



# La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema

(The burden of proof as a closure norm of the system)

**Jorge W. Peyrano**

Professor of Civil Procedure at the *Universidad Nacional de Rosario*, Argentina

*“No debe confundirse la inexistencia de datos con la inexistencia de los hechos”. José Ortega y Gasset*

**Abstract:** The article deals with the general rules regarding the burden of proof and their role as an operative closure norm of the procedural system.

**Keywords:** Burden of proof. Closure norm.

## I-Introducción

Harto conocido es en el terreno procesal civil, que si algo no pueden hacer los jueces es mantener un estado de incertidumbre jurídica. Es que el Derecho posee una naturaleza práctica que determina que, a todo trance, las dudas jurídicas que puedan aquejar a los protagonistas del proceso y al propio magistrado interviniente, deben ser zanjadas. Del Vecchio, enseñaba: “Ningún argumento es tan adecuado para demostrar la naturaleza eminentemente práctica del Derecho, y su plena y perfecta adherencia a la vida, como el siguiente: no hay interferencia alguna entre hombres, no hay controversia posible, por muy complicada e imprevista que sea, que no admita y exija una solución jurídica cierta. Las dudas e incertidumbres pueden persistir durante largo tiempo en el campo teórico. Todas las ramas del saber, y la misma jurisprudencia como ciencia teórica, ofrecen ejemplos de cuestiones debatidas durante siglos y a pesar de ello no resueltas todavía y tal vez insolubles; pero a la pregunta *quid iuris?* ¿cuál es el límite de mi derecho y del



ajeno? Debe, en todo caso concreto, poder darse una respuesta, sin duda no infalible, pero prácticamente definitiva”.<sup>1</sup> Igualmente, Calamandrei –en su memorable ensayo dedicado a marcar las diferencias entre el juez y el historiador- decía: “El juez, aun en aquellos casos en que el historiador permanecería en la incertidumbre, debe a toda costa llegar a una certeza oficial; y a tal objeto la ley le proporciona, para ayudarlo a salir del piélago de dudas, ciertos recursos un poco ordinarios, pero expeditivos, que sirven para transformar la perplejidad psicológica en certeza jurídica; tales son, en el proceso civil, las reglas sobre la distribución de las cargas de la prueba, que establecen sobre cuál de las partes debe recaer la falta de certeza del juez acerca de alguno de los hechos controvertidos...”.<sup>2</sup> No puede extrañar, entonces, que el orden jurídico contemple normas de clausura de los distintos sistemas jurídicos que le posibiliten al juez resolver cuestiones cuya solución no se encuentra expresamente prevista o que la sustanciación de la causa no ha hecho cesar la incertidumbre acerca de “donde está el Derecho” en el espíritu del magistrado.<sup>3</sup> Dichas normas de clausura son plurales y variopintas. Así, puede citarse desde una perspectiva general, la consistente en el argumento *a completudine*, o de la “completitud” del sistema jurídico: “es un procedimiento discursivo según el cual, en virtud de que no encontramos una proposición jurídica atribuyendo una calificación jurídica cualquiera a cada sujeto con relación a cada comportamiento materialmente posible, debemos concluir sobre la validez y la existencia de una disposición jurídica que atribuya a los comportamientos no reglados de cada sujeto una calificación normativa particular: o siempre indiferentes o siempre obligatorios, o siempre prohibidos o siempre permitidos.”; traducida habitualmente por los textos constitucionales en su variante “lo que no está prohibido se encuentra permitido”,<sup>4</sup> tal y como lo prescribe el “principio de reserva” en favor de los ciudadanos.<sup>5</sup> Asimismo, la presunción de inocencia -tan cara al

---

<sup>1</sup> DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del Derecho” 2ª edición, traducción de Juan Ossorio Morales, Barcelona 1948, Editorial Bosch, página 41.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero, “El Juez y el Historiador”, en “Estudios sobre el Proceso Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires 1961 Editorial Omeba página 116.

<sup>3</sup> ANDRUET, Armando S. (h), “Teoría general de la argumentación forense”, Córdoba 2001, Editorial Alveroni, página 272: “No habiendo una norma específica para la totalidad de los casos que pueden ser sometidos a resolución, está presupuesta la existencia de normas generales que permiten al juez resolver la cuestión litigiosa, lo cual generalmente acontece a partir del reconocimiento de una norma de clausura del sistema”

<sup>4</sup> GHIRARDI, Olsen “Lógica del proceso judicial”, Córdoba 1987, Editorial Lerner, página 49.

<sup>5</sup> Vide, por ejemplo, el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”



proceso penal – constituye una norma de clausura.<sup>6</sup> Finalmente, la regla de la carga de la prueba, proporciona una muy rendidora norma de clausura en sede civil. La examinaremos en particular, en las líneas que siguen.

## II- Las reglas de la carga de la prueba

Conocido es que el juez civil –de acuerdo con lo dispuesto, por ejemplo por el artículo 15 del Código Civil argentino<sup>7</sup> no puede librarse de proporcionar certeza jurídica a los litigantes mediante la emisión de un *non liquet*.<sup>8</sup> Por lo que, en verdad, lo que se intenta disipar con el sistema en estudio es la incertidumbre sobre un hecho invocado no persiguiéndose la obtención, a todo trance, de la verdad, sea ésta material o formal. Taruffo enseña que la ley procesal regula las modalidades de decisión en el caso en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre el hecho. En realidad, la situación de incertidumbre debería llevar a un pronunciamiento de *non liquet*. Habida cuenta de que éste está proscrito en materia procesal civil, entran en juego las reglas de la carga de la prueba que posibilitan en cualquier caso adoptar una decisión jurisdiccional.<sup>9</sup> No puede permitirse la permanencia de la incertidumbre sobre el hecho en cuestión.<sup>10</sup> Caso contrario, ello involucraría, fatalmente, que fracasara el proceso civil respectivo, por admitir un *non liquet* contrario a los tiempos que corren. El sistema de la carga de la prueba posibilita que en cualquier supuesto, sea posible que el juez civil se pronuncie sobre el mérito del debate.

La regla de la carga de la prueba distribuye el riesgo procesal frente a la falta o insuficiencia de prueba, es decir establece cuál de las partes corre el riesgo que no sea satisfecho el *onus probandi* respecto de determinado hecho controvertido. En verdad, las plurales reglas de

---

<sup>6</sup> Conf. CARNELUTTI, Franceso, “Lecciones de Derecho Procesal Penal”, Ejea Bs As.1963, Tomo I; CREUS, Carlos, “Derecho Procesal Penal” Ed. Astrea, Bs. As.1996; CARRIÓ, Alejandro D “Garantías constitucionales en el proceso penal” Ed. Hammurabi, Bs, As,1984; D’ALBORA, Francisco, “Curso de Derecho Procesal Penal” Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.2002 T I; MAIER, Julio, “Derecho Procesal penal” 2ª Edic Del Puerto, Bs.As.1995,T.I, ROXIN, Claus, “La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal” Ed Tirant lo Blanch, Valencia 2000; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Colex, Madrid 1990; VELEZ MARICONDE, Alfredo, “Derecho Procesal Penal”, Córdoba 1981.

<sup>7</sup> Art.15 del Código Civil argentino: “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”

<sup>8</sup> MICHELI, Gian Antonio, “La carga de la prueba” traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs As, 1961, Editorial Ejea, página 181.

<sup>9</sup> TARUFFO, Michele, “La prueba de los hechos”, traducción de Jordi Ferrer Beltrán, Madrid 2005, Editorial Trotta, página 247.

<sup>10</sup> *Ibidem*, página 248.



distribución del esfuerzo probatorio existentes se sintetizan, de algún modo en la llamada regla áurea de todo el aparato distributivo del *onus probandi*: “quien afirma, debe probar”.<sup>11</sup> Ahora bien: cuál es el riesgo procesal corrido?. Pues que el juez deba fallar contra quien debía correr el riesgo procesal del caso, en el supuesto de que no hubiera levantado la carga probatoria correspondiente.<sup>12</sup> Si bien se mira, las disposiciones distributivas del *onus probandi* son más normas de decisión que de Derecho probatorio.

Por supuesto que cuando el magistrado echa mano a la norma de clausura en estudio y le imputa falta o insuficiencia probatoria a una versión fáctica, no está diciendo que ésta es falsa. Ya hemos tenido ocasión de señalar que “la falta de elementos de prueba significa sólo que no se ha confirmado la verdad de la hipótesis, no que ésta sea falsa”.<sup>13</sup> Taruffo, con acierto, consigna que si no hay pruebas que confirmen la hipótesis sobre el hecho X éste no puede considerarse verdadero o, en algún grado, aceptable, pero tampoco puede considerarse definitivamente falso. No tener razones para decir que la hipótesis es verdadera no equivale a tener razones para decir que la hipótesis es falsa: la falta de elementos de prueba no produce elemento alguno de conocimiento acerca del fundamento de la hipótesis y, por tanto, no permite siquiera decir que ésta es falsa. En realidad, lo que se produce en el caso de falta de pruebas es una situación de permanente y (en ese estado de cosas) irresoluble incertidumbre acerca de la existencia de X. No se está en condiciones de establecer que X es verdadero, pero ésta es una situación contingente relativa al estado de las pruebas referidas a la hipótesis sobre el hecho X en el caso concreto. En esta situación, no hay elementos de confirmación de ninguna hipótesis sobre X: ni de la que lo afirma ni de la que lo niega”.<sup>14</sup>

Importa destacar que el esquema legal de distribución del *onus probandi* que constituye el armazón que remata con la recordada regla de la carga de la prueba (se debe resolver contra quien corría el riesgo procesal de no probar), establece *a priori* un tanto rígidamente<sup>15</sup> el referido

---

<sup>11</sup> PEYRANO, Jorge W., “Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el respaldo de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, en “Problemas y soluciones procesales”, Rosario 2007, Editorial Juris, página 348.

<sup>12</sup> PEYRANO, Jorge W., “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, Rosario, 1997, Editorial Zeus, página 140.

<sup>13</sup> PEYRANO, Jorge W., “Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios”, ob.cit. página 341.

<sup>14</sup> TARUFFO, Michele, ob.cit.página 246.

<sup>15</sup> PEYRANO, Jorge W., “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en “Cargas probatorias dinámicas”, obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil de Rosario, Santa Fe 2004, Editorial Rubinzal Culzoni, página 79.



reparto de esfuerzos probatorios. De ahí la aparición de doctrinas que han procurado dotar de mayor flexibilidad a dicho esquema.<sup>16</sup> Sin embargo, cabe acotar, que algunos códigos procesales civiles ni siquiera mencionan cómo debe prorratarse el esfuerzo probatorio<sup>17</sup> y otros lo aluden pero de modo escueto<sup>18</sup> y que genera vacilaciones.

### III- Acerca de la mala conciencia que puede suscitar la aplicación de la regla de la carga de la prueba

Interesa subrayar que desde siempre el *sibi non liquere* –que regía antiguamente como norma de clausura del proceso civil- no ha gozado de buen cartel, dicho esto en el sentido que se ha considerado ( y se considera, también hoy, respecto de la regla de la carga de la prueba que es la actual norma de clausura) más valioso resolver la causa en función de la prueba producida que refugiarse en la invocación de dicha facultad que poseía el magistrado romano.<sup>19</sup>

Tanto es así que aún en los días que corren hay que insistir en que “la resolución judicial dictada sobre la base extrema del sistema (ninguna de las hipótesis fácticas aseveradas ha logrado el aval de elementos de juicio suficientes para ser considerada “probada”) es una decisión que goza de la misma jerarquía que la que cuenta la adoptada sobre el funcionamiento de las bases de uso más corriente. Dicha decisión “extrema” es de índole sustitutiva puesto que la regla de la carga de la prueba reemplaza a la ponderación de las pruebas en el momento de resolver, pero ello, insistimos, no importa demérito alguno”.<sup>20</sup>

Posiblemente, la mala conciencia que todavía persiste respecto de la solución litigiosa formulada merced a la aplicación de la regla de la carga de la carga de la prueba, explique la proliferación de modernas instituciones probatorias que contribuyen a tener por acreditados hechos que normalmente no podrían considerarse demostrados. Así, pueden citarse a la doctrina de la prueba difícil<sup>21-N.E.</sup> y a las llamadas pruebas *leviores*,<sup>22</sup> como ejemplos de lo que venimos

---

<sup>16</sup> Así, a la vera de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha surgido en España el principio afín de la mayor facilidad probatoria. Sobre el punto, puede consultarse “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española por Marcos Peyrano, en el libro citado en nota 15, páginas 179 y siguientes.

<sup>17</sup> Así, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe de la República Argentina.

<sup>18</sup> Nos estamos refiriendo al artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

<sup>19</sup> CHIOVENDA, José, “Ensayos de Derecho Procesal Civil”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs As, 1949, Ejea, tomo 2, página 484.

<sup>20</sup> Conf. el trabajo citado en nota 13, página 333.

<sup>21</sup> PEYRANO, Jorge W., “La prueba difícil” en “Problemas y Soluciones procesales”, página 315 y siguientes.



señalando.

Por fin, no se crea que la regla de la carga de la prueba expuesta ha sido la única norma de clausura que más o menos contemporáneamente se ha propuesto en sede civil ante la inexistencia o insuficiencia de pruebas. Así, puede traerse a cuento la que memora Reimundín: “Desde el punto de vista de la técnica, resulta interesante referirse en este lugar al Proyecto de enjuiciamiento civil redactado por Aspiazu para Bolivia. El art.339 contiene las reglas fundamentales a la que deberá sujetarse el tribunal al dar la sentencia definitiva. Entre otras reglas establece que si en una causa no hubiese pruebas de ningún género o bien si las producidas no diesen al juez luz suficiente para decidir, la sentencia se daría contra el que hubiese dado muestras de mala fe”.<sup>23</sup>

#### **IV- La aplicación de la regla de la carga de la prueba: solución in extremis y cuya procedencia es de interpretación restrictiva**

Resulte acertada (o no) la susodicha mala conciencia que todavía puede llegar a generar la solución de un litigio merced a la invocación de la regla de la carga de la prueba: “perdiste porque no probaste, debiendo probar”, lo que es indudable es que representa un fracaso en la tarea judicial de “dar a cada uno lo suyo” en serio y no gracias a ficciones que propician la paz social, pero que dejan el regusto amargo consistente en la permanencia de la duda acerca de si el caso fue justamente dirimido. Y tal incertidumbre justifica ampliamente que deba estimarse a la solución obtenida con la alegación de la regla de la carga de la prueba como residual, *in extremis* y casi, diríamos, hasta gobernada por la máxima de que en la duda su aplicación no procedería; debiendo, pues, el órgano jurisdiccional ponderar más concienzudamente la prueba producida de modo tal de verificar si, efectivamente, no se demostró lo que se debía demostrar. Obviamente, nos estamos refiriendo al supuesto en el cual se ha producido prueba, puesto que si no se hubieran generado elementos de convicción, no sólo no corresponde dictar medidas para mejor proveer sino que, necesariamente, debe solucionarse la causa mediante las reglas de distribución del *onus probandi*.<sup>24</sup> Ahora bien: mediando probanzas producidas, el juez antes de recurrir a la

---

Note of the Editor: The text quoted in the previous footnote will be published in the next edition of Civil Procedure Review, apr-jun, 2011.

<sup>22</sup> PEYRANO, Jorge W. “Aproximación a la teoría de las pruebas leviores” en “Estrategia procesal civil” Santa Fe 1982, Editorial Rubinzal Culzoni, página 103.

<sup>23</sup> REIMUNDÍN, Ricardo, “Derecho Procesal Civil”, Bs As 1956, Editorial Viracocha, tomo 1, página 157.

<sup>24</sup> PEYRANO, Jorge W., “El proceso Civil.Principios y fundamentos” Bs As.1978, Editorial Astrea, página 83.



aplicación de las reglas de la carga de la prueba deberá analizarlas, pormenorizadamente, para demostrar que quien corría con el riesgo de no probar cayó víctima de su incuria. Vale decir que, en la especie, no puede jugar el principio denominado “selección judicial de prueba”<sup>25</sup> conforme el cual: “los tribunales no están compelidos al sentenciar las causas a resolver todas las cuestiones propuestas, a analizar la totalidad de los elementos de convicción colectados y a ponderar todos los argumentos vertidos, siendo bastante con que diluciden y ponderen aquello que consideren conducentes a la adecuada solución de la controversia”.<sup>26</sup> Ello significa que, insoslayablemente, el magistrado que pretenda resolver la causa mediante la aplicación de la regla de la carga de la prueba, deberá examinar con cuidado todas las probanzas producidas, aportando los porqué con su auxilio no puede tener por acreditado lo que se pretendía demostrar. La debida fundamentación de la sentencia, entonces, tratándose de casos resueltos mediante la alegación de la regla de la carga de la prueba, reclama, a nuestro entender, la susodicha faena judicial.

Corresponde anotar que para determinar si, realmente, se ha levantado en el caso la carga probatoria correspondiente, el criterio propugnado por Taruffo posee gran relevancia. Tal criterio es, según el citado y distinguido doctrinario italiano, es el de la “probabilidad lógica prevaleciente” que debe usarse ante la concurrencia de hipótesis contradictorias o incompatibles que posean valor de probabilidad lógica superior al límite mínimo de probabilidad rotulado “aceptabilidad”.<sup>27</sup> Dicha “aceptabilidad” de la hipótesis implica un juicio que, por lo menos, debe proporcionar una posibilidad intermedia acerca de que la hipótesis planteada es la verdadera, y ello dependerá del grado de confirmación probatoria que alcance.<sup>28</sup> Bien se ha expresado que: “el elemento clave aquí es el de la suficiencia de los elementos de juicio. Para poder disponer de un criterio o un conjunto de criterios que permitan juzgar la corrección de la decisión judicial, habrá que disponer de una teoría acerca de la suficiencia de los elementos de juicio, esto es, una teoría que nos diga cuánto o bajo qué condiciones los elementos de juicio disponibles son suficientes para que resulte racional aceptar una proposición como verdadera en el razonamiento decisorio”.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> GOZAÍNI, Osvaldo, “La prueba en el proceso civil peruano”, Editorial Normas Legales, Trujillo 1997, página 204.

<sup>26</sup> PEYRANO, Jorge W., “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial” página 44.

<sup>27</sup> TARUFFO, Michele, ob.cit.página 295.

<sup>28</sup> TARUFFO, Michele, ha señalado, reiteradas veces, que la aceptabilidad de la hipótesis implica un juicio que, por lo menos, debe proporcionar una posibilidad intermedia acerca de que la hipótesis planteada es verdadera. La aceptabilidad de la hipótesis está dada por el grado de su confirmación probatoria y ella depende de muchos factores; naturaleza de los elementos de juicio, número, credibilidad, convergencia, etc.

<sup>29</sup> FERRER BELTRÁN, Jordi, “Prueba y verdad en el Derecho”, Madrid 2002, Editorial Marcial Pons, página 88.



## V. Conclusiones

1- Desde siempre los sistemas jurídicos procesales civiles han contado con una norma de clausura que posibilita resolver las causas, aún en el caso de faltas o insuficiencia de pruebas. En la actualidad, dicha norma es conocida como regla de la carga de la prueba.

2- Desde siempre, la solución judicial de una controversia civil mediante la aplicación de una norma de clausura ha suscitado una suerte de mala conciencia porque implica el reconocimiento del fracaso del proceso como herramienta probatoria. Dicha mala conciencia, explica la proliferación de instituciones probatorias tendientes a considerar acreditado lo que normalmente no podría reputarse demostrado.

3- La procedencia de la solución judicial de un litigio gracias a la aplicación de la regla de la carga de la prueba, debe considerarse de interpretación restrictiva cuando en el curso del proceso respectivo se ha producido prueba. En este caso, la debida fundamentación de la resolución respectiva debe incluir un estudio pormenorizado de todas las pruebas producidas y la explicitación de las razones por las que se la considera insuficientes para demostrar lo que se debía probar.