

4. Una descripción sobre las principales aristas del debate sobre las concepciones posibles de la *eficiencia* puede consultarse en Cooter y Ulen (2000, p. 4), Stordeur (2011, pp. 29-37) y especialmente en Papayannis (2009, pp. 37-86). El último autor explica y describe cuatro nociones de eficiencia usuales, algunos de ellos incompatibles entre sí: la eficiencia productiva, la optimalidad y superioridad paretiana, el criterio Kaldor-Hicks y la maximización de la riqueza social.

Los aportes de la economía al derecho, su teoría de la acción y sus métodos empíricos, son especialmente útiles para analizar los sistemas probatorios que, así como los sistemas procesales en general, contienen esquemas de incentivos. Las reglas procesales que regulan la prueba en los procesos generan en las partes incentivos para realizar ciertas conductas y dejar de realizar otras. Y si eso es así, ¿por qué no recurrir al acervo conceptual de la economía para explicar esos incentivos, predecir sus consecuencias y ajustarlos si fuera necesario?

Muchos juristas y economistas han trabajado y trabajan sobre esa intersección disciplinaria, analizando diversos aspectos de los sistemas procesales.

En *An Economic Approach to the Law of Evidence*, Richard A. Posner (1999) ha presentado uno de los primeros análisis económicos englobadores de las normas que regulan el proceso judicial en su faceta probatoria. Allí propone dos modelos económicos para la prueba, el *search model* y el *cost-minimization model*, que le dan un elevado grado de importancia al aumento del grado de precisión en la determinación de los hechos. Con base en esos modelos, Posner examina la estructura básica y las reglas estructurales del sistema probatorio (como la de la carga de la prueba) y, en particular, de las previsiones de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses (como el juicio de relevancia).

Otros autores como Cooter y Ulen (2000) también han presentado sus enfoques económicas del proceso judicial. Estudian los motivos para demandar, el modo en que los costos afectan la demandabilidad, el efecto del incremento del número de abogados en ese dato, etcétera. Steven Shavell (2016), por su parte, postula en *Fundamentos del análisis económico del Derecho* una teoría general de la litigación donde analiza, entre otros puntos, la relación entre la ganancia privada y el beneficio social de litigar. Sostiene que el Estado debería remediar el desequilibrio entre el nivel de litigación determinado privadamente y el socialmente óptimo (Shavell, 2016, p. 443).

Esa referencia, que no es para nada exhaustiva, sirve para tener una referencia sobre del tipo de análisis que pueden hacerse del proceso sirviéndonos de la teoría económica.

II. LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO Y DIFICULTADES PROBATORIAS

El Litigio de Interés Público (LIP) puede ser caracterizado como una práctica que busca la ampliación en el goce de los derechos y la participación ciudadana a través del Derecho, alterando el *statu quo* político, social o económico que impide su reconocimiento (Ucín, 2017, p. 248).

Esa manera de concebir la función del Derecho se traduce, al final del camino, en distintos tipos de pretensiones y casos judiciales. Éstos pueden, por ejemplo, perseguir la derogación o inaplicación, de modo concentrado o difuso, de normas contrarias a la constitución o a los tratados internacionales (dependiendo del sistema de control

constitucional adoptado en cada país). O cuestionar el grado de adecuación entre las políticas implementadas por las reparticiones estatales y el contenido de los derechos (civiles, sociales, ambientales). O cuestionar conductas de personas o entes privados, por entenderlas violatorias de esos mismos derechos. Esas clases de pretensiones, incluso, podrían confluír, dependiendo del conflicto abordado.

Entre las características comunes a ese tipo de litigios hay una que acapara nuestra atención: sus dificultades probatorias.⁵ Al menos tres factores, en su interacción, la configuran.

Por un lado, el carácter complejo de los hechos que suelen ser invocados como presupuestos de las pretensiones articuladas en tales casos. Según la definición de Michele Taruffo (2011, p. 143-159), son complejos aquellos hechos que desafían la representación tradicional de la noción de hecho como evento simple, concreto y precisamente situado en determinadas coordenadas espacio-temporales. El profesor de Pavía denomina de ese modo, entonces, a aquellos hechos que están compuestos por distintas partes (o eventos) y/o se extienden en el tiempo o, según su dimensión subjetiva, a aquellos que se extienden más allá de las partes procesales, afectando a un colectivo de personas.

Por otro lado, los obstáculos que los actores suelen tener para acceder al conjunto de evidencias necesario para fundar sus pretensiones, que muchas veces están en poder de la parte demandada o su producción es muy costosa. La disparidad marcada, inherente a los casos que analizamos, se traduce en una distribución desigual del *poder de probar* entre las partes que incide directamente en las probabilidades de éxito de sus pretensiones en el contexto procesal. Eso no es menor. Como apunta Ronald Allen (2016, p. 30), la búsqueda de la verdad sólo puede ocurrir si hay fácil acceso a las pruebas.

El panorama se completa si consideramos, a la par, el modo en que se distribuyen los recursos jurídicos, y la influencia que un buen o un mal patrocinio puede tener sobre (entre tantos otros aspectos de la estrategia procesal) la calidad del acervo probatorio que se le termina ofreciendo al juez para que decida.⁶

Por último, los sistemas probatorios continentales, que pese a brindar limitadas herramientas para obtener elementos de prueba, suelen establecer una regla de distribución del riesgo probatorio según la cual corresponde a cada una de las partes probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que favorezcan su pretensión, defensa o excepción. Sobre este factor pondremos el foco en el apartado final del presente trabajo.

5. Por una caracterización de la noción de “dificultades probatorias” y sus distintos supuestos, véase Hunter (2015, p. 212-223). Aquí sigo el esquema de dificultades presentado en esa obra.
6. Sobre distintos tipos de servicios jurídicos y su grado de especialización en los EUA, véase Galanter, 1974, p. 114-122.

Pero ¿por qué ese panorama plagado de dificultades sería un problema para el sistema de justicia? Pues porque hay buenos motivos para sostener que la verdad en este tipo de procesos es un valor especialmente relevante que *debe ser perseguido*.⁷

Se han presentado persuasivos argumentos que postulan ese objetivo para el proceso en general. Se afirma, por un lado, que la aplicación correcta del derecho requiere de modo inescindible de la determinación verdadera de los hechos y, por otro, que lejos de interesar sólo sólo a las partes, como suele afirmarse, lo primero resulta crucial para toda la sociedad en un Estado de Derecho.⁸

Ahora bien, en paralelo a esa postura general, respecto del Litigio de Interés Público pueden presentarse una serie de argumentos adicionales que justifican de un modo más vigoroso considerar a la verdad como un objetivo institucional del proceso. Ellos son por lo menos cuatro.

Uno: el fortalecimiento del proceso judicial como ámbito institucional de tutela de los derechos fundamentales. La expansión del contenido de los derechos ha generado un flujo de demandas hacia el Poder Judicial para que éste se expida sobre sus alcances en casos concretos. Sin embargo, con ese fenómeno han surgido relevantes críticas referidas a la legitimidad de las decisiones adoptadas por el órgano que menos credenciales democráticas tiene.

Luigi Ferrajoli (2013) ha propuesto una respuesta a los cuestionamientos generales sobre la legitimidad de las decisiones judiciales que puede ser aplicada a los casos que nos ocupan. Sostiene que, a diferencia de la Administración Pública que cumple funciones de gobierno, el Poder Judicial cumple una función de garantía que se legitima por su carácter tendencialmente cognitivo⁹ y por su papel de garante de los derechos fundamentales frente a la vulneración producida -o al menos no resuelta- por las demás funciones estatales.

Desde esa perspectiva, la verdad importa no sólo porque sea presupuesto de la correcta aplicación del derecho sino porque su determinación abreva a la legitimidad las decisiones del Poder Judicial respecto a las políticas públicas. Adviértase que en un contexto donde esa legitimidad es puesta en cuestión (con razones por demás atendibles), la posibilidad de que se terminen convalidando o invalidando políticas públicas -adoptadas por reparticiones especializadas en eso y legitimadas por el

-
7. Aquí utilizo la expresión *deber* como una «norma técnica» (en el sentido propuesto por Georg Henrik von Wright) y no como una prescripción en sentido estricto. Es decir, *debe ser perseguido si queremos* que el sistema judicial logre ciertos objetivos considerados valiosos.
 8. Sobre la averiguación de la verdad como objetivo institucional del proceso en general me remito a lo sostenido en Ferrer (2007, p. 29 y ss.) y Taruffo (2011, p. 56 y ss.).
 9. Precisamente una de las críticas más relevantes de la intervención del Poder Judicial en casos de interés público es de carácter epistémica: se le señala una fuerte debilidad para conocer las consecuencias de sus eventuales decisiones en conflictos que suelen ser policéntricos, usando el término acuñado por Lon Fuller (1978, p. 394) en *The forms and limits of adjudication*.

voto popular- sobre la base de la incertidumbre no hace más que incrementar los motivos que desaconsejan que los tribunales se involucren en los casos de interés público. Fortalecer las raíces empíricas de esa intervención es, entonces, fortalecer la justificación de la intervención misma.

Owen Fiss se ha ocupado del problema de la legitimidad de los jueces para emprender reformas estructurales (uno de los propósitos del Litigio de Interés Público, en la definición que se adopta en este trabajo).

En una democracia, afirma Fiss (2007, p. 84), la legitimidad de una institución dentro del sistema estatal no depende del consentimiento de las personas a la misma “sino, más bien, de su competencia para cumplir una función social dentro de ese sistema”. Bajo tal óptica, los jueces se encuentran legitimados para ejercer la reforma estructural en el marco de un proceso porque detentan la competencia de dar significado y aplicar los valores contenidos en la Constitución. Y esa competencia, sostiene el autor, se fundamenta a la vez en la independencia que los jueces deben ejercer, en el diálogo que éstos emprenden dentro del proceso -a través del cual conocen los intereses implicados en el conflicto- y en la justificación de las decisiones que finalmente adopten (sobre las características de ese diálogo, véase Fiss, 2007, p. 33-34).¹⁰

Para ser fructífero, agregó retomando lo dicho antes, el diálogo que emprenden los jueces en el proceso necesita servirse de garantías epistémicas que aseguren una correlación lo más estrecha posible entre los hechos que se presentan como fundamento de los derechos invocados en el proceso y la realidad (al menos aquel fragmento que los seres humanos somos capaces de conocer), de modo de disminuir el riesgo de error en la adjudicación constitucional o, en otras palabras, el peligro de inaplicar la Constitución pretendiendo estarla aplicando.

Dos: la remoción de barreras al acceso a la justicia. Uno de los factores que suele desalentar el inicio de acciones judiciales en defensa de los derechos fundamentales es la falta de acceso a la información y a la evidencia relevantes para dar forma y sustentar las respectivas pretensiones (véase Stordeur, 2011, p. 380). Un sistema probatorio capaz de remover dichos obstáculos permitiría también que las violaciones a los derechos fundamentales lleguen a los tribunales en condiciones de ser conocidas y decididas, y no queden impunes.

Tres: la ampliación del efecto disuasivo. Otra de las metas que un sistema probatorio dirigido a establecer la verdad permitiría lograr es el fortalecimiento del

10. La postura que presenta Owen Fiss sobre la legitimidad de los jueces en el litigio estructural está enmarcada en -y debe ser leída como parte de- su teoría sobre la función del derecho y de los jueces en la sociedad. Sobre el punto, véase Fiss, 2007, cap. I (“Las formas de la justicia”). En la mirada de Fiss (2007, p. 17), “la función de los jueces no consiste en resolver conflictos sino en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho”. Cuando esos valores son amenazados por organizaciones burocráticas, surge el modelo de litigio que el autor denomina de “reforma estructural”, en el cual los jueces son llamados a reformularlas de modo acorde con el texto constitucional.

efecto disuasivo de las normas constitucionales sobre las conductas que las vulneran. El nivel de disuasión de las normas sobre las conductas de las personas depende -en el marco de la limitada racionalidad humana- del costo esperado de realizar la conducta que haya sido prohibida. Y ese costo esperado depende, a su vez, del producto del costo asignado por la norma con la probabilidad de que ese costo sea “cobrado” por el sistema de justicia.

La impunidad, en esa óptica, es la negación de la capacidad del derecho de disuadir a las personas de realizar las conductas prohibidas, lo que si bien es disvalioso para cualquier derecho, lo es en especial para el fragmento del Derecho que se explora en el Litigio de Interés Público: los derechos fundamentales, pilares básicos del acuerdo democrático. La baja capacidad de disuasión también puede conllevar elevados costos sociales en la medida en que esas conductas prohibidas produzcan afectaciones a los derechos de otras personas y un resultado ineficiente para el sistema de justicia, que terminará canalizando las pretensiones de esas personas y absorberá los costos administrativos que eso conlleva (Posner, 1999).

Cuatro: la información pública. Además de lo anterior, un sistema probatorio dirigido a establecer la verdad de los hechos podría tener, según como sea diseñado, un efecto indirecto valioso, en la medida en que coloque en cabeza de las autoridades estatales incentivos para producir información sobre sus políticas y ponerlas a disposición de la ciudadanía.

En el próximo apartado veremos cómo el diseño del sistema probatorio podría contribuir a lograr o frustrar esos objetivos.

Pero antes de eso no puede dejar de advertirse que lo que se acaba de decir colisiona contra uno de los presupuestos que generalmente subyace al estudio y regulación del proceso civil: que los intereses que se dirimen en su seno son siempre privados y encabezados por los sujetos procesales que fungen de partes en un proceso dado. Sobre esa plataforma, se ha considerado moralmente aceptable que la decisión final adoptada en el proceso dependa no sólo de quien tenga la razón en el conflicto sino también de la conducta procesal de las partes. Después de todo, se afirma, en nuestro derecho cada quien es responsable de los efectos que sus conductas u omisiones producen sobre sus propios intereses.

En el tipo de casos que estamos abordando, sin embargo, aquel presupuesto es falso. La práctica del Litigio de Interés Público es, en sí misma, la evidencia de una transformación de la función real que cumple el proceso civil en nuestras latitudes: la herramienta otrora utilizada sólo para resolver cuestiones contractuales, de derechos reales y problemas de familia, cada vez más se utiliza para perseguir la vigencia de los derechos constitucionales a favor de sujetos colectivos. Y en ese nuevo marco funcional, el presupuesto mencionado ha perdido apoyo empírico y, por ende, necesita ser reformulado. La función de la verdad en el proceso es, como se intentó justificar antes, uno de esos aspectos que no pueden ser pensados del mismo modo para el litigio privado que para el público.

De ser compartido lo dicho hasta aquí, estamos de acuerdo en cierta definición sobre los objetivos institucionales del sistema probatorio en los casos de interés público: es valioso que permita alcanzar la verdad de los hechos. Eso es importante para lo que sigue pues le da un contenido concreto al concepto de *eficiencia* utilizado en el análisis económico para saber cuán deseable u óptimo es un estado de equilibrio en un sistema dado. Si aceptamos que además de la celeridad y la economía, generalmente asociados con ese concepto, la verdad es un valor relevante para el proceso, y en especial para el proceso encargado de dirimir el interés público, entonces nuestro análisis sobre cuán deseable es un estado de equilibrio dado y cómo mejorarlo debería cambiar sustantivamente en comparación con el tipo de análisis que suele presentarse sobre estos temas.

III. LOS SISTEMAS PROBATORIOS Y SU ESQUEMA DE INCENTIVOS: ¿CÓMO LOGRAR QUE PROPENDAN AL CONOCIMIENTO DE LA VERDAD DE LOS HECHOS?

Ahora bien, si la verdad en el proceso es un objetivo valioso para el LIP, ¿cómo diseñar los sistemas probatorios de modo que propendan a su logro?

El Análisis Económico del Derecho puede ayudar a responder a esa pregunta en tanto, como se dijo, se nutre de un acervo conceptual relevante para predecir las conductas que las partes adoptarán en el proceso bajo una regulación dada y, a la vez, evaluar cuán deseable es el estado de equilibrio generado por esa regulación para el logro de ciertos objetivos valiosos.

En esta aproximación propondré, desde esa perspectiva, poner el foco en los incentivos que generan nuestros sistemas probatorios sobre la conducta de las partes y la propensión de ese esquema al logro de la determinación verdadera de los hechos como objetivo institucional.

En particular, me detendré especialmente en dos componentes del sistema probatorio que entiendo decisivos para la conformación dicho esquema, las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba. Destacaré los equilibrios que las regulaciones estándares de los mismos tienden a generar en las conductas de las partes y los efectos que, hipotéticamente, podrían producir algunas reformas a esas regulaciones sobre dichos equilibrios.

Esos componentes tienen una influencia decisiva en el esquema de incentivos sobre la conducta de las partes en torno a la prueba de los hechos. En otras palabras, son de los que más contribuyen a decirles a las partes cómo deben (o les conviene) comportarse en materia probatoria. Por ende, son de los que más nos interesan en este trabajo.¹¹ Si bien a los fines analíticos es útil abordarlos por separado, no se puede

11. El sistema probatorio tiene más componentes relevantes para determinar su propensión al logro de la verdad como objetivo institucional, por ejemplo las reglas de definición del *thema probandum*,

perder de vista que al formar parte de un mismo sistema, cualquier modificación en uno de ellos puede influir en el otro y en los resultados que el sistema como un todo tiende a producir.

Comencemos, pues, con aquella tarea.

III. 1. Acceso a la evidencia. Los sistemas procesales continentales no suelen establecer mecanismos de acceso a la evidencia de modo previo al juicio (Taruffo, 2008, p. 117-118). Generalmente diseñan un esquema con tres grandes etapas: en la primera se delimita el *thema decidendum* (como fruto de los actos constitutivos de la litis, la demanda y su contestación); en la segunda se prueban los hechos controvertidos por las partes (produciendo los medios de prueba que no hubieran sido incorporados como documentación al comienzo); y en la tercera se prepara y dicta la sentencia. Luego podrá venir una etapa de revisión de esa decisión ante los tribunales superiores y, una vez firme, una etapa destinada a ejecutarla si la misma si no fuera cumplida voluntariamente. La información que en el momento inicial no estaba en poder de las partes puede ser producida en la segunda etapa, con la litis ya definida: testimonios, confesiones, pericias, informes o documentos en poder de terceros o de las contrapartes.¹²

En ese esquema, como se dijo, no se prevé un mecanismo procesal que les permita a las partes hacerse de la evidencia que no está en sus manos o a su alcance antes de la promoción de la demanda, en especial de aquella que está en las manos o al alcance de la que será su contraparte. Por ende, las futuras demandadas no tienen incentivo alguno para mostrarle a su contraria toda la información relevante que posean o esté a su alcance (durante el juicio, según veremos, eso se conserva en buena medida igual).

Lo que acaba de afirmarse es matizado en la reciente reforma procesal civil de la República Federativa de Brasil, que data del año 2015. Los artículos 381 a 383 del nuevo CPC brasileiro regulan la producción de prueba anticipada y prescriben que ella es admisible no sólo cuando existiera el riesgo de que se vuelva imposible producir la prueba en juicio (como suelen prescribir los ordenamientos procesales del *civil law*),¹³ sino también cuando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” (art. 381. II) y cuando

las referidas a la actividad oficiosa del juez o las que establecen el estándar de prueba aplicable para tener por ciertos los hechos objeto de controversia. Sin embargo, los que más influyen en los incentivos sobre las partes son los que abordaremos a continuación.

12. En este último supuesto, el de los documentos en poder de una de las partes, la falta de respuesta al pedido de que sea acompañado puede ser sancionada con una presunción en contra. Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina prescribe: “Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra.” (Artículo 388.)
13. El ejemplo típico es el del testigo que tiene una elevada edad o una enfermedad que hacen suponer que podría no llegar con vida a la etapa probatoria. O, más vinculado a lo que nos ocupa, un daño

“o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.” (art. 381. III). Una regulación del estilo podría modificar en parte lo que diremos a continuación sobre los incentivos y el acceso a la evidencia.¹⁴

En el contexto general que acabo de describir, matizado en el ordenamiento recién mencionado, las dificultades probatorias tienden a trasladarse al seno del proceso. O bien, cuando son más intensas, pueden incluso desalentar a las personas de litigar por sus derechos (por derechos que, en esos supuesto, no estarían pudiendo probar que detentan). Los problemas de asimetría de la información, apunta Stordeur (2011, p. 380), suelen tener incidencia negativa en la propensión a litigar.

Aún en los casos donde las dificultades no tuvieran la intensidad suficiente para desalentar del todo a los actores racionales de litigar (o, por caso, cuando éstos fueran desmedidamente optimistas y litigaran de todos modos), esos sujetos se encontrarán generalmente con un problema mayúsculo: nuestros sistemas procesales les exigirán que definan los hechos que afirman como verdaderos sin antes saber si irán a contar con las evidencias suficientes para corroborarlos en la etapa probatoria o, incluso, sin conocer todos aquellos que podrían resultar relevantes. Es decir, les pedirán que actúen a ciegas, definiendo una estrategia procesal incompleta por falta de conocimiento del cuadro fáctico relevante o que podría parecer si los medios de prueba que creían capaces de traer al proceso no eran tales o, existiendo, no contenían la información que estaban necesitando.

Los intentos por solucionar ese problema suelen concentrarse en las reglas de distribución del *onus probandi*. El problema con esos mecanismos, como veremos en breve, es que están fundamentalmente destinados a regular la incertidumbre sobre los hechos dándola por sentada, sin problematizarla ni, en un principio, enfocarse en resolverla. Por ende, si lo que nos interesa es gestar sistemas probatorios que permitan echar luz sobre los hechos, deberíamos enfocarnos más en crear mecanismos que disipen la incertidumbre y menos en las pautas de decisión una vez que ella no tiene remedio.

El *discovery* es, en torno a este problema, la referencia obligada dentro del derecho comparado, en particular de los sistemas procesales del *common law*. Si en nuestros sistemas procesales el estado de equilibrio previo al inicio el juicio es aquel según el cual cada una de las partes carece de incentivos para mostrarle a la otra la información relevante de que disponga (o, del reverso, tienen incentivos para ocultar la información de que dispongan), los sistemas procesales donde existe el mencionado mecanismo tienden a lo contrario: las lleva a “descubrir” todo lo que tienen.¹⁵

ambiental que sólo podría ser captado con precisión en lo inmediato a su producción (los vuelcos en un curso de agua, por caso).

14. Pasado un tiempo de su puesta en marcha, sería interesante conocer los cambios que el mecanismo de la prueba anticipada así diseñado hubiera producido en el efectivo acceso a la evidencia y en los incentivos de las partes por poner a disposición todas las pruebas a las que tengan alcance.
15. Esa afirmación tiene matices según se trate del sistema norteamericano de descubrimiento (que alcanza a todas las evidencias) o el inglés (que está restringido a los documentos y elementos de prueba tangibles).

Los comparatistas enseñan que esa herramienta de descubrimiento es uno de los rasgos distintivos más importante de los sistemas procesales del *common law* en relación con los del *civil law* (Taruffo, 2008, p. 118). Funciona básicamente del siguiente modo.¹⁶ Las partes comienzan el proceso con una breve descripción de sus pretensiones y los hechos en que se apoyan, sin necesidad de especificarlos detalladamente y sin proponer pruebas. Las pruebas se descubren en la etapa que se inicia, llamada *pre-trial* y ocupada en mayor medida por el mecanismo que venimos refiriendo. Éste tiene como función permitirles conocer a las partes qué evidencias tiene su contraria. Las obliga a revelarles (o descubrirles) a sus contrapartes los medios de prueba con que cuentan. Mientras en el proceso inglés el sistema se limita a documentos y elementos de prueba tangibles, en el proceso norteamericano incluye la posibilidad de descubrir todos los medios de prueba relevantes acerca del asunto en disputa (Taruffo, 2008, p. 119). Dada la baja carga postulatoria de los escritos de inicio del proceso, el desarrollo del *discovery* se usa también para que las partes vayan definiendo cuáles son exactamente los hechos relevantes para sostener sus pretensiones y para ir delimitando las pretensiones mismas si eso se mostrara necesario.¹⁷

Las consecuencias de negarse a cumplir una orden de llevar a cabo o permitir el descubrimiento de una prueba son sumamente gravosas. Las *Federal Rules of Civil Procedure* de los EUA prescriben que esa negativa habilita a los tribunales a dictar todas aquellas órdenes que consideren justas, y entre ellas: considerar probados los hechos que buscaban acreditarse; prohibirle a la parte renuente la articulación de ciertas defensas o la presentación de ciertas evidencias; suspender todos los procedimientos posteriores hasta que la orden sea acatada, desestimar el requerimiento o dictar una sentencia en rebeldía contra esa parte; considerar como un desacato al tribunal la negativa en cuestión; aplicar una sanción económica a la parte renuente o a sus abogados.¹⁸

Morigerando las dificultades para acceder a la evidencia, y reduciendo de ese modo la asimetría de información entre las partes, los sistemas que cuentan con herramientas de descubrimiento permiten solucionar buena parte de los problemas que se apuntaron antes: el desaliento en el inicio de litigios y la disparidad táctica de la parte sobre la que en principio recaen las dificultades probatorias. Eso, a la vez, disipa

16. Me apoyo en la descripción sobre su funcionamiento que se hace en Sereni (1958, p. 70-86), Hazard y Taruffo (1993, p. 114-121) y Taruffo (2008, p. 118-120). También puede consultarse, para la justicia federal norteamericana, el Título V de las *Federal Rules of Civil Procedure*, donde el instituto está regulado, en especial la Regla 26 (b).

17. Con eso en vista, Taruffo (2008, p. 120) plantea la siguiente definición: “La *discovery* es, pues, un mecanismo jurídico por medio del cual las partes identifican los hechos y descubren y verifican los medios de prueba por anticipado. Tomando como base esta revelación y el descubrimiento formal o informal de las pruebas, las partes seleccionan los medios de prueba que consideran realmente relevantes y que presentarán en juicio.”

18. Véase la Regla 37 (b) (1) (A) de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

otros tipos de costos que es bueno sopesar: económicos (los que deberán afrontar las partes para costear mecanismos alternativos de acceso a la evidencia) e intitucionales (los de tener un sistema de justicia que no garantiza una alta probabilidad de alcanzar resultados correctos) (Allen, 2016, p. 31).

Dichos mecanismos, sin embargo, no están exentos de críticas. Desde la perspectiva económica se destacan los elevados costos en tiempo y dinero que pueden hacer mermar el aprovechamiento de las posibilidades que los mismos brindan.¹⁹ Robert G. Bone (2012) explica que en los EUA las críticas a un descubrimiento amplio (instituido a nivel federal con la reforma de 1938 a las FRCP) comenzaron a surgir en los años 70. Sus defensores, destaca el autor, sostienen que, al reducir la asimetría de información, el sistema mejora la cantidad y calidad de los acuerdos y los resultados de los juicios (en tanto también disminuye el riesgo de error en la determinación de los hechos), así como los incentivos para litigar y para cumplir con el derecho sustantivo. Los detractores, en cambio, señalan los elevados costos que el descubrimiento genera, en particular cuando se hace un uso excesivo (más allá del punto en que el beneficio marginal es igual al costo marginal) o abusivo (dirigido -no a obtener información sino- a obtener una ventaja estratégica con la amenaza de imposición de costos) de la herramienta.²⁰

La experiencia de los sistemas comparados, los beneficios y los perjuicios que en ellos se detectan, resultan cruciales al momento de diseñar e implementar mecanismos de descubrimiento, oportunidad para buscar aplacar lo más posible los efectos indeseados y fortalecer los deseados.

Ahora bien, todo lo que acabo de decir tiene dos propósitos. Uno, mostrar los incentivos que generan nuestros sistemas procesales al omitir regular mecanismos de acceso a la evidencia, en especial en conflictos donde suelen presentarse dificultades probatorias. Otro, destacar algo que el auditorio ya sabe: que eso no es una fatalidad y que puede resolverse a nivel legislativo, alterando dicho esquema hacia uno más virtuoso.

Si coincidimos al afirmar que la verdad de los hechos debe ser un objetivo perseguido por los sistemas de justicia (especialmente) en los casos de interés público, podemos sostener que nuestros sistemas procesales deberían comenzar a prestar mayor atención a la preparación de los casos, y en particular a los mecanismos que permiten acceder a las evidencias relevantes, modificando la estructura de incentivos

19. Sobre los costos del *discovery* y sus beneficios asociados véase Allen (2016, p. 30-31) y, especialmente, Bone (2012).

20. Una investigación del *Federal Judicial Center* publicada en 1997 (Willging, et. al., 1997), citada por Bone (2012, ap. 3), muestra que el *discovery* irrogó la mitad del total de costos en el 85% de los casos analizados, mientras que en el 5% de los procesos más costosos, el descubrimiento llegó a explicar el 90% de los costos. Uno de los hallazgos de la investigación indica que los altos costos en el *discovery* fueron más propensos en los casos más complejos, controvertidos o con intereses más importantes en juego (Willging, et. al., 1997, p. 2), todo lo cual invitaría al abuso estratégico de la herramienta.

que tiende al ocultamiento de la información. Con eso disminuiríamos en la puerta de acceso al proceso la brecha de poder entre la parte que tiene un acceso irrestricto a toda la evidencia y aquella que depende de la primera para acceder a los elementos de prueba.

Claro que el *discovery* es una entre un amplio abanico de posibilidades, tan amplio como amplia sea nuestra capacidad creativa. Algunas, incluso, ya están reguladas en algunos países, como las acciones autónomas con el objeto de acceder a la información pública, que obligan al Estado brindarla con amplitud.²¹

III. 2. Carga de la prueba. Las reglas de la carga de la prueba cumplen una doble función: son reglas de juicio y son reglas de distribución del riesgo probatorio. Según su enunciación corriente, a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que prescribe el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera que sea su posición procesal.²²

Como reglas de juicio, regulan el modo en que deberían decidir los jueces ante situaciones de incertidumbre, cuando un hecho no estuviera lo suficientemente probado.²³ En ese sentido (denominado objetivo por la doctrina continental, en especial por Rosemberg), tienen como función principal superar el *non liquet*, indicando a los jueces cómo deben decidir respecto a los hechos cuya concurrencia no estuviera suficientemente sustentada en evidencias, cuando «no está claro» el conjunto de elementos fácticos alegados para sustentar una pretensión (Prütting, 2010, p. 462).²⁴

Como reglas de distribución del riesgo probatorio, señalan quien pierde cuando un hecho no se encuentra probado y, por lo tanto, quien tiene interés (y quien *en principio* no) en probarlo.²⁵ Mientras la función anterior se manifiesta en el momento final del proceso, el de la decisión sobre los hechos probados, ésta lo hace antes, en el

21. En Argentina puede citarse la Ley nº 27.275, que regula con amplitud el Derecho de Acceso a la Información Pública y establece diversas vías de reclamo de la información cuando es denegada, lo que incluye la vía judicial (véase el Capítulo III de la norma, y en especial su artículo 14).

22. Véase, por ejemplo, Echandía, 1970, p. 490.

23. Ante la incertidumbre, explica Taruffo (2008, p. 146), se tratan los hechos *como si* se hubiera probado su inexistencia. Para el proceso el hecho no probado no existe, aunque existiera.

24. Taruffo (2008, p. 146) lo explica así: “[S]i no se ha probado un hecho principal el tribunal no puede decidir mediante la aplicación de la norma sustantiva a los hechos en litigio, a falta de la condición fáctica necesaria para la aplicación apropiada de una regla así. Por consiguiente, el tribunal necesita aplicar un criterio jurídico diferente para resolver el caso: ese criterio jurídico es el principio de la «carga de la prueba».”

25. Digo que «*en principio* no» porque si lo pensamos desde una perspectiva estrictamente táctica nos vemos llamados a precisar la afirmación. Es difícil decir que una parte, por más que no tenga la carga de probar un hecho, no tenga interés en absoluto en producir evidencia en torno a él. Si dispusiera de pruebas que pudieran demostrar que ese hecho es falso, y eso dejase huérfana de sustento a la pretensión de su contraria, claro que estaría interesada en aportarlas, digan lo que digan las reglas de la carga de la prueba. De hecho cualquier litigante diligente lo haría. Lo que definitivamente no le interesa es que se produzcan pruebas que afirmen la veracidad de ese hecho.

momento de producir el conjunto de evidencias ofrecidas por las partes, estableciendo cierto esquema de incentivos sobre su conducta probatoria.

Ese esquema de incentivos es el que nos interesa aquí. Como vimos, promueve que las partes sólo aporten aquellas evidencias que estén dirigidas a probar sus defensas o, en todo caso, la falsedad de los hechos en que se basan las defensas de la contraria.

Ante la gravedad del incumplimiento de esa carga, el tener por no probado (y *como si fuera falso*) un hecho porque la parte interesada no aportó la prueba suficiente, la doctrina ha puesto el ojo en las situaciones de marcada disparidad entre las partes en el acceso a los elementos probatorios. Se ha observado que aplicar la regla así delineada podría llevarnos a resultados sumamente injustos en los cuales el contenido de las sentencias no haga otra cosa que consolidar las desventajas iniciales en el acceso a la evidencia, aún en los supuestos en los cuales el hecho afirmado por la parte que no dispone de la evidencia para sustentarlo sea verdadero.

Ronald Allen (2014, p. 202-203) señala que la función de las reglas de la carga de la prueba cambia radicalmente entre un sistema con mecanismo de descubrimiento previo al juicio y un sistema que no lo tiene. En un sistema con mecanismo de descubrimiento, afirma, esas reglas no deberían resultar importantes. La única situación en la que lo serían, sostiene, es cuando no hubiera disponible, para ninguna de las partes, evidencia suficiente sobre los hechos relevantes del caso; en esos supuestos perderá quien tenga la carga de producirla. En contraste, en los sistemas sin esos mecanismos tales reglas se vuelven críticamente importantes.

En los sistemas sin mecanismos de descubrimiento, como es común en los continentales, las reglas de la carga de la prueba son los únicos dispositivos que podrían, eventualmente, morigerar el reflejo de aquella disparidad sobre el resultado final del proceso, la sentencia.

Es posible identificar, desde el plano conceptual, dos tipos de posturas para resolver este problema. Una indica que para este tipo de procesos se debería redistribuir el *onus probandi*, depositando la carga de la prueba en la parte que esté en mejores condiciones de probar. Lo que deberá probar esa parte es la falsedad de la proposición afirmada por su contraria, pero si se mantiene el estado de incertidumbre la misma será tenida como verdadera, al contrario de lo que sucedería con la aplicación de la regla estándar. Otra postura indica que la regla sobre el *onus probandi* debe sostenerse pero que conviene colocar un deber de colaboración sobre la parte mejor posicionada, de modo que si no aporta la evidencia de que dispone eso pueda utilizarse como un indicio a favor de la verdad de los hechos que hubieran sido probados por las evidencias no aportadas. No se le pide que sea ella la que supere el estado de incertidumbre, sino que aporte las evidencias que tenga.²⁶

26. Por una descripción de esas posiciones y de sus consecuencias en el sistema probatorio véase Giannini, 2010 y 2016.

Entre ambas alternativas, la segunda tiene más posibilidades de ser conciliada con el objetivo institucional de averiguación de la verdad.²⁷ La simple inversión de la carga de la prueba puede llevar a situaciones igual de injustas y alejadas de la verdad que su asignación estándar: muchas veces un hecho es falso pero la prueba de su falsedad es tan difícil como la prueba de su hipotética veracidad; y muchas veces la falsedad de un hecho (lo sea o no) no llega a quedar demostrada por más que la parte interesada despliegue sus máximos esfuerzos probatorios para lograrlo. Al fin de cuentas, es bien diferente estar en mejores condiciones de aportar ciertas pruebas que estar en condiciones de probar la verdad o falsedad de ciertos hechos.

La opción alternativa, que establece deberes de colaboración, morigerará estas críticas. La parte sobre la que recae debe aportar las evidencias de que dispone, pero eso no le implica que deba probar la falsedad del hecho alegado por su contraparte, ni que más allá de ese aporte deba hacer esfuerzos que no están a su alcance. Si bien ambas posturas suponen la incertidumbre, la primera es propensa a la adopción de decisiones contraepistémicas, mientras que la segunda promueve la ampliación del acervo probatorio sin llegar a ese extremo.

Es decir, ante la ausencia de un mecanismo de descubrimiento que permita un acceso cabal a todas las pruebas disponibles, la introducción de deberes de colaboración podría servir a mejorar el conocimiento de los hechos. Si se considera a la verdad como un objetivo valioso, el punto óptimo en un sistema probatorio será aquel en el cual ambas partes tengan incentivos para aportar todas las evidencias de que dispongan, prescindiendo de adoptar como posición procesal la mera negación de los hechos alegados por la parte actora; y, a la vez, habrán de evitarse aquellas opciones que tiendan a permitir que los jueces tengan por probados hechos sobre los cuales no existieran indicios lo suficientemente aptos para sustentar la concurrencia de los mismos.

Ahora bien, para que la potencialidad de una regla de ese tipo se explote del todo resulta fundamental lograr que sea suficientemente conocida por las partes desde el primer momento del juicio. Sólo de ese modo logrará modificar el esquema de incentivos sobre el que las partes efectivamente actúan y, a través suyo, el grado de información que éstas estarán dispuestas (o incentivadas) a incorporar al debate. Lo cual, a su vez, contribuye a solucionar la tensión entre el interés privado de las partes de no aportar la evidencia que pueda perjudicarlas con el interés social de alcanzar la verdad en los LIP y obtener información valiosa para toda la ciudadanía.

Una opción alternativa, aplicable a nivel legislativo para resolver ciertos casos, es la introducción de presunciones *iuris tantum*. Esas presunciones juegan un papel muy relevante en la definición de la carga de la prueba.²⁸ Son normas según las cuales

27. En ese sentido, véase Giannini, 2010 y 2016.

28. No así las llamadas *iure et de iure* ni las *hominis*. Las presunciones *iure et de iure* son reglas de derecho sustantivo según las cuales, probado un hecho base, el hecho presumido debe ser considerado

probado un hecho base (HB) debe ser considerado probado otro hecho, el presunto (HP), a menos que se pruebe que este último es falso (o, ante de eso, que lo es el hecho base); constituyen lo que la doctrina ha llamado una «verdad provisional». Entonces, la parte que *a priori* tendría la carga de probar el HP, fundamento de su pretensión, pasa a tener la carga de probar el HB. Mientras que la parte que *a priori* no tendría la carga de probar el HP, pasa a tener la carga de probar su falsedad (es decir no-HP) si, y sólo si, antes se hubiera probado el HB. En otras palabras, la existencia de una norma estableciendo una presunción *iuris tantum* tiene, a nivel probatorio, dos efectos: modifica el hecho a probar por la parte actora (en vez de probar el HP le basta con probar el HB) y traslada la carga de la prueba a la parte demandada (que tiene que probar no-HP o, antes de eso, no-HB).

CONCLUSIONES

1. El Litigio de Interés Público tiene una serie de obstáculos epistémicos que son característicos de los casos que suelen plantearse a través de esa práctica y que se terminan de configurar con el diseño de los sistemas procesales continentales.

2. El Análisis Económico del Derecho da herramientas y promueve el análisis de las estructuras de incentivos que configuran nuestros sistemas legales y su propensión al logro de determinados objetivos. En los casos de LIP nuestros sistemas probatorios deberían estar configurados de modo de que propicien la producción del mayor caudal de información relevante, por lo menos por cuatro motivos: para fortalecer la legitimidad de la función judicial, para mejorar el acceso a la justicia, para ampliar el efecto disuasivo de las normas y para promover la producción de mayor cantidad de información pública.

3. Las reglas sobre el acceso a la evidencia y las referidas a la carga de la prueba tienen una influencia decisiva en el esquema de incentivos del sistema probatorio sobre la conducta de las partes en torno a la prueba de los hechos. Por eso, vale la pena estudiarlos bajo ese foco.

4. Los sistemas procesales continentales no suelen establecer mecanismos de acceso a la evidencia de modo previo al juicio que les permita a las partes hacerse de la evidencia que no está en sus manos o a su alcance antes de eso, en especial de aquella que está en las manos o al alcance de la que será su contraparte. En ese contexto, las dificultades probatorias tienden a trasladarse al seno del proceso. Los intentos por solucionar ese problema suelen concentrarse en las reglas de distribución del *onus*

verdadero. Al no dar lugar a refutaciones, tampoco da lugar al problema de la carga de la prueba. Las presunciones *hominis*, por su parte, consisten en un razonamiento por el cual los jueces sostienen que en virtud de ciertos hechos probados puede inferirse otro hecho, el presunto. Por el momento en que aparecen (el de la decisión) y por su naturaleza (un razonamiento y no una norma) tampoco inciden sobre las reglas que distribuyen la carga de la prueba.

probandi, que están fundamentalmente destinados a regular la incertidumbre sobre los hechos dándola por sentada.

Sin embargo, si coincidimos al afirmar que la verdad de los hechos debe ser un objetivo perseguido por los sistemas de justicia (especialmente) en los casos de interés público, deberíamos tender a que nuestros sistemas procesales presten mayor atención a la preparación de los casos, y en particular a los mecanismos que permiten acceder a las evidencias relevantes, modificando la estructura de incentivos que tiende al ocultamiento de la información.

5. Las reglas de la carga de la prueba, por su parte, cumplen una doble función: son reglas de juicio y son reglas de distribución del riesgo probatorio. Como reglas de distribución, señalan quien pierde cuando un hecho no se encuentra probado y, por lo tanto, quien tiene interés (y quien *en principio* no) en probarlo. En su configuración estándar, promueve que las partes sólo aporten aquellas evidencias que estén dirigidas a probar sus defensas o, en todo caso, la falsedad de los hechos en que se basan las defensas de la contraria.

Es recomendable, sin embargo, introducir deberes de colaboración que alteren esa estructura para los casos, como los de LIP, en los que existen dificultades probatorias. El punto óptimo será aquel según el cual ambas partes tengan incentivos para aportar todas las evidencias de que dispongan, prescindiendo de adoptar como posición procesal la mera negación de los hechos alegados por la parte actora.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Ronald (2014), “Burdens of proof”, en *Law, Probability and Risk* (2014) 13, Oxford University Press, pp. 195-219.
- _____ (2016), “Los peligros en la investigación en derecho comparado”, en Ferrer Beltrán y Vázquez [coeds.], *Debatiendo con Taruffo*, Marcial Pons.
- BONE, Robert G. (2012), “Discovery”, en Sanchirico [Ed.], *Procedural Law and Economics*, Edward Elgar.
- COOTER, Robert D. y ULEN, Thomas S. (2000), *Law and economics*, Addison Wesley Longman, third edition.
- ECHANDÍA, Hernando Devis (1970), *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I, Buenos Aires: Zavalía.
- FERRAJOLI, Luigi (2013), *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, traducción de Miguel Carbonell
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007), *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.
- FISS, Owen (2007), *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga.
- FULLER, Lon L. (1978), “The forms and limits of adjudication”, en *Harvard Law Review*, vol. 92, num. 2, pp. 353-409.
- GALANTER, Marc (1974), “Why the ‘Haves’ Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en *Law & Society Review*, Vol. 9, No. 1, pp. 95-160.

- GIANNINI, Leandro J. (2010), "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)", en *Diario La Ley* 2010-F-1136.
- _____ (2016), "Principio de colaboración y 'carga dinámica de la prueba' en el Código Civil y Comercial", en *Diario La Ley*, 2016-F.
- HAZARD, Geoffrey C. y TARUFFO, Michele (1993), *American Civil Procedure. An Introduction*, Yale University Press.
- KOROBKIN, Russel B. y ULEN, Thomas S. (2000), "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", en *California Law Review*, Vol. 88, Issue 4, pp. 1050-1144.
- PAPAYANNIS, Diego M. (2009), *Fundamentos económicos de la responsabilidad extracontractual*, Ad-Hoc: Buenos Aires.
- POSNER, Richard A. (1975), "The Economic Approach to Law", en *Texas Law Review*, Vol. 53, pp. 757-782.
- _____ (1999), "An Economic Approach to the Law of Evidence", en *Stanford Law Review*, Vol. 51, pp. 1477-1546.
- SERENI, Ángel Piero (1958), *El proceso civil en los Estados Unidos*, Editorial EJE: Buenos Aires, traducción de Santiago Sentís Melendo.
- SHAVELL, Steven (2016), *Fundamentos del análisis económico del Derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces: Madrid, traducción de Yanna G. Franco.
- STORDEUR, Eduardo (2011), *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Abeledo Perrot: Buenos Aires.
- TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Marcial Pons.
- _____ (2009), *Páginas sobre la justicia civil*, Marcial Pons: Madrid – Barcelona.
- _____ (2011), *La prueba de los hechos*. Trotta, cuarta edición.
- VERBIC, Francisco (2014), "Un nuevo proceso para conflictos de interés público", *Revista La Ley*, 12/11/2014, AR/DOC/3251/2014.
- UCIN, María Carlota (2011), *La tutela de los derechos sociales. El proceso colectivo como alternativa procesal*, Librería Editora Platense.
- _____ (2017), "Litigio de interés público", en *Economía - Revista en Cultura de la Legalidad*, número 12, Universidad Carlos III de Madrid: Madrid, pp. 246-255.
- WILLIGING, Thomas E., SHAPARD, John, STIENSTRA, Donna, MILETICH, Dean (1997), *Discovery and disclosure practice, problemas and proposals for change: a case-based national survey of Counsel in Closed Federal Civil Cases*, Federal Judicial Center.

