

## LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU VARIACIÓN DE OFICIO POR EL JUEZ\*

Omar A. Benabentos

**E**l tema que me toca hablar es uno de aquellos temas donde se debaten esas dos corrientes, que se anuncian en un congreso procesal, que ya es una ventaja y superación que un congreso de Derecho Procesal reconozca la existencia de dos corrientes. Por cierto voy a coincidir con Manuel de que hay una sola corriente que conjuga con la Constitución Nacional, pero quienes venimos bregando desde hace mucho sabemos el valor íntimo que en un Congreso Nacional ya no se hable del exorcismo al garantismo procesal, sino que se hable de la inclusión del garantismo procesal al debate. A ese que tantas veces se nos ha negado en foros y tribunas; y que ahora parece radicalmente instalado entre nosotros.

Quienes creemos que es una de las fórmulas, dentro de pandémica crisis de la justicia, para salir hacia adelante. Debemos hacernos cargo y ponernos como el abogado del diablo; que censura que es lo malo del garantismo procesal.

Y si tuviera que escoger entre la selección de críticas que se formulan algunas de ellas suenan "efectistas": Algo se dijo quién habla de garantismo, constitución, lo seguro en contraposición de lo rápido; tiente a que se lo adjetive como un *dinosaurio* del derecho procesal. Alguien que le crece una cresta y que está en contra a cualquier cambio, a cualquier viento nuevo dentro de la ciencia del proceso. Ese es el primer agravio que se formula al garantismo y uno se debe hacer cargo para ver con qué se puede destruir, porque se puede destruir esa afirmación.

---

\* Conferencia pronunciada en el I Congreso nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, 4 y 5 de Noviembre de 1999.

Un segundo agravio que esgrimen es que el garantismo crítica, diagnóstica, pero no propone fórmulas entonces: ¿será verdad que somos dinosaurios del derecho procesal?, ¿Será verdad que no hay fórmulas para proponer?, ¿Será verdad que el oído fino de la gente de la calle privilegia la eficiencia como valor supremo, frente a seguridad, garantía, y el reinado de la Constitución? El oído de la calle muchas veces es llevado por los ambientes mediáticos; Además quienes hemos transitado por muchas tribunas a veces nos confundimos. Nos confundimos en el sentido del discurso de ese juez que ahora interviene en este proceso de corte público y que interviene precisamente porque debe dejar el rol del juez espectador, del juez de la boca de la ley; sino de este juez comprometido con la realidad.

Nosotros mismos creímos que era tan seductora a los oídos que quizás hicimos una suerte de retracción para salir a debatir estas ideas. Pero insisto en lo efectista u no en lo efectivo de la idea, porque para hacer ciencia, para hacer filosofía del Derecho Procesal muchas veces tenemos que subir un poquito y después descender; el fenómeno del proceso tiene un objeto de conocimiento muy claro que es: la interferencia de conductas en estado de conflicto de relevancia jurídica cuando estas no quieren o no pueden ser auto compuestas. Nuestro objeto del conocimiento es la conducta en estado de conflicto, podríamos decir que el objeto de conocimiento del derecho es la interferencia de conductas de relevancia jurídica; no en estado de conflicto sino en su interferencia de relevancia jurídica, el aditamento especie de un género llamado: objeto de conocimiento del derecho procesal, necesita el estado de conflicto sino no tiene razón de ser; si ese conflicto quedó autocompuesto al derecho procesal le es indiferente.

que la tipología de los conflictos es distinta, concuerdo. Hay un conflicto que es una pretensión más una resistencia en el plano de la realidad que no se ha solucionado; hay un conflicto que se genera por la incertidumbre respecto a las relaciones jurídicas, las pretensiones meras declarativas; y hay un conflicto en la base esencialmente que es una conducta que colisiona con la normativa que preordena esa conducta en un sentido de signo contrario. esta es la dimensión sociológica del derecho procesal y la dimensión sociológica del derecho; a donde se dirige, a la conducta. Cuando Cossio determina que solamente puede mirarse un objeto y que un

predicado va a ser siempre predicado de un objeto empieza a detectar que las ciencias jurídicas necesariamente se integran con un objeto y que el predicado de las ciencias jurídicas es el nivel normológico o imperativo, que regula ese objeto.

En el Derecho Procesal el nivel normológico o imperativo que regula ese objeto es el proceso en todas las dimensiones; es decir: en los elementos que suponen el ejercicio de la acción, donde se pone o eleva categoría jurídica el conflicto subyacente en la realidad social; exista o no, basta la mera afirmación de que esto ocurre. Para que como se ha erradicado la fuerza privada el Estado deba atender la existencia de ese afirmado conflicto, previo proceso, y resolverlo en una solución heterocompositiva: el nivel de la acción, el nivel de la jurisdicción y el nivel del proceso son los elementos racionales que la ciencia jurídica proveyó para atender el objeto del conocimiento. Si o hacemos bien la heterocomposición de ese conflicto terminará siendo la respuesta válida de una comunidad organizada en un "Estado de Derecho"; si lo hacemos mal porque rompemos alguna de las cadenas lógicas para que el objeto del conocimiento termine en una adecuada heterocomposición, entonces vamos a pagar el precio de que se nos considere acientíficos. Y el Tercer nivel, ese que le gustaría a Ciuro Caldani, es el nivel axiológico, es decir una conducta se regula mediante un proceso cuando entra en estado de conflicto y se heterocompone por un juez partiendo de supuestos del "deber ser", supuestos axiológicos que digan: cómo deberían resolverse compositivamente esa regulación de la conducta.

Para quienes les gusta que el conflicto que les estalla en la mano se resuelva rápidamente; se resuelva "eficientemente" le va a importar poco uno de los estamentos del nivel normativo, el debido proceso. Va a querer solucionar heterocompositivamente, lo que las partes no pudieron o no quisieron solucionar y va a querer solucionarlo a toda costa; porque la hora de los tiempos para un sistema, que yo me he permitido calificar como de la dogmática de los poderes del juez, supone que una idea de hoy será no escuchar al demandado en pleito de conocimiento, medidas autosatisfactivas, una idea de ayer fue que como la gente discute y discute mal, entonces si alguien omitió la carga de probar entonces yo lo subrogo, como dijo Manuel, y me pongo en el rol de probar. Muchas veces dice Alvarado: si pasa el bedel de aquí, del colegio de abogados y mira la figura

de un juez despachando una medida para mejor proveer, ¿qué dirá? y que es una de las partes, no señor es el juez; pero si está probando, bueno pero en este sistema que estamos inventando el juez ora puede probar, ora puede sentenciar, ora puede hacer un montón de cosas, ora puede resolver sin escuchar a las dos partes, otorgando la autosatisfacción a una sola. Porque si es verdad que es autosatisfactiva, porque este mote autosatisface el derecho de uno solo de los litigantes, el otro pasa a ser una figura borrosa de la historia, hay un fuerte derecho, hay un derecho verosímil, hay un derecho que debe ser atendido y un juez que falla escuchando un solo tañido de la campana, solo por casualidad puede acertar en el resultado de lo decidido, porque solamente un juez que escucha ambas partes puede hacer la síntesis de ese método dialéctico de debate que supone el proceso, donde se esgrime bajo tesis, antítesis y síntesis. Nada más ni nada menos que la dialéctica de Hegel traducida al derecho Procesal, entonces no hay síntesis cuando no hay tesis ni antítesis.

Ocurre que el derecho tiene 3.000 años, el derecho Procesal no llega a 300, el Derecho procesal de los Estados de Derecho Constitucional es de este siglo y nosotros que somos una ciencia nueva no estamos preocupados en consolidar nuestra ciencia realmente de seriedad, sino que estamos haciendo una suerte de perfumería donde cada uno quiere destacar respecto de una nueva fórmula, de un vedetismo, de una carrera hacia adelante de algo que realmente preocupa porque es asistemático.

En un sistema de procesamiento dispositivo, las partes por esencia, porque adjetiva de los que estamos hablando disponen por supuesto: de iniciar la acción procesal, deben hacerse cargo de afirmar los hechos del contradictorio y de negarlo, y son dueñas de aportar el material probatorio que confirme lo que se sostuvo o se negó. En un sistema procesal dispositivo, lo que está contenido dentro del litigio pasa por cargas de afirmación confirmación, evaluación, eventualmente agravios; actividad recursiva si es que esa es la decisión de las partes. La Argentina nunca ha tenido confianza en nosotros, digamos el pueblo, nunca ha tenido confianza y siempre la buena idea ha sido el paternalismo; la mala idea. Qué es lo que hace la gente afirmando, probando, confirmando, recurriendo; bueno hace cosas técnicas, dispone de su derecho material y lo traduce al proceso: puede desistirlo, puede transarlo, dispone del material probatorio y de las

cargas que debe asumir. Y yo como juez ¿Qué hago frente al espectáculo de que la gente hace lo que debe hacer? yo estoy par sentenciar, para dirimir un conflicto al final de un debido proceso donde la gente haya tenido bilateralidad en la audiencia, un contradictorio con debida posibilidad de audiencia y debo resolver yo y cuando debo resolver, cuando me llega el expediente a estado de resolución empiezan esas dudas; ese complejo de culpa que ha venido instaurándose en decir: yo soy el director de este debate, el autentico director, un director fuerte que debo examinar no solo que aconteció en el debate; sino quien cayó en negligencia en este debate; quién cumplió la carga de afirmar, de probar, de alegar, ¿quién realmente falló en el proceso? y cuando detecto esto, que como bien dice Adolfo Alvarado Velloso, es una clara regla de juzgamiento; el juez al momento de juzgar evalúa no solo quien cumplió la carga probatoria, sino quién cumplió todas y cada una de las cargas del proceso. Cuando llegue ese momento puede acontecer dos cosas: o que deje para siempre el paternalismo judicial y falle conforme lo que ocurre en este expediente o que se me ocurran a mí ideas malas; como por ejemplo, despachar medidas para mejor proveer supliendo la negligencia de la parte y transformándome en el protagonista, en búsqueda de un valor que es absolutamente inasible, no lo digo yo, lo dice Kelsen, que es la verdad; en busca de la verdad y la justicia, de suyo posible dentro de un proceso pero necesariamente como elemento sustancial de la decisión de un litigio. Se requiere certeza, no verdad y justicia; se requiere la verdad procesal que es la certeza, la verdad procesal nunca es la verdad absoluta.

Bueno en función de la verdad yo pierdo un valor que es inestimable, que es la imparcialidad; para despachar una medida para mejor proveer que no sé cuál va a ser el resultado, pero sé que la despacho porque estoy supliendo negligencias. Porque si no despachara esa medida tengo para mí que alguien no cumplió una carga y esa carga era decisiva para la solución del pleito debo rechazar la demanda; entonces se dice: esto no se compadece con la auténtica búsqueda de la verdad entonces el juez no debe sujetarse a estos parámetros y debe salir en busca de esa verdad. Si esto saliese barato, si no hubiera ningún costo, si no estuviésemos pagando el precio de la imparcialidad, en busca de una verdad que va a ser "su" verdad, no la verdad absoluta, sino la propia verdad que puede ser cambiada,

modificada, revocada pensemos que realmente estamos introduciendo una antinomia sustancial al sistema. Parte de lo mismo es la alteración de las reglas del onus probandi, las cargas de la prueba son recientes, la elaboración científicas de la carga de la prueba datan del año 1960, no vamos a entrar en aquellas historias en que el actor prueba y que el demandado nada debe probar, sino que hoy las reglas de la carga de la prueba contenidas en los códigos procesales, establecen que cada parte, más o menos según las normas que traducen ideas que pueden tener alguna coma pero no van a cambiar la sustancia de la idea, establecen una noción de que cada parte prueba el presupuesto de hecho de su pretensión o de su defensa. Entonces en esa sensación de angustia de pleitos por ejemplo: de mala praxis médica. Empezó a introducirse una idea que más o menos gira en trono a esto, siendo cierto que alguien debe responder por un daño causado en la medida que desde el derecho de las obligaciones nos requiere acreditar: la autoría del hecho, la antijuridicidad de ese hecho, la relación de causalidad entre ese hecho y el daño, el presupuesto de imputación, y finalmente el perjuicio provocado; la cadena de eslabones que torna resarcible un daño, yo que soy actor en mi mente debo saber que si no acredito estos presupuestos, mi riesgo de que la demanda prospere es altísimo; entonces que se dijo, estamos ante pleitos de mala praxis médica en donde la soledad del quirófano, donde desde la profesionalidad del médico, desde el silencio de la víctima en una camilla de quirófano y por supuesto sin saber que acontecía. Toda vez que se produzca un daño aquí no rige más este claro presupuesto de hecho que debe acreditar el actor sino que ahora esta regla rígida lleva a la consagración de una injusticia flagrante, nuevamente la música a los oídos que tientan a tanta gente. Si la tesis fuera buena, si realmente no mereciese serios reparos, entonces estaríamos consagrando un nuevo paradigma, "en pleitos donde al actor le resulta difícil justificar este hecho, el de todos los presupuestos de la responsabilidad civil, será importante que se altere las reglas de la carga de la prueba y entonces ahora no me prueba más el actor; sino que me va a probar el demandado a pesar que él no está negando el presupuesto de hecho de la responsabilidad"

Vamos a los ejemplos para ver si en ciencia cuando uno enuncia una tesis resiste el contraste empírico: Entra un paciente producto de un

accidente de tránsito con lesiones gravísimas, cuyo chance de sobrevivida podría ubicarse en un 2%, las lesiones son múltiples, estas quedan registradas en una historia clínica; el paciente ingresa directamente moribundo, el médico provee la idea de la terapia de guerra; hay que salvar la vida del paciente de cualquier manera aunque el éxito de este intento sea nulo. El resultado es, dramático, triste pero previsible; el paciente muere. Si es por la soledad del quirófano ese paciente moribundo y el médico están en la misma condición; si es por la profesionalidad del médico nada cambia respecto de este tema; si es porque él se encuentra en mejor condición de probar lo que hizo en el quirófano para salvar la vida del paciente moribundo, no tendríamos que decir que hay ninguna diferencia y que a este ejemplo se le deben aplicar todas y cada una de las reglas que son la quintaesencia de las cargas probatorias dinámicas.

¿qué no huele bien en Dinamarca? es que quien se encuentra exento de la carga de la prueba es el que alega el hecho ordinario. Esto no es un problema de jugar a la figurita que si para allí va la carga de la prueba o de que si para acá viene la carga de la prueba; quién alega el hecho ordinario está exento de la carga de la prueba. ¿Por qué? porque los hechos ordinarios no necesitan pruebas, si frente a estas circunstancias vemos que el hecho ordinario era que más allá de la prestación médica que se realizara el paciente tenía una alta probabilidad de fallecer, quién se alza contra el normal acontecimiento de las cosas; es el actor. En este caso los herederos del fallecido que alegando que pese al estado de moribundo que entró el paciente la ciencia médica hoy debe proveerle la salvación de su vida; y si no, hay mala praxis médica.

¿quién podría sostener seriamente esta tesis? nadie.

Vamos a un segundo ejemplo; una persona en una designación de empleo laboral en la Antártida hace lo que hace tanta gente joven que le imponen una operación, para evitar que si mañana en la Antártida tuviera un problema de apendicitis, no se transforme allí en una peritonitis y en la muerte. En la operación programada de apéndice que conforme a los libros de medicina no arroja más que un 2% de riesgo de muerte, esa persona entra plenamente sana al quirófano y a los fines de esa operación preventiva y muere. ¿quién me va a negar el hecho para eximirse y probar que ese hecho para eximirse de responsabilidad, es el médico; porque el médico es

el que alega el hecho extraordinario, entonces el actor no queda relevado de la carga de la prueba porque es para él difícil probar frente al médico, para él es difícil probar en la soledad del quirófano, él queda directamente de la carga de la prueba porque él está acreditando un hecho normal exento de prueba, liberado de la carga probatoria y el médico está alegando un hecho extraordinario y como tal quien alega un hecho contrario al orden normal, y natural debe acreditarlo.

En los pleitos de simulación ocurre algo parecido, una persona que ha tenido un accidente de tránsito, que no tiene seguro, que tiene un cuantioso patrimonio, y que es plenamente responsable del siniestro que provocó la muerte de la víctima; al día siguiente ese hombre distrae todos sus bienes, vende en un mismo actos sus bienes mueble, inmuebles, se queda viviendo en la propiedad. Quien le compra evidentemente es pariente, amigo etc. Este es una hecho anormal y extraordinario la gente no se desprende de su patrimonio a la mañana porque sí. Entonces en los pleitos de simulación no es que el actor debe colaborar, si los herederos de la víctima del accidente de tránsito de enfrentan en una demanda resarcitoria y además en una demanda de simulación. Quién está amparado por el hecho normal; esos herederos y quién está alegando contrario al hecho normal y ordinario, el que distrajo todo su patrimonio. ¿quién debe acreditar que los hechos anormales, de desprenderse del patrimonio en un día son conforme a la ocurrencia? no, debe acreditar precisamente quién en este caso se prevale de circunstancias extraordinarias.

La tesis para empezar a cerrar esta idea es que los de las cargas probatorias dinámicas como tantos temas; parten de un sofisma que lo hemos tomado, adquirido, llevado y proclamado hasta por la corte suprema de justicia de la Nación. Yo quisiera que se me dé un ejemplo donde este dinamismo probatorio, esa alteración o lo que fuera se le impone a alguien cuando viene defendiéndose de hechos normales, nunca. Se le impone no porque se le imponga sino porque no es que se traslada la carga de la prueba sino que evidentemente el Derecho a unos lo exime de probar y a otro le impone la carga de probar conforme lo extraordinario del planteo jurídico que realiza.

Yo creo que estos congresos sirven para que repensemos las cosas; ayer repensamos si era una buena idea el iura novit curia, repensamos la tutela

---



autosatisfactivas y hoy estamos pensando si las cargas dinámicas en que cada uno quiere llevarse el nomen jure para quedar no se en que gloria procesal. No es una pompa de jabón esa lentejuela, ese espejito que da para traficar pero que no avanza en la ciencia procesal.

