

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRES**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES, SEMINARIOS Y TESIS**



**TESIS DE GRADO**  
***“BASES JURIDICAS Y DOCTRINALES PARA LA***  
***IMPLEMENTACION DE LA TEORIA DE CARGAS PROBATORIAS***  
***DINAMICAS EN LA LEY No. 439”***

*(Tesis de grado para optar el grado de Licenciatura en Derecho)*

**Postulante:** Univ. Adrian Fernando Mamani Villanueva

**Tutor:** Dr. Jorge Remy Siles Cajas

**LA PAZ – BOLIVIA**

**2019**

## *Dedicatoria*

*La mujer es la creación más sublime de Dios, puesto que es capaz de dar amor y desprender fragilidad como a la vez mantener fortaleza y serenidad.*

*El presente trabajo es dedicado a dos mujeres que simplemente y enormemente son todo en mi vida:*

*A mi mamita Eloísa, por darme la vida, la motivación, el amor, la comprensión y confianza necesarios para superarme en la vida.*

*A mi amada Fabiola, por creer en mí, darme aliento y esperanza en todo momento e impulsarme a cumplir mis sueños.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios por las bendiciones y oportunidades que llevaron a la conclusión del presente trabajo*

*A mis padres Jaime y Eloísa, por su apoyo incondicional durante toda la etapa de mi formación personal y académica.*

*A Fabiola, por darme la motivación para crecer como profesional y como persona.*

*A mis hermanos Jaime y Tatiana, por sus reflexiones y experiencias compartidas.*

*A Ramiro, por los consejos, el apoyo y la calidad humana brindados.*

*A mi tutor Dr. Jorge Remy Siles Cajas, por permitirme proseguir con la elaboración de esta investigación.*

*A todos aquellos que en su oportunidad me extendieron la mano y me brindaron un soplo de esperanza, muchas gracias...*

## **RESUMEN – ABSTRACT**

*Ocho años después de la consagración de la – en aquel entonces – Nueva Constitución Política del Estado, se ha podido observar como el cambio de paradigmas lógicos que cimientan su contextura, han tenido afectación en la sociedad contemporánea boliviana. Para en aquel entonces, el art. 180 en particular, generaba una cierta curiosidad, puesto que en total contraste con la hermenéutica de los procesos que se realizaban bajo la jurisdicción ordinaria (y tratamos en específico al proceso civil), dicho artículo refería que la oralidad debe ser preponderante en los mismos, como así también el principio de “Verdad Material”.*

*Los postulados la CPE en cuanto a la tratativa de la Jurisdicción ordinaria, simularon una innovación en materia de justicia. No obstante, dichas bases fueron el producto de un movimiento en Latinoamérica de desmistificación de los procesos; suprimiendo caracteres formales y estáticos y teorías clásicas que habían sido la base del derecho durante tantos años.*

*El derecho procesal civil no fue ajeno a dicho movimiento puesto que, en países como Argentina, Uruguay, Colombia y Brasil, se concebían durante este trayecto nuevas normas y teorías que obedecían a lo antedicho, suprimiendo formalidades y revalorizando la finalidad última del proceso: LA JUSTICIA.*

*Es así que, se llega a concebir una teoría que subyace de las clásicas ideas de Goldsmith, las aspiraciones de en torno a las mismas de Jeremias Bentham y la sistematización realizada por Jorge W. Peyrano: la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas.*

*Bajo esta teoría, que es objeto de tratativa en la presente tesis, se rompe con el clásico y estático esquema de distribución del Onus Probandi impuesto por tratadistas como Chiovenda sobre los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y modificatorios y*

*Rosenberg sobre la teoría de la normatividad, llegando a concebir que la carga de la prueba independientemente de la calidad de las partes (actor o demandado) debe recaer sobre la parte que se encuentra en mejores condiciones técnicas, científicas, económicas de aportarla, esto claro en aras de consagrar la igualdad material de las partes dentro del proceso, como así también asegurar la tutela judicial efectiva de la parte que se encuentra en desventaja en una contienda judicial.*

*Dicha teoría ha tenido un amplio margen de aceptación en diversas legislaciones, como así también llegó a constituir un referente importante de interpretación para diferentes tribunales, llegando a ser un verdadero instrumento de equilibrar la balanza y aproximarse a la obtención de la verdad en casos que tienen a ser dificultosos en materia probatoria. No obstante, dicha teoría no tuvo una injerencia igual en nuestro país, siendo desconocida por muchos, es por tal motivo que la presente tesis procurara realizar un acercamiento a dicha teoría y a desarrollar su compatibilidad con nuestro actual orden normativo, pretendiendo su inclusión en el Código Procesal Civil.*

## INDICE

### **“BASES JURIDICAS Y DOCTRINALES PARA LA IMPLEMENTACION DE LA TEORIA DE CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS EN LA LEY No. 439”**

PORTADA.....	I
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTOS.....	III
ABSTRACT.....	IV
INDICE.....	VI

### ***“DISEÑO DE LA INVESTIGACION”***

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
2. PROBLEMATIZACION.....	15
3. DELIMITACION DEL TEMA DE TESIS.....	16
4. FUNDAMENTACION E IMPORTANCIA DEL TEMA DE TESIS.....	16
5. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS.....	19
6. HIPOTESIS.....	21
7. METODOS.....	22
8. TÉCNICAS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN.....	24

## DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE TESIS

INTRODUCCIÓN.....	26
-------------------	----

### Capítulo I

#### **“ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONCEPCIONES GENERALES DEL SISTEMA PROBATORIO EN LOS PROCESOS JUDICIALES”**

1. HISTORIA DE LA PRUEBA JUDICIAL.....	31
1.1. Diversas fases en su evolución.....	32
1.2. Las pruebas judiciales en Grecia y Roma.....	33
1.2.1. La prueba judicial en Grecia.....	34
1.2.2. La prueba judicial en Roma.....	35
1.2.2.1. Fase del antiguo proceso romano o “ <i>per legis actiones.</i> ”.....	35
1.2.2.2. Fase del procedimiento “ <i>extra ordinern</i> ”.....	36
1.2.2.3. Periodo justinianeo.....	37
1.3. La prueba judicial en el periodo germánico.....	38
1.4. Evolución del concepto de prueba judicial en el derecho clásico, moderno y contemporáneo.....	39
1.4.1. La prueba judicial en la edad clásica.....	40
1.4.2. La prueba judicial en la edad moderna.....	41
1.4.3. La prueba judicial en la edad contemporánea.....	43
2. CONCEPCIONES GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL.....	44
2.1. Concepto.....	44
2.2. El derecho subjetivo de probar.....	46
2.3. Objeto de la prueba judicial.....	48
2.3.1. La prueba del derecho.....	48

2.3.2. La prueba del hecho.....	49
2.3.2.1. Hechos admitidos.....	49
2.3.2.2. Hechos presumidos por la ley.....	50
2.3.2.3. Hechos evidentes.....	51
2.3.2.4. Hechos notorios.....	52
2.4. Finalidad de la prueba judicial.....	52
2.4.1. Teorías sobre la finalidad de la prueba.....	53
2.4.1.1. La que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad.....	53
2.4.1.2. Teoría que reconoce como fin de la prueba judicial, el obtener el convencimiento o la certeza subjetiva del juez.....	54

## Capítulo II

### ***“LA CARGA PROCESAL EN GENERAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR: CONCEPCIONES HISTÓRICAS Y TEÓRICAS”***

1. LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS.....	55
1.1. Diferenciación de los imperativos jurídicos.....	57
1.1.1. Distinción entre deberes y obligaciones, por un lado, y cargas, por el otro.....	57
1.1.2. Distinción entre los tres imperativos jurídicos.....	58
2. LA CARGA PROCESAL EN GENERAL.....	60
2.1. Origen de la noción de carga procesal.....	60
2.2. Características.....	65
2.3. Concepto.....	66
3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR.....	67

3.1. Consideraciones historias de la carga de la prueba.....	67
3.1.1. Período romano.....	67
3.1.2. Período clásico.....	68
3.1.3. Período Justiniano.....	68
3.1.4. Período germano.....	69
3.1.5. Período de la edad media.....	70
3.1.6. Época moderna.....	70
3.2. Concepto.....	71
3.3. Carga subjetiva y objetiva de la prueba.....	73
3.4. Las funciones del <i>onus probandi</i> .....	75
3.4.1. Distribución de la incumbencia probatoria (carga procesal).....	75
3.4.2. Expediente formal de decisión (regla de juicio).....	76
3.5. Distribución de la carga de la prueba.....	78
3.5.1. Criterios y teorías de distribución de la carga de la prueba. ....	80
3.5.1.1. Criterio que atiende a la condición procesal de las partes (actor o demandado).....	80
3.5.1.2. Criterio que distingue según quien alegue o niegue una circunstancia de hecho.....	81
3.5.1.3. Criterio que impone al demandante probar los hechos en que basa su pretensión y al demandado en lo que fundamenta sus excepciones.....	82
3.5.1.4. Teoría de la normalidad.....	83
3.5.1.5. Teoría que atiende a la naturaleza de los hechos.....	84
3.5.1.6. Teoría normativa que impone a cada parte la carga de probar el supuesto fáctico de la norma jurídica que le es favorable.....	86

3.5.1.7. Teoría de la facilidad y la disponibilidad probatoria.....	87
3.6. La distribución de cargas probatorias en Bolivia.....	87
3.6.1. Código Civil Santa Cruz de 1831 y Código de Procederes Santa Cruz de 1832.....	88
3.6.2. Código Civil de 1975 y Código de Procedimiento Civil de 1976.....	89
3.6.3. Código Procesal Civil – Ley no. 439 de 2013.....	91

### Capítulo III

#### ***“LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS”***

1. CARGA PROBATORIA ESTABLECIDA EN FORMA ESTÁTICA Y DIFICULTAD PROBATORIA.....	94
1.1. Breve referencia a ciertos hechos que generan dificultad probatoria.....	97
2. CONCEPCIONES INTRODUCTORIAS Y GENERALES SOBRE LA TEORIA DE LAS CARGA PROBATORIAS DINAMICAS.....	98
3. ORIGEN DE LA NOCION Y DE LA TEORIA DE LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.....	101
3.1. Construcción histórica de la noción de la carga dinámica de la prueba.....	102
3.1.1. Jeremías Bentham.....	102
3.1.2. Francesco Carnelutti.....	104
3.1.3. Eduardo J. Couture.....	107
3.1.4. Gian Antonio Michelli.....	108
3.2. Construcción teórico-doctrinal de la carga dinámica de la prueba.....	111
3.2.1. Jorge Walter Peyrano.....	111
3.2.2. Augusto Mario Morello.....	115

3.2.3. Eduardo Oteiza.....	118
4. FUNDAMENTACION ACORDE A LAS GARANTIAS, PRINCIPIOS, VALORES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	124
5. CARACTERES.....	129
6. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS.....	131
6.1. Criticas relevantes en contra.....	131
6.2. Argumentos a favor.....	134
7. DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA.....	137
8. CONCEPCIONES RESPECTO DE LA FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD PROBATORIA.....	137
8.1. Concepción restringida.....	137
8.2. Concepción amplia.....	138
9. MOMENTO DE APLICACIÓN.....	139
9.1. Aplicación de la teoría en la sentencia, sin más.....	140
9.2. Aplicación de la teoría previo aviso.....	142
10. CONDICIONES DE PROCEDENCIA.....	143
11. LÍMITES.....	145

## Capítulo IV

### ***“LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA”***

1. LEGISLACION NACIONAL.....	147
1.1. Constitución Política del Estado.....	147
1.2. Ley del Órgano Judicial no. 025.....	148
1.3. Código Civil Boliviano.....	149
1.4. Código Procesal Civil.....	149
2. LEGISLACION COMPARADA EN LATINOAMÉRICA.....	152

2.1. Código Civil Argentino.....	152
2.2. Brasil – “Código Do Processo Civil.....	152
2.2.1. Traducción.....	153
2.3. Uruguay – Código General del Proceso.....	154
2.4. Paraguay – (Anteproyecto del nuevo Código Procesal Civil).....	155
2.5. Colombia - Código General del Proceso. ....	155
2.6. Guatemala - Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial.....	156
2.7. Perú – Código Procesal Civil y Comercial (1993).....	158
2.8. Costa Rica – Proyecto de reforma al Código Procesal Civil.....	158
2.9. Chile - Anteproyecto de nuevo Código Procesal Civil (2007).....	159
3. LEGISLACION COMPARADA EN IBEROAMÉRICA.....	159
3.1. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004).....	159
3.2. Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988).....	162
4. LEGISLACION COMPARADA EN EUROPA.....	162
4.1. España – Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.....	162
4.2. Francia – nuevo Código Procesal Civil, según la modificación operada por decreto 2003-542 del 23/06/03 ( 25/06/03).....	164
4.3. Italia .....	165
4.3.1. Traducción.....	166
4.4. Portugal – Código Procesal Civil (2003).....	166
4.4.1. Traducción.....	166

## Capítulo V

### **“ANALISIS Y DIAGNOSTICO DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA”**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	168
2. COMPATIBILIDAD DE LA TEORIA CON LA CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.....	170
2.1. La tutela judicial efectiva como fundamento.....	171
2.2. La igualdad como fundamento.....	175
2.3. La verdad material como fundamento.....	181
3. OPERATIVIDAD DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS BAJO LA LEY No. 439 – CODIGO PROCESAL CIVIL.....	190
3.1. La correcta concepción del principio Dispositivo.....	190
3.2. La importancia del principio de Inmediación.....	193
3.3. La revalorización de los principios de Probidad, Buena Fe y Lealtad Procesal, como tópico de apreciación de la conducta procesal de las partes.....	194
3.4. Los poderes deberes de la autoridad judicial y su interacción con los principios de Igualdad y Verdad Material.....	196

## Capítulo VI

### **“PROPUESTA DE INCLUSION NORMATIVA”**

1. PROPUESTA.....	201
-------------------	-----

### **“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”**

CONCLUSIONES.....	204
RECOMENDACIONES.....	210
BIBLIOGRAFIA.....	CCXI
ANEXOS.....	CCXIX

## DISEÑO DE LA INVESTIGACION

### **1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.**

Dentro del Derecho Procesal, la Teoría de la Prueba es una de las ramas más importantes para el desarrollo de los procesos en sí, de tal manera que quien prueba las afirmaciones realizadas en la demanda, en la contestación y eventualmente en la reconvencción, de seguro creara convicción en el juez para un fallo positivo para quien ha probado dichas afirmaciones. Para ello, los códigos procesales del mundo entre ellos nuestro Código Procesal Civil en su Art. 136, se basan en el *sistema clásico de distribución de cargas probatorias*, vale decir que la parte actora tiene la carga de demostrar sus hechos postulados y la parte demandada únicamente la carga de desvirtuar los mismos, sin perjuicio de la iniciativa probatoria de la autoridad judicial que busca la verdad material.

La postura clásica en materia probatoria descrita, ha generado el problema de que, en muchos procesos, no se pueda producir la prueba por quien tiene la carga de producirla, en razón de que en la realidad existen desigualdad económica, social, cultural, empresarial, de poder, etc., entre las partes, de tal manera que una de las mismas tendiendo todas las posibilidades de producir la prueba pertinente para el caso, no lo hace ni le interesa hacerlo, pues no tiene la carga de la prueba al no haber afirmado ciertos hechos sino la otra parte, quien si tiene la carga de la prueba, pero no tiene los medios ni las oportunidades de producir dicha prueba; como en el caso en el que el demandante sea una persona individual (no poderosa) que reclama daños y perjuicios por los desechos tóxicos que derramo una empresa (poderosa), a quien evidentemente no le interesa probar que realizo desechos ni las cantidades de las mismas, etc., pero sí le interesa a la persona individual demandante, pero este último, no tiene los medios, sino, que los mismos los tiene la misma parte demandada empresa poderosa, quien (repito) no le interesa producir dichas pruebas además que no tiene la carga de hacerlo; en esos casos en los que se encuentran muchos procesos, no se llega ciertamente a la verdad

material completa de los hechos, porque quien tiene la carga de probar, no tiene los medios ni las oportunidades reales de producir dichas pruebas, consecuentemente el juez tiene menos oportunidades de dictar una sentencia justa, y la parte demandante no consigue una tutela judicial efectiva.

Ante el problema en materia probatoria descrito, es necesario postular una solución para los casos que se presentaren, por ello, se plantea la posibilidad de incorporar al Código Procesal Civil, la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en el sentido de que, el juez tendría la posibilidad de distribuir a cualquiera de las partes, la carga de probar ciertos hechos o actos afirmados por las partes, aunque la parte designada a probar, no haya afirmado dichos hechos sino la otra parte, esto en ponderación que haga el juez, de quien se halle en mejor situación de aportar la prueba requerida.

## **2. PROBLEMATIZACIÓN.**

¿En qué consiste la tutela judicial efectiva relacionado a la prueba?

¿Se puede llegar en todos los procesos judiciales a la verdad material?

¿Cuál es el sistema que adopta nuestra legislación en materia de carga probatoria?

¿Es suficiente la distribución de la carga probatoria para las partes y la iniciativa judicial del juez en materia de prueba para llegar a la verdad material en todos los procesos?

¿Qué consecuencias trae la falta de aportación de prueba en el proceso por falta de oportunidades reales de probar?

¿Qué ventajas o desventajas traería la implementación en el Código Procesal Civil la teoría de las cargas probatorias dinámicas?

### **3. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE TESIS.**

#### **3.1. DELIMITACIÓN TEMÁTICA.**

La presente tesis, tiene como objeto de investigación, a la “carga de la prueba” en los procesos civiles y dentro de ella a las “cargas dinámicas probatorias”, temática a desarrollarse dentro del área del Derecho Procesal Civil.

#### **3.2. DELIMITACIÓN ESPACIAL.**

El presente trabajo de investigación tendrá como referencia espacial el ámbito de las Ciudades de La Paz y la de El Alto.

#### **3.3. DELIMITACIÓN TEMPORAL.**

La información que se recabe en el presente trabajo será del tiempo transcurrido entre el año 2009 de la vigencia de la Nueva Constitución Política del Estado al tiempo presente.

### **4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA DEL TEMA DE TESIS.**

En todo proceso judicial, y en especie en el proceso civil, el tema de probar se constituye en el centro de la actividad de las partes, y la observancia del juez, toda vez que el Art. 134 del

C. Pro. C., indica que “la autoridad judicial en relación a los hechos alegados por las partes, averiguará la verdad material, valiéndose de los medios de prueba producidos en base a un *análisis integral*. Complementa esta previsión el siguiente Art. 135, reglando que, “Las afirmaciones de hecho efectuadas por una parte que fueren relevantes o controvertidas, deben ser probadas. También requieren prueba los hechos expresa o tácitamente admitidos, si así lo dispone la Ley.

Ahora, para el efecto de *quien tiene la carga de probar*, el Art. 136 del C. Pro. C. establece que: “Quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión. Quien contradiga la pretensión de su adversario, debe probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos del derecho de la parte actora. Y que, la carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.” Complementado esta previsión con el Art. 213 del C Pro. C., que regula que: “La sentencia pondrá fin al litigio en primera instancia, recaerá sobre las cosas litigadas en la manera en que hubieren sido demandadas, *sabida que fuere la verdad material por las pruebas del proceso*.” Continúa indicando que: “La sentencia contendrá: (...) “**3.** La parte motivada con estudio de los hechos probados y en su caso los no probados, *evaluación de la prueba*, y cita de las leyes en que se funda, bajo pena de nulidad...” (...) “**4.** La parte resolutive, con decisiones claras, positivas y precisas sobre la demanda o la reconvención en su caso, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo total o parcialmente.

La normativa citada del Código Procesal Civil, nos hace ver la trascendental importancia del tema de la carga de probar, pues quien no prueba sus afirmaciones, pierde el proceso por mas que tenga la razon en los hechos y la verdad material no demostrada.

En razón de la importancia del tema de la carga de probar en los procesos, surge el problema real de que, las partes generalmente no tienen igualdad de oportunidades para probar sus afirmaciones, pues existen entre las personas naturales y jurídicas, diferencias económicas,

políticas, sociales, de poder, de acceso a ciertas instituciones, de acceso a ciertos documentos, etc., que determinan que, quien tiene la razón en sus afirmaciones, no puede probar las mismas pues las pruebas no las tiene en su poder y no le es fácil sino hasta imposible producir esas pruebas, pues no están a su alcance y no tiene oportunidad de producirlas en el proceso. Pero, se sabe dentro del proceso, que la otra parte que no afirmó esos hechos, si tiene la posibilidad material de producir esas pruebas porque están en su poder o porque estas a su alcance, pero como no afirmó esos hechos, no tiene la carga de la prueba e incluso ni le conviene producir esas pruebas.

Entonces, producto de la problemática surgida de que, una de las partes o todas no pueden probar las afirmaciones hechas en sus postulaciones en el proceso (pese de que dichas afirmaciones son ciertas), el juez se encuentra limitado a tiempo de dictar sentencia, a referirse solo a las pruebas incorporadas en el proceso y fallar en base a las mismas, por lo que en esos casos *“el juez se ve imposibilitado de declarar la verdadera verdad material del caso, con lo que se afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes”*<sup>1</sup>.

En las razones expuestas, el Derecho no puede quedarse inerte ante la mencionada problemática, sino que está obligado a plantear soluciones. Es ahí que el planteamiento de la presente tesis, cobra importancia, pues plantea la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas sistematizado finalmente por Jorge W. Peyrano, en coautoría de Julio O. Chiappini<sup>2</sup> en el año 1984, que básicamente indica que, la distribución de la carga de la prueba prevista clásicamente, es insuficiente en algunos casos, porque la parte que tiene la carga de probar sus afirmaciones, no tiene los medios o la posibilidad de hacerlo, en razón de que la otra parte que no tiene la carga de probar sobre esas afirmaciones, es la que se encuentra con los medios y las mejores posibilidades de producir dichas pruebas, pero a esta

---

<sup>1</sup> PEYRANO, JORGE y CHIAPPINI JULIO: “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas”, en Peyrano, Jorge .W (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 17.

<sup>2</sup> PEYRANO, Jorge W. en coautoría de Julio O. Chiappini, el año 1984 publicaron en “El Derecho, Tomo 107, pág. 1005” la doctrina de Las Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina.

parte, no le interesa y a veces no le conviene producir dichas pruebas, porque (repito) no son hechos afirmados por esa parte en el proceso. En esos casos (indica la teoría) “*se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en la cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla*”<sup>3</sup>

Esta teoría (de las cargas probatorias dinámicas), es posible aplicar como facultad del juez, quien según el caso y las necesidades de llegar a la verdad material en el proceso y brindar una tutela judicial efectiva a las partes, tendría la posibilidad de redistribuir a la carga probatoria, estableciendo como decisión judicial que, pese de que una de las partes no realice ciertas afirmaciones en el proceso, sea esta la que tenga la carga de producir la prueba para el proceso sobre dichas afirmaciones, las que fueron realizadas por la otra parte.

Cobra importancia la temática de la tesis, **por un lado**, pues con la propuesta de redistribución de la carga de la prueba, trata de *dotar de un instrumento más* al proceso civil, para que en el mismo se *llegue a la verdad material* que se tiene como principio de la jurisdicción ordinaria en la Constitución Política del Estado Art. 180 I, superando con ello, el problema de que la falta de posibilidad de una de las partes de poder producir las pruebas, sea un impedimento para llegar a dicha verdad material. **Por otro lado**, la importancia de la temática de la tesis, está en que la redistribución de la carga probatoria entre las partes que podría disponer el juez, coadyuvaría a la realización de una *tutela judicial efectiva*, prevista como garantía del debido proceso en el Art. 115 de la C.P.E.

## **5. OBJETIVOS DEL TEMA DE TESIS.**

### **5.1. OBJETIVO GENERAL.**

---

<sup>3</sup> PEYRANO Jorge W y CHIAPPINI Julio O.: Cargas Probatorias Dinámicas, en “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas” Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina. Pg. 16.

Desarrollar las bases jurídicas y doctrinales para la elaboración de un anteproyecto de ley que incluya en el Código Procesal Civil Boliviano, la facultad del juez de distribución de la carga probatoria, sobre la cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla, como medio que coadyuve para llegar a la verdad material e instrumento de realización de la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso.

## **5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- 1) Analizar los Antecedentes, la estructura y los conceptos teórico doctrinales de la Prueba judicial y Carga de la Prueba.
- 2) Demostrar que, en algunos casos la parte que afirma hechos verdaderos, no tiene posibilidades reales de producir la prueba de dichas afirmaciones, sino, que la tiene la otra parte quien no produce la prueba porque no es su carga o porque no le conviene.
- 3) Demostrar que flexibilizar las reglas de la distribución de la carga de la prueba es posible doctrinalmente sin atentar contra los derechos fundamentales de la contra parte.
- 4) Demostrar que, en la legislación y doctrina internacional, se encuentra teorizado y regulado, el tema de las cargas probatorias dinámicas.
- 5) Estructurar los aspectos doctrinales y técnicos pertinentes que debieran regir en el Código Procesal Civil, en cuanto a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y su legislación expresa como nueva facultad del juez de distribución de la carga de probar sobre la cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones de producirla.
- 6) Demostrar que, la implementación legislativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Procesal Civil, está en consonancia de la Constitución Política del Estado que prevé como principio la realización de la verdad material y regula el derecho a la tutela judicial efectiva.

## **6. HIPOTESIS.**

“La implementación legislativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Procesal Civil como facultad extraordinaria del juez, coadyuvara a la realización de la verdad material y el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos civiles.”

### **6.1. DETERMINACION DE VARIABLES.**

#### **6.1.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.**

Implementación legislativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el código procesal civil como facultad extraordinaria del juez.

#### **6.1.2. VARIABLES DEPENDIENTES.**

- Mejor realización de la verdad material en los procesos civiles.
- Mejor realización de la tutela judicial efectiva en los procesos civiles.

### **6.2. UNIDADES DE ANÁLISIS.**

El tratamiento investigativo presente, pretende involucrar la revisión en lo principal de las siguientes normas jurídicas:

- a) Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

- b) Código Procesal Civil Boliviano.
- c) Código Civil Boliviano.

### **6.3. NEXO LÓGICO.**

El instrumento que permite la relación de las variables y las unidades de análisis es:

- a) “Coadyuvara...”
- b) “Realización...”
- c) “Mejor...”

## **7. MÉTODOS.**

### **7.1. MÉTODO DEDUCTIVO.**

En la investigación y análisis documental, el *método deductivo* es el más adecuado, toda vez que como es de conocimiento general, la deducción es el método de obtención de conocimientos que conduce de lo general a lo particular, lo cual permitirá en la presente tesis, obtener conclusiones firmes.

### **7.2. METODO ANALÍTICO.**

Para revisar las fuentes documentales respecto a la temática de ls cargas probatorias dinámicas, es adecuado el uso del *método analítico y del sintético*. “el análisis es la separación material o mental del objeto de investigación en sus partes integrantes con el propósito de descubrir los elementos esenciales que lo conforman mientras que la síntesis consiste en la integración material o mental de los elementos o nexos esenciales de los

objetos, con el objetivo de fijar las cualidades y rasgos principales inherentes al objeto. El análisis y la síntesis, aunque son diferentes, no actúan separadamente. Ellos constituyen una unidad concebida como método analítico-sintético del conocimiento científico.”

### **7.3. MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO.**

*El método dogmático jurídico*, es otro adecuado método aplicable a esta tesis, pues éste permite el análisis de la norma jurídica sin ninguna relación con hechos directa o indirectamente relacionados; en otras palabras, solo analiza la ley tal y como es.

### **7.4. MÉTODO HISTÓRICO.**

Es un procedimiento que rastrea la trayectoria concreta de la teoría y su condicionamiento a los diferentes periodos de la historia; que nos ayudara a ver las repercusiones que se dieron por la ausencia de una ley específica que regule las Cargas Probatorias Dinámicas. *El método histórico*, que permite analizar el objeto de estudio mediante una sistematización de información del problema, tomando en consideración casos concretos del pasado en materia de revisión de la cosa juzgada en Bolivia.

### **7.5. MÉTODO DE LAS CONSTRUCCIONES JURÍDICAS.**

*El método de las construcciones jurídicas*, nos permite insertar propuestas no aisladas sino más bien que estén en consonancia de la misma estructura del ordenamiento jurídico boliviano vigente, coadyuvando este método a construir con sistemática complementaria y sin contradicciones.

## **7.6. MÉTODO TELEOLÓGICO.**

Es un procedimiento que estudia los fines y valores; con este método se podrá identificar los valores fines en los fundamentos jurídicos reunidos para la implementación de una norma específica que regule la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

## **7.7. MÉTODO COMPARATIVO.**

Este método general de la investigación permite abordar dos o más elementos u objetos comparándolos en sus especificidades, contrastándolos en sus diferencias y similitudes con el propósito de extraer un análisis conclusivo.

# **8. TÉCNICAS A UTILIZARSE EN LA INVESTIGACIÓN.**

## **8.1. REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA.**

Que permitirá a esta tesis asentar con precisión, los postulados que esgrime, para obtener conclusiones de la misma naturaleza, toda vez que, a través de esta técnica, se tendrá acceso a revistas, periódicos, y las normas jurídicas que involucran a la problemática de la carga de la prueba.

## **8.2. ANÁLISIS DE CONTENIDO.**

El análisis de contenido se basa en la lectura (textual o visual) como instrumento de recolección de información, lectura que a diferencia de la lectura común debe realizarse

siguiendo el método científico, es decir, debe ser, sistemática, objetiva, replicable, y válida. En ese sentido es semejante su problemática y metodología, salvo algunas características específicas, al de cualquier otra técnica de recolección de datos de investigación. No obstante, lo característico del análisis de contenido y que le distingue de otras técnicas de investigación, es que se trata de una técnica que combina intrínsecamente, y de ahí su complejidad, la observación y producción de los datos, y la interpretación o análisis de los datos.

## DESARROLLO DEL DISEÑO DE PRUEBA DE TESIS

### INTRODUCCIÓN

Pensar el proceso como un acto sin finalidad, y que sólo sirve para dar apariencia de legalidad a los ilícitos cometidos por los hombres y quitarles de esta manera los remordimientos de su conciencia sería, lisa y llanamente, desalentar el estudio de la ciencia jurídica.

Calamandrei nos enseñó que el proceso tiene la finalidad más alta que pueda existir: la justicia: “...no es verdad que el proceso no tenga finalidad; si no la tuviese sería necesario inventarla para poder continuar estudiando ésta nuestra ciencia sin disgusto y sin desaliento. Pero en realidad, finalidad tiene, y es altísima, la más alta que pueda existir en la vida: y se llama justicia...”<sup>4</sup>.

Asimismo, la doctrina sostiene que: “La sentencia debe ser justa. El fundamento institucional radica en la realización coactiva e imparcial de la justicia. El proceso es una estructura de obtención de un reparto justo”.<sup>5</sup>

Pero, ¿puede el derecho, prometer certeza a los hombres para regir su acción? Bien pensado, debe contestarse que se la debe prometer. Lo difícil es que se la pueda dar. ¿Qué garantía puede dar el derecho de que los jueces no se equivocan nunca? Sólo puede prometer la revocación de los fallos injustos.

---

<sup>4</sup> CALAMANDREI, PIERO: "Proceso y justicia", Revista de Derecho Procesal, año X, n.1, 1er. Trim. de 1952, p. 13.

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, "El derecho constitucional del poder", t.II, 1967, Ed. Ediar, p. 248

¿Pero quién puede asegurar que no habrán de ser injustos, precisamente, los fallos revocatorios? El derecho es en último término, una promesa de certeza, pero el triunfo de la vida no es siempre lograr, a veces triunfar es aproximarse, y la sola aproximación es en algunos casos una conquista.

La mejor aproximación a la realidad de los hechos controvertidos dentro del proceso es el objeto de ingresar en la presente investigación, puesto que la tutela que el Estado presta a los derechos reclamados por las partes dentro del proceso, funge en razón de un instituto procesal fundamental: “La Prueba Judicial”, ya que, como dice un repetido aforismo jurídico, *“tanto vale no tener un derecho como tenerlo y no poder probarlo”*.

Ya ingresando en el análisis de lo que implica el estudio de la prueba judicial cabe señalar que, dentro de las cargas procesales, para la carga de la prueba o “carga probatoria” (como se le llama en el lenguaje procesal), se diseñaron reglas rígidas y sin miramientos para ciertas circunstancias, que, eventualmente, podrían llegar a aconsejar alguna otra solución. Los hechos invocados por el actor, deben ser probados por quien demanda dentro de un proceso de conocimiento, mientras que los hechos impeditivos, modificativos o extintivos, deben ser acreditados por el demandado, y punto.

Pero ya más modernamente, la praxis alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas; y que, en algunas ocasiones, la carga probatoria, debía desplazarse hacia una u otra de las partes, en miras de arribar a la verdad real, que es la meta del proceso civil, y su finalidad que es la de “Justicia”.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, tiende justamente a la realización de la justicia, considerando las particularidades del caso, llegando a distribuir la carga de la prueba bajo un esquema dinámico, sobre la cabeza de la parte que se encuentra en mejores condiciones de aportarla dentro del proceso. Esta doctrina constituye un aporte valiosísimo en pos de hacer efectivos los paradigmas de justicia que cimientan nuestra

Carta Magna: “la Tutela Judicial Efectiva” (*art. 115-II*) y el Principio de Verdad Material (*art. 180*), pues mediante su implementación, no se hace más que facilitar el camino hacia el esclarecimiento de la verdad.

*“Ya no se ha de organizar el litigio pensando en que lo que en él se haga será el triunfo de los profesores de derecho, ni de las formas, sino en la justicia de la solución, obtenida mediante la verdad jurídica objetiva”.*<sup>6</sup>

Lo expuesto refiere con claridad el motivo de la presente investigación, puesto que por décadas el proceso y todas sus instituciones (*dentro de ellos la distribución de la carga de la prueba*), respondieron al unísono de la extrema formalidad y rigidez, considerando a las formas y actos procesales como una finalidad en sí mismas, dejando de lado la piedra angular que debe cimentar el proceso: la Justicia.

Es así, que planteamos nuestro “*DISEÑO DE INVESTIGACIÓN*”, teniendo como objetivo principal la proposición de un proyecto de ley, por el cual incorpore la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas. En ese derrotero, establecimos los métodos y técnicas de investigación más acorde a la presente tesis. Proyectamos la hipótesis, concibiendo que: “La implementación legislativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Procesal Civil como facultad extraordinaria del juez, coadyuvara a la realización de la verdad material y el derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos civiles.”

La presente tesis está desarrollada en seis capítulos que contienen una sistematización – corta pero suficiente - de los institutos procesales inherentes a la Carga de la Prueba; los cuales tienen la función de establecer las bases para el moderno criterio de desplazamiento del *onus probandi* que es objeto de la presente tesis.

---

<sup>6</sup> MORILLO, A. M.: "El sistema de la justicia en la Constitución de la Prov. De Buenos Aires reformada en 1994 (el proceso civil)", J.A. 1995-I-918.

El primer capítulo denominado “*ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPCIONES GENERALES DEL SISTEMA PROBATORIO EN LOS PROCESOS JUDICIALES*”, desarrolla la evolución que la prueba (*como instituto procesal*) ha tenido a lo largo de la historia, comenzando los resabios de la codificación romana hasta las concepciones contemporáneas; que como bien sabemos han consagrado de forma exitosa la ciencia independiente del “Derecho Procesal Civil”. Así mismo sentadas las bases históricas también se desarrolla una breve y genérica concepción teórica de la prueba, haciendo énfasis en aspectos que explican el objeto y la finalidad de la prueba judicial dentro del proceso civil.

El segundo Capítulo denominado “*LA CARGA PROCESAL EN GENERAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR: CONCEPCIONES HISTÓRICAS Y TEÓRICAS*”, ingresa en ahondar en uno de los institutos procesales que forman parte de la prueba judicial: “el *Onus Probandi*”. Bajo este capítulo se desarrolla las concepciones teóricas que dieron lugar a la formación de la noción de “*Carga*” como hoy la conocemos. Esto claro, con la finalidad de entender que implica la imposición de una carga sobre los sujetos que conforman un litigio. Posteriormente nos adentramos en un intento de concebir la noción más precisa de Carga Probatoria y en especial de su vertiente más importante, *el Problema de Distribución de cargas probatorias*. Finalmente se expresa una firme mirada de lo que la carga de la prueba, y en específico de su distribución, tienen para nuestro país.

El tercer capítulo denominado “*LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS*”, ahonda en el tema central de la presente tesis, pues (*ya ingresando en uno de los supuestos de distribución - desplazamiento de la carga de la prueba*) desarrolla las bases doctrinales que contribuyeron a la formación de la moderna concepción de Carga Dinámica de la Prueba. Como principal artífice se insta a realizar un análisis de las ideas del profesor argentino Javier Walter Peyrano, quien hace gala a nivel internacional de ser el autor de la teoría antes nombrada. Posteriormente con una idea clara de esta teoría se realiza un esfuerzo por identificar los caracteres y fundamentos más esenciales de las

Cargas Probatorias dinámicas; esto con la finalidad de tener la certeza de su compatibilidad con nuestra legislación.

El cuarto capítulo denominado “*LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA*”, tiene por finalidad: en primer lugar, hacer mención de la normativa nacional implicada con el fondo de la teoría de Cargas Probatorias Dinámicas; en segundo lugar, desarrollar la norma adjetiva y sustantiva a nivel internacional que se ha servido acoger los fundamentos de la teoría de Cargas Probatorias Dinámicas.

El Quinto Capítulo denominado “*ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA*”, tiene por objeto desarrollar si la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas se encuentra en armonía con la Constitución Política del Estado, y la normativa procesal civil. Se inicia con el desarrollo de la C.P.E. en razón de la previsión del art. 410 del texto constitucional, en cuanto se refiere a la supremacía constitucional. Seguidamente se concluye con un acercamiento a las previsiones de la Ley No. 439 que permiten la operatividad de teoría objeto de estudio.

El Sexto Capítulo denominado “*PROPUESTA DE INCLUSIÓN NORMATIVA*”, como su nombre bien lo indica, pretende establecer un breve esfuerzo de Anteproyecto de ley que trate de configurar el espíritu de esta teoría dentro de nuestra legislación civil; en armonía con los paradigmas que la Constitución Política del Estado, el Código Procesal Civil y el Código Civil Boliviano desprenden.

## **CAPITULO I**

# **“ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPCIONES GENERALES DEL SISTEMA PROBATORIO EN LOS PROCESOS JUDICIALES”**

*“El hombre que no conoce su historia está  
destinado a repetirla”*

Napoleón Bonaparte

### **1. HISTORIA DE LA PRUEBA JUDICIAL.**

Para realizar correctamente el desarrollo de la presente investigación, es imperante abordar, de una forma sistemática, la evolución histórica de la prueba judicial.

Desde su génesis y sus más vagos resabios, el proceso civil ha constituido un instrumento destinado a la tutela de los derechos; aun históricamente y bajo sistemas menos complejos las instituciones del proceso civil fungieron en razón de dar solución y pacificación a los conflictos generados entre los hombres.

Dado que la presente investigación está orientada a desentrañar y confirmar la inclusión normativa de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas en la legislación Boliviana, es menester tener plena convicción del desarrollo de la institución de la prueba judicial, desde el sistema más simplista donde se apreciaban las impresiones personales y predominaba el empirismo sobre la valoración de la prueba, atravesando por el inicio del tecnicismo romano, hasta llegar a los sistemas clásicos y modernos que fueron el inicio del análisis científico de la prueba y sus connotaciones (*entre ellas claro está el onus probandi*).

Así mismo a través de la observación del desarrollo histórico de la prueba, se podrá determinar en nexo de causalidad entre los fenómenos sociales y económicos con el sistema probatorio de cada época, para así poder comprender si el amplio y complejo sistema que compone la Teoría de Cargas Probatorias dinámicas es compatible con nuestra sociedad actual.

De la misma forma a través del desarrollo de la evolución histórica, en el presente capítulo se persigue obtener una concepción general sobre la prueba judicial, que sirva de directriz para los capítulos a desarrollarse más adelante.

## **1.1. DIVERSAS FASES EN SU EVOLUCIÓN.**

Según Devis Echandia suelen distinguirse cinco fases en la evolución de las pruebas judiciales.<sup>7</sup>

- a) La **fase étnica**, a la cual debe denominarse, de una forma más apropiada como primitiva.
- b) La **fase religiosa o mística** del antiguo derecho germánico primero y de la influencia del derecho canónico.
- c) La **fase legal**, denominada como de tarifa legal, que sometió la prueba a una rigurosa tarifa previa de valoración, que fue un avance en su época, pero que no se justifica hoy.

---

<sup>7</sup> DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Pág. 55-56.

- d) La **fase sentimental**, que sería mejor denominar de la íntima convicción moral, que se originó a raíz de la Revolución Francesa, como reacción contra la tarifa legal y que sostiene la absoluta libertad de valorar la prueba, se aplicó primero al proceso penal y mucho después al proceso civil.
- e) La **fase científica**, que actualmente impera en los códigos procesales modernos.

*“La fase primitiva corresponde a todas las sociedades en formación, cuando sólo podía existir un sistema procesal rudimentario, y que suele describirse como de las pruebas abandonadas al empirismo de las impresiones personales y que por lo tanto debió presentar características muy diferentes en cada lugar, lo cual puede explicar por qué se ha convenido en calificarla como fase étnica. Es más propio decir que corresponde a las épocas en que en cada sociedad no había aparecido aún un sistema probatorio judicial propiamente dicho.”<sup>8</sup>*

Las cuatro últimas fases de la evolución del concepto de la prueba y de los sistemas probatorios judiciales se encuentran más o menos definidas en la historia europea, a partir de la caída del Imperio romano, por haberse producido una quiebra fundamental en la civilización jurídica y social que Roma había llevado a altos niveles, lo cual hizo que durante muchos años imperara una mezcla de barbarie y de fanatismo religioso que condujo a absurdos procedimientos judiciales.

## **1.2. LAS PRUEBAS JUDICIALES EN GRECIA Y ROMA.**

En la época clásica de Grecia, y más específicamente en Roma, la evolución en esta materia. como en otros campos del derecho, fue extraordinaria, por lo cual se debe examinar por separado. Tal vez pueda afirmarse que todavía, en la segunda mitad del siglo

---

<sup>8</sup> GUASP, Derecho procesal civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, págs. 361 y 362

XX de la era cristiana, no han sido superadas las concepciones jurídicas que en materia de régimen probatorio existieron en la antigua Roma.

### **1.2.1. LA PRUEBA JUDICIAL EN GRECIA.**

La Recopilación de información del sistema probatorio judicial en la Grecia antigua es bastante escaso. El Gran filósofo Aristóteles sobresale en cuanto a materia probatoria, incluyéndola en el estudio de su retórica asumiendo una concepción lógica, ajena a prejuicios de orden religioso y a fanatismos de otra índole; el gran filósofo examina la prueba por sus aspectos intrínseco y extrínseco, la clasifica en propia e impropia, artificial y no artificial, y considera que la principal está constituida por el silogismo (entimema) y la inducción.

En cuanto a su forma, en Grecia imperó la oralidad, tanto en el proceso civil como en el penal. Por regla general regía el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio.

*“Los medios principales de prueba fueron los testimonios, los documentos y el juramento. Existían restricciones a las declaraciones de mujeres, niños y esclavos, pero en los procesos mercantiles podían declarar los esclavos comerciantes y, en algunas causas, las mujeres, si lo hacían voluntariamente. La prueba documental gozó de especial consideración. particularmente en materia mercantil, habiéndose otorgado a algunos documentos mérito ejecutivo directo y, por lo tanto, valor de plena prueba, como sucedía con los libros de banqueros que gozaran de reputación de personas honradas y dignas de crédito. El juramento tuvo mucha importancia, aun cuando en la época clásica la perdió en buena medida, y existió tanto el decisorio como el referente a sólo parte de la*

*controversia. Pero lo más notable fue que existió la crítica lógica y razonada de la prueba, sin que al parecer rigiera una tarifa legal que determinara de antemano su valor”<sup>9</sup>*

Un principio aristotélico que sin duda influyó en la regulación de la prueba testimonial en el derecho romano y moderno, es aquel que otorga mayores probabilidades de error en la percepción del mundo real, a medida que éste se aleja de los propios sentidos del sujeto; de aquí se deduce la limitación del testimonio a lo percibido directamente por el testigo, y su exclusión cuando se trata de conjeturas o deducciones.

Como puede apreciarse, la evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fundamental para la organización judicial de cualquier país, superó con mucho a la que luego existió en Europa, por lo menos hasta el siglo XVI.

## **1.2.2. LA PRUEBA JUDICIAL EN ROMA.**

En la Roma antigua la materia de las pruebas sufrió una evolución análoga a la que presenta en general el proceso y la administración de justicia. Pueden distinguirse varias etapas, que examinaremos brevemente:<sup>10</sup>

### **1.2.2.1. FASE DEL ANTIGUO PROCESO ROMANO O “*PER LEGIS ACTIONES.*”**

En la **fase del antiguo proceso romano o “per legis acciones”**, el juez tenía un carácter de árbitro, casi de funcionario privado, mas con absoluta libertad para apreciar o valorar las pruebas aportadas por las partes; el testimonio fue inicialmente la prueba casi exclusiva, pero más tarde se admitieron los documentos, el juramento, el reconocimiento

---

<sup>9</sup> DEVIS HECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, Pág. 56.

<sup>10</sup> SCIALOJA: “Procedimiento civil romano”, Editorial Ejea, 1954, Pags. 92 y siguientes.

personal por el juez, e igualmente, los indicios; es decir, más o menos los medios de prueba que todavía hoy conocemos. No existían reglas especiales sobre la prueba, e imperaba el sistema de la libre apreciación. En los tiempos de la República era el pueblo quien juzgaba, reunido en centurias o por tribus, lo cual excluía la posibilidad de que existieran reglas especiales, e inclusive, una apreciación jurídica de la prueba. Los jueces de las *questiones perpetuee* eran asimismo jueces populares que resolvían de acuerdo con su personal convicción. Esta fase comprende el período formulario.

#### **1.2.2.2. FASE DEL PROCEDIMIENTO “EXTRA ORDINERN”.**

Durante el imperio aparece la fase del procedimiento “extra ordinern”, de marcada naturaleza publicista, durante la cual el juez deja de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia. Constituyó esto un progreso, en cuanto se le dieron al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cual de ellas correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo sobrevino un retroceso, desde el punto de vista que en la actualidad prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba y entronizar un relativo sistema de tarifa legal que regulaba su valor, con menos rigor sin embargo del que imperó en Europa durante los siglos XVII a XIX, en lo civil especialmente. De esta suerte dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior, y aun fueron fijados previamente los temas de prueba que debían considerarse como demostrados sin medio alguno especial (nacimiento de las presunciones juris). Los medios de prueba fueron los mismos del período formulario, pero se impusieron restricciones a la testimonial y se le dio mayor importancia a la documental.

No puede negarse que durante el Imperio rigió la tendencia a disminuir la libertad del juez en la apreciación de las pruebas y a imponerle reglas preestablecidas para muchos casos.

*“Sin embargo, como observa MITTERMAIER, si bien bajo el imperio caen en desuso los tribunales populares, no se encuentra aún un sistema de pruebas legales tal como hoy se*

*entiende, que lo obligara, por ejemplo, a tener por demostrado un hecho por la declaración de dos testigos. Los jueces continuaban obedeciendo a su convicción, como antes, por cuanto no les fueron impuestas por los emperadores reglas especiales, como la que rechazaba la declaración de ciertas personas y la que negaba al dicho de un solo testigo el suficiente valor para producir la convicción. Ni siquiera en los últimos tiempos del imperio existió un sistema completo y detallado de reglas probatorias que vincularan al juzgador. En los estudios de los jurisconsultos romanos se manifiesta “una tendencia positiva vacía la investigación de la verdad material”.<sup>11</sup>*

La carga de la prueba estaba, en principio, sobre el demandante: *actore non probante reus absolvitur*; pero la prueba de las excepciones correspondía al demandado: *reus in excipiendo fit actor*.

### **1.2.2.3. PERIODO JUSTINIANO**

*“Por último, en el **Periodo Justiniano** aparecieron en el Corpus diversos textos legales que permitieron elaborar las bases sobre las cuales en la Edad media se construyó la lógica de la prueba a través del derecho canónico. Se observa por lo general la regulación legal de las pruebas, pero sin que dejen de existir textos favorables a la apreciación personal del juez. Es un sistema mixto, en verdad, con preponderancia del legal. Se conservaron los medios probatorios del período anterior; se excluyeron el testimonio de la mujer, del impúber, del perjuro, del delincuente y del loco; se sentaron reglas sobre la carga de la prueba como defensa contra la arbitrariedad de los jueces, y se conoció el principio del contradictorio como en materia de interrogatorio de testigos, que debía ser conocido por ambas partes. Al demandado se le otorgaba un eficaz sistema de defensa y el derecho a excepcionar.”<sup>12</sup>*

---

<sup>11</sup> DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalia, Buenos Aires, Pág. 58.

<sup>12</sup> DEVIS ECHANDIA HERNANDO: “Nociones de Derecho procesal civil”, ed. cit., núms. 106-11.

### **1.3. LA PRUEBA JUDICIAL EN EL PERIODO GERMÁNICO.**

Llamado también fase religiosa, observado inicialmente en el Derecho Germano y posteriormente en el derecho Canónico. Dice Chiovenda, que la interrupción del Germanismo determinó profundas modificaciones en el Sistema Romano de la Prueba, debido a que el Derecho Germánico, concibió el proceso inicialmente como un medio de pacificación social.

No se trataba propiamente de dilucidar una contienda: interesaba más dirimirla. La solución del proceso se hizo depender no del convencimiento del Juez, sino por lo regular del resultado de un ritualismo y de solemnidades en las que las pruebas descubren la voluntad de un ente superior imparcial: la divinidad.

De ahí se explica que en el período Germánico los medios de prueba sean pocos, como por ejemplo los juicios de Dios, cuya finalidad era completamente poner de manifiesto la inocencia o culpabilidad.

El sujeto cuya culpabilidad o inocencia se quería demostrar tomaba con la mano un hierro candente, o sumergía el brazo en aceite hirviendo, etc., solo era considerado inocente quien resistiese aquellos suplicios, sin daño.

Los duelos judiciales eran también una especie de prueba, y los torneos, que, aunque impregnados de sentimientos caballerescos servían para probar cuál de los combatientes tenían el derecho de su parte.

Las ordalías, eran también pruebas a las que se sometía, en la edad media, a una de las partes en litigio, generalmente el acusado.

*“El juramento con sacramentos o cojuradores. Esta clase de juramento se llamaba de credulitate, por que la misión de los cojuradores era declarar sobre la honradez del que juraba, este no existió en Roma, donde solamente admitía el juramento probatorio de las partes. Otra modalidad propia del Juramento especialmente en el derecho del Longobardo, fue el juramento de Veritate, en el cual los cojuradores o sacramentarii juraban ser ciertos los hechos que las partes afirmaban.”*<sup>13</sup>

De todas partes entre el juramento Germánico y Romano existían notables diferencias que pueden atribuirse a dos factores: el fuerte sentimiento de los Germanos y las reglas según la cual en la mayoría de los casos la obligación de probar incumbía al demandado, quien para suministrar la prueba debía jurar no ser cierto aquello que el actor le imputaba, por lo cual era declarado absuelto.<sup>14</sup>

#### **1.4. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PRUEBA JUDICIAL EN EL DERECHO CLÁSICO, MODERNO Y CONTEMPORANEO.**

Veamos ahora la evolución que ha tenido el concepto de la prueba a partir del resurgimiento de la cultura jurídica romana, a través del derecho canónico. Nos serviremos en este punto de la obra del autor italiano Alessandro Giuliani, citado ampliamente por el autor colombiano Hernando Devis Echandia en su obra Teoría General de la Prueba Judicial.

---

<sup>13</sup> DURAN, MARLENE CAROLINA: “Consecuencias jurídicas derivadas del principio reversión de la carga de la prueba en los procesos de filiación y pensión alimenticia.”, Universidad ed El Salvador, El Salvador, Paginas 4-5.

<sup>14</sup> PORTILLO JOEL ESAU: Teoría de la prueba . Tesis UES 1974. Pag. 12

### **1.4.1. LA PRUEBA JUDICIAL EN LA EDAD CLÁSICA.**

El movimiento jurídico originado en el resurgimiento del derecho romano trajo, como era natural, un concepto clásico de la prueba, cuyas características esenciales son:

- a) Se considera la prueba como un *argumentum*, es decir, como algo retórico y abstracto.
- b) La actividad probatoria está dominada por la lógica, la ética y la teoría de la formación de las cuestiones (*quaestiones*).
- c) El sistema probatorio se basa en el principio de la carga de la prueba y en la identificación de lo probable con lo éticamente preferible (no sobre la realidad o lo que comúnmente sucede).
- d) Se confunde el hecho con el derecho, desconociendo la autonomía del primero, porque al último no se lo concibe separado de la ratio artificialis y se llega prácticamente a identificar a éste con su prueba
- e) Se limita el campo de la investigación a lo más importante o relevante, en virtud de la llamada teoría de las exclusiones.

Este concepto clásico de la prueba significa un destacable progreso en relación con ese período bárbaro-cristiano que le precede; pero la tendencia a establecer conclusiones dogmáticas abstractas, con fundamentos puramente retóricos (lógicos-éticos) lo mantiene alejado de la realidad, a. pesar de que en un principio la valoración de la prueba es libre sin ser arbitraria, porque se la regula por la lógica del juicio y los conceptos éticos.

De ahí nace la teoría de las presunciones como un razonamiento o juicio, es decir, el resultado de una selección en el sistema de valores. Se les da una importancia desmesurada a las pruebas judiciales, hasta el punto de identificarlas con la ciencia jurídica y de no concebir el derecho subjetivo sin su prueba. Tal es el panorama conceptual en materia de pruebas durante la Edad Media.

A partir del siglo XIII comienza la decadencia de la tradición retórica y aparece el concepto de lo probable sobre bases objetivas, es decir, de acuerdo con lo que comúnmente sucede en la realidad, *id quod plerumque accidit*, y se considera la reconstrucción del hecho como objeto de la investigación, devolviéndole su autonomía.

En el siglo XIV aparece el principio de la investigación oficiosa del derecho por el juez, pero se siguen tratando como cuestiones de hecho muchas que son de derecho. La teoría de las presunciones empieza a sufrir un cambio importante: su fundamento se busca con un criterio objetivo de probabilidad.

Se le da un valor exagerado a la prueba testimonial, por una excesiva credibilidad en la sinceridad de los testigos y la ignorancia de conocimientos psicológicos sobre las causas de frecuentes inexactitudes de buena fe en sus declaraciones. Sin embargo, la teoría *iusnaturalista* sienta los presupuestos de la moderna teoría de la prueba legal, en cuanto prepara la concepción técnica de la prueba.

#### **1.4.2. LA PRUEBA JUDICIAL EN EL LA EDAD MODERNA.**

Del siglo XVI en adelante comienza a perder prestigio la prueba testimonial. Se le da mayor intervención tanto al Estado, con el desarrollo de la prueba documental a través de los funcionarios que intervienen en ésta, como al juez, mediante poderes investigativos, especialmente en lo penal.

*“Más tarde ocurre una gran transformación en el concepto de la prueba judicial en el derecho moderno, gracias al influjo del utilitarismo de Stuart Mill Y sus seguidores, cuyo principal exponente en el terreno jurídico es Jeremías Bentham, quien con su famoso libro Tratado de las pruebas judiciales fija un hito en la evolución del derecho moderno. Bentham introduce en el derecho el concepto moderno de la prueba. La esencia del concepto de la prueba consiste desde entonces en pasar de un hecho conocido a otro desconocido, lo cual le da base científica.*

*Posteriormente el desenvolvimiento de la lógica inductiva en la lógica moderna aclara la conexión entre inducción y probabilidad. Pero Bentham coloca todo el edificio de su sistema sobre una fe absoluta en la razón natural, a la que cree capaz de apreciar el diverso grado de probabilidad que existe en cada prueba; por eso creía en un método objetivo y cuantitativo para valorarla, elaborado sobre un previo cálculo de probabilidades. Esto es, adopta y defiende el sistema de la tarifa legal estricta.*

*Por otro lado, BENTHAM fue partidario de intensificar la prueba documental, concepto que fue acogido en la legislación europea y luego en la americana, con lo cual surgió otra de las características del derecho probatorio moderno. Por tanto, en el derecho moderno el concepto de prueba se basa en la lógica inductiva y en la experiencia, esto es, en la noción de probabilidad objetiva, siguiendo las enseñanzas benthamianas, y la investigación de los hechos aparece como una operación técnica.”<sup>15</sup>*

Como se puede apreciar el derecho probatorio de la edad moderna fue invadido por una atmósfera formalista y técnica, que tuvo su expresión en la tarifa legal. que, cumplió sin duda una misión histórica muy importante.

---

<sup>15</sup> DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Pág. 68-69.

### 1.4.3. LA PRUEBA JUDICIAL EN LA EDAD CONTEMPORANEA.

Con el transcurso del tiempo surgió, por último, una nueva etapa en la evolución del concepto de prueba. El movimiento de liberación y revaluación de la persona humana frente al Estado, que condujo a la Revolución Francesa y que se expandió gracias a ésta por toda Europa.

La Influencia de la Revolución Francesa trajo consigo la reacción contra la tarifa legal y la implantación de la libertad de apreciación de las pruebas por el juez. Se puso en evidencia que el sistema de prueba tasada, *“no sirve para verificar un hecho particular sino un hecho que pertenece y favorece a una clase particular”*<sup>16</sup>; esto demuestra que no es aceptable una lógica oficial, previa y abstracta, para la investigación de los hechos del proceso, que son concretos e históricos.

La libertad de valorar la prueba es una consecuencia lógica de la ciencia empírica del mundo moderno, e implica un concepto técnico de la investigación de la verdad de los hechos, que rechaza la concepción del razonamiento judicial como un puro silogismo, y, por lo tanto, significa una ampliación del campo de investigación del juez, que debe recurrir ya no sólo a la lógica sino a la psicología, a la técnica y a las nuevas ciencias empíricas, para la valoración de la prueba.

*“De lo antedicho surge una ineludible consecuencia, que es otro importante aspecto del panorama contemporáneo de las pruebas judiciales: la necesidad de dotar de facultades inquisitivas al juez civil, laboral, comercial, fiscal, contencioso administrativo y, en general, en todos los procesos. La investigación del juez se compara y asimila, en el*

---

<sup>16</sup> Ob Cit. Pag. 70.

*derecho contemporáneo, a la del historiador, y se reclama para el proceso “una lógica de la razón práctica”, ayudada por la sicología y las ciencias modernas”.*<sup>17</sup>

## **2. CONCEPCIONES GENERALES DE LA PRUEBA JUDICIAL.**

### **2.1. CONCEPTO.**

Cuando nos referimos a la “prueba” dentro de un proceso civil la misma se encuentra dotada de diferentes acepciones, las cuales dentro de los códigos procesales poseerán un significado distinto de acuerdo al contexto en el que haya sido utilizada. Debido a ello es necesario realizar un breve análisis etimológico con el objetivo de no generar confusión en la comprensión del tema principal.

En primer lugar, podemos encontrar que los códigos procesales utilizan la palabra prueba para referirse a la etapa procesal en la cual se ofrecen y producen los medios elegidos para demostrar los hechos afirmados por los litigantes en términos académicos podemos definirlo como *“la serie de actos llevados a cabo a los efectos de evidenciar la veracidad o falsedad de los dichos expresados por cada uno de los litigantes, en ocasiones de deducir sus respectivas pretensiones”*.<sup>18</sup>

A su vez, los codificadores utilizaron la misma palabra para referirse a los medios probatorios en su detalle e individualización, la cual en mi opinión es la calificación que menos se acerca al concepto de la palabra “prueba” en su universalidad.

---

<sup>17</sup> DEVIS ECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Pág. 71.

<sup>18</sup> VALETTA MARIA LAURA, Diccionario Jurídico. Valetta Ediciones. Buenos Aires. 1999.

La acepción más acertada de ‘prueba’ y la que se tendrá en cuenta para este trabajo es aquella tomada en su sentido estrictamente procesal en la cual la prueba es, en consecuencia, un medio de contralor judicial de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Es decir, las partes son las que presentan al juez los diferentes medios probatorios para lograr su convencimiento de la veracidad de los hechos constitutivos de Litis.

Según el autor Hernando Devis Echandía, desde un punto de vista procesal es ineludible reconocer tres aspectos de la noción de prueba: el de vehículo, medio o instrumento; el de contenido esencial o esencia de la prueba (razones o motivos que en esos medios se encuentran en favor de la existencia o inexistencia de los hechos), y el de resultado o efecto obtenido en la mente del juez (el convencimiento de que existen o no esos hechos). Una definición general de la prueba debe, pues, comprender esos tres aspectos de la noción.

*“Utilizando ahora estas ideas, podemos formular las siguientes definiciones, desde un punto de vista rigurosamente procesal:*

- a) Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que produzcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos.*
- b) Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos.*
- c) Y prueba (en el sentido general de que existe prueba suficiente en el proceso) es el conjunto de razones o motivos que producen el convencimiento o la certeza del*

*juez respecto de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza.”<sup>19</sup>*

## **2.2. EL DERECHO SUBJETIVO DE PROBAR.**

Así como existe un derecho subjetivo de acción para iniciar el proceso y obtener en él una sentencia, lo mismo que un derecho de recurrir que prolonga los efectos de aquél, puede afirmarse que existe un derecho subjetivo de probar, en el proceso, los hechos de los cuales se intenta deducir la pretensión formulada o la excepción propuesta.

Basta recordar la importancia extraordinaria que la prueba tiene no sólo en el proceso, sino en el campo general del derecho, para comprender que se trata de un indispensable complemento de los derechos materiales consagrados en la ley y del derecho de defensa.

El derecho de probar no tiene por objeto convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, es decir, no es un derecho a que el juez se dé por convencido en presencia de ciertos medios de prueba, sino a que acepte y practique los pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión

Muchos autores aceptan la existencia de este derecho subjetivo procesal:

Rocco reconoce que *“de las normas procesales que regulan el instituto de la prueba se deducen, sin duda, derechos subjetivos y obligaciones de las partes”*, y habla del *“derecho de la parte sobre el material instructorio, reconocido por todos los autores, en el cual la voluntad de la parte es decisiva en relación a la actuación de la obligación del juez de tramitar la prueba”<sup>20</sup>*. El juez no es libre de rechazar la petición de prueba; su

---

<sup>19</sup> DEVIS HECHANDIA, HERNANDO: “Teoría General de la Prueba Judicial”, Tomo I, Editor Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, Pág. 34.

<sup>20</sup> ROCCO: Tratado de Derecho Procesal Civil, Torillo, Utet, 1957, t. II, página 181

voluntad está sometida a la de la parte, puesto que tiene obligación de dar curso a la prueba pedida, siempre que la forma procesal admita la posibilidad de su práctica.

Guasp dice en el mismo sentido: *“Las partes tienen, evidentemente, un derecho a probar: por su condición jurídica de partes se les atribuye la facultad o serie de facultades correspondientes.”*<sup>21</sup>

Planiol y Ripert opinan lo mismo: *“En principio, el litigante tiene siempre el derecho de probar lo que alegue en su favor: sea un hecho puro o simple o un acto jurídico”*<sup>22</sup>; más adelante observa que a veces la ley prohíbe toda prueba, cuando la revelación del hecho constituiría un escándalo demasiado perjudicial a la moral pública, y entonces se presenta *“una supresión excepcional del derecho de probar.”*

Luis Alzate Noreña habla de derecho de aducir la prueba y de derecho a la contraprueba; pero en realidad es el mismo derecho que corresponde a todas las partes, y el mismo autor lo reconoce en otro lugar, al decir que *“cuando se habla de la prueba hay que entender que ella envuelve la contraprueba”*.<sup>23</sup>

El derecho subjetivo concreto de probar se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, lo mismo que por ciertas prohibiciones de investigar determinados hechos, basadas en motivos de interés público, y su ejercicio se reglamenta por la ley, de acuerdo con las formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria que para cada clase de proceso y en cada país se consagran. No se trata de un derecho a llevar toda clase de pruebas, para establecer hechos de cualquier naturaleza, conforme al capricho de las partes, porque en la vida jurídica no puede existir un derecho de alcance y contenido ilimitados, y mucho menos cuando su ejercicio se

---

<sup>21</sup> GUASP: Derecho procesal civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, pág. 115

<sup>22</sup> PLANIOL y RIPERT: Tratado teórico práctico de derecho civil, La Habana., Edit. Cultural, t. VIT, pág. 754.

<sup>23</sup> ALZATE NOREÑA: Pruebas Judiciales, Bogotá., Librería. Siglo XX, 1994, Pag. 86.

vincula al de una actividad del Estado tan fundamental como la de administrar justicia, que requiere orden y armonía de sus diversas fases. Por eso varios de los principios fundamentales del derecho probatorio contemplan la oportunidad, la preclusión, la contradicción, la lealtad y probidad, la formalidad y el interés público de la función de la prueba

## **2.3. OBJETO DE LA PRUEBA JUDICIAL.**

La cuestión principal a tratar cuando hablamos de objeto de la prueba es buscar una respuesta para la pregunta: ¿qué se prueba?, ¿qué cosas deben ser probadas?. Para lo cual podemos categorizar al objeto de prueba en dos grandes grupos: las cuestiones de hecho y las cuestiones de derecho (parecería que los primeros sí deben probarse mientras que los siguientes no).

### **2.3.1. LA PRUEBA DEL DERECHO.**

Debido a la máxima *iura novit curia* el derecho no debería probarse. Aun así nos encontramos con las siguientes excepciones a la máxima de *iura novit curia*, las que tal como lo señala Couture<sup>24</sup> son objeto de solución especial:

- a) Una primera excepción sería la prueba de la existencia o inexistencia de la ley. Es decir, en caso de duda sobre la existencia de la ley aplicable, será la parte interesada la que deberá determinar que la misma es real.
- b) Como segunda excepción nos encontramos con aquellos casos en los cuales la costumbre es fuente del derecho. En estos casos si la costumbre fuere controvertida

---

<sup>24</sup> COUTURE EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Aniceto Lopez Editor. Buenos Aires. 1942.

o discutida habría de ser objeto de prueba. Pero también debe tenerse presente que, en ausencia de prueba suministrada por las partes, el juez puede hacer la investigación de la costumbre por sus propios medios. La parte que apoya su derecho en la costumbre será necesariamente diligente en producir la prueba de la misma.

- c) Como otra excepción tenemos el derecho extranjero. La doctrina y la jurisprudencia determinó que la naturaleza jurídica del derecho extranjero es un hecho notorio siendo necesario ser probada su aplicación por las partes.

### **2.3.2. LA PRUEBA DEL HECHO.**

Para las cuestiones de hecho también existe excepciones sobre cuáles deben probarse. Tanto la mayoría de la legislación procesal establece básicamente que la causa se abrirá a prueba en caso que hubiere hechos controvertidos u de demostración necesaria (pudiendo coexistir o presentarse individualmente).

Habrá un hecho controvertido en caso que el demandado haya negado la existencia de los hechos afirmados por el actor en la demanda, por lo que deberá abrirse la causa a prueba a fin de que las partes puedan aportar los medios de confirmación de sus afirmaciones para llevar el ánimo del juez al convencimiento que necesita para dictar sentencia.

El principio de que los hechos controvertidos son objeto de prueba, exige nuevas aclaraciones, porque determinados hechos controvertidos no necesitan ser probados.

#### **2.3.2.1. HECHOS ADMITIDOS.**

La doctrina llama **admisión**, a la circunstancia de no impugnar las proposiciones del adversario, como así también a la actitud de asentimiento expreso (*equiparable a una confesión espontánea*) que hace el demandado sobre los hechos controvertidos y que sirven de sustento a la pretensión del actor. Es decir, que los hechos admitidos quedan fuera del contradictorio y, como consecuencia natural, fuera de la prueba. Es inútil, decía el precepto justiniano, probar los hechos no relevantes: “*frustra probatur quod probatum non relevat*”.

Al concluir que los hechos no impugnados o asentidos expresamente se tienen por admitidos, se llega no sólo a la solución aconsejada por la lógica de las cosas, sino a la que aconseja un bien entendido principio de ahorro de esfuerzos innecesarios. Imponer la prueba de todos los hechos, aun de los aceptados tácitamente o expresamente por el adversario, representaría exigir un inútil dispendio de energías contrario a los fines del proceso.

La admisión del hecho produce el doble efecto procesal de obligar al juez a tenerlo en cuenta y a considerarlo suficientemente probado (a menos que la ley exija otro medio especial, o que la parte que lo admita carezca de facultad para confesar).

Se exceptúa el caso de ser hechos contrarios a la notoriedad o a máximas de experiencia común. Esto lo confirma Michelli<sup>25</sup> cuando dice: “*Si el hecho notorio está, pues, en contraste con el hecho principal de la causa, concordemente admitido por las partes, considero que debe predominar el primero sobre el segundo.*”

### **2.3.2.2. HECHOS PRESUMIDOS POR LA LEY.**

---

<sup>25</sup> MICHELI: La carga de la prueba, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17, pág. 116. 63

Como primera excepción nos encontramos con **los hechos presumidos por la ley**. En esta categoría se encuentran aquellos hechos sobre los cuales recae una presunción legal, por ejemplo: “*Se presume que quien contrata lo hace para sí y para sus herederos y causahabientes*” (Art. 524 Código Civil Boliviano); Tal como se expresa el Código Civil Boliviano: “*Presunción legal es la que una ley atribuye a ciertos actos o a ciertos hechos*”. No debemos confundir presunción legal con el mal llamado medio de prueba “presunciones”, las segundas son aquellas construcciones judiciales que sirven al juez momento de expedirse en su sentencia por lo que se génesis es a posteriori del acontecimiento del hecho en cuestión.

### **2.3.2.3. HECHOS EVIDENTES.**

Como segunda excepción al objeto de prueba nos encontramos con los **hechos evidentes**, siendo estos los hechos conocidos por todos, cuya característica no es dudosa pero que se puede de alguna manera demostrar. Esta valoración surge de la experiencia y de la naturaleza de las cosas, por ejemplo, no será necesario probar que un automóvil que corría a 140 km/h no pudo haber sido detenido por su propia acción mecánica en una distancia de tres metros.

Aun así los hechos tenidos por evidentes caen ante nuevos hechos o nuevas experiencias que los desmienten o contradicen, explicación para la cual voy a recurrir al ejemplo brindado por el maestro Couture: “*Habría hecho innecesaria para un juez romano, la prueba de que una misma persona pudo haber estado presente el mismo día en Atenas y en Roma; hoy habría que admitir una cosa distinta porque es totalmente factible que pueda suceder*”. Tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan que en ausencia de prueba, los hechos deben suponerse conformes a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup>LESSONA, CARLOS: Teoría general de la prueba en derecho civil, Editorial Reus. Madrid. 1923.

#### **2.3.2.4. HECHOS NOTORIOS.**

Quedan también fuera del objeto de la prueba los hechos notorios, los cuales deben entenderse, en general, como aquellos que por el conocimiento humano se consideran ciertos e indiscutibles, ya sea que pertenezcan a la historia, a la ciencia, a la naturaleza, a las vicisitudes de la vida pública actual o a circunstancias comúnmente conocidas en un determinado lugar, de modo que toda persona de ese medio esté en condiciones de saberlo; y desde el punto de vista jurídico, hecho notorio es cualquier acontecimiento de dominio público conocido por todos o casi todos los miembros de un círculo social en el momento en que va a pronunciarse la decisión judicial, respecto del cual no hay duda ni discusión; de manera que al ser notorio la ley exime de su prueba por ser del conocimiento público en el medio social donde ocurrió o donde se tramita el procedimiento. Aunque no debe confundirse el concepto de notoriedad como concepto de generalidad debido a que como fue explicado ut supra un hecho puede ser notorio sin ser conocido por todo el mundo.

#### **2.4. FINALIDAD DE LA PRUEBA JUDICIAL.**

Este punto tiene el objeto de determinar y responder de forma precisa ¿Para qué se prueba en el proceso?, ¿Qué se persigue al llevarle al juez la prueba? Es preciso que la prueba en sentido general (y *por qué no decir extraprocesal*) cumple diversas finalidades, acorde a la generalidad de hechos y actos que tiene afección dentro del derecho y la sociedad, tales como dar seguridad a las situaciones jurídicas y más comercialidad a los derechos reales y personales enajenables, lo mismo que prevenir y aun evitar los litigios. Estos pueden ser los fines extraprocesales de la prueba. Pero desde el punto de vista de la prueba judicial, de su función procesal, ella tiene un fin definido, cuya fundamental importancia quedó precisada al tratar en general de la utilidad de la prueba en la “idea del derecho”.

## **2.4.1. TEORIAS SOBRE LA FINALIDAD DE LA PRUEBA**

Brevemente señalaremos que existen dos teorías bajo las cuales se ha reputado la finalidad de la prueba a tres diversos factores procesales: a) la que considera como fin de la prueba judicial el establecer la verdad; b) la que estima que con ella se busca producir el convencimiento del juez o llevarle la certeza necesaria para su decisión.

### **2.4.1.1. LA QUE CONSIDERA COMO FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL EL ESTABLECER LA VERDAD.**

Esta posición es defendida entre otros autores por Jeremías Bentham, Ricci, Bonnier y Clari Olmedo.

Las ideas de Bentham sobre este postulado se expresan con el siguiente pensamiento: *“Sin embargo, no se debe entender por tal sino un medio que se utiliza para establecer la verdad de un hecho, medio que puede ser bueno o malo, completo o incompleto.”*<sup>27</sup>.

Por su parte Ricci, asumiendo una postura similar y acotando un poco más sobre su exposición de motivos señala que probar: *“vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido y ha existido de un determinado modo, y no de otro”*, y que la prueba *“no es un fin por sí misma, sino un medio dirigido a la consecución de un fin, que consiste en el descubrimiento de la verdad”*.<sup>28</sup>.

E. BONNIER acepta esta teoría, cuando dice: *“Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestra idea y los hechos del orden físico o del orden moral que*

---

<sup>27</sup> BENTHAM, JEREMIAS; Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959, Tomo I, cap. VI, pág. 30.

<sup>28</sup> RICCI: Tratado de las pruebas, Madrid, Edit. La España Moderna, Tomo I, núm. 1, pág. 11, Y núm. 5, pág. 18.

*deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad.*"<sup>29</sup>

**2.4.1.2. TEORÍA QUE RECONOCE COMO FIN DE LA PRUEBA JUDICIAL, EL OBTENER EL CONVENCIMIENTO O LA CERTEZA SUBJETIVA DEL JUEZ.**

Los autores que sostienen esta segunda teoría parten de la base de que la verdad es una noción ontológica, objetiva, que corresponde al ser mismo de la cosa o hecho y que, por lo tanto, exige la identidad de éste con la idea o el conocimiento que de él se tiene, lo cual puede ocurrir algunas veces, pero no siempre, a pesar de que el juez considere que existe prueba suficiente. De esto deducen que el fin de la prueba es producir en el juez la certeza o el convencimiento sobre los hechos a que ella se refiere, certeza que bien puede no corresponder a la realidad, es decir, que equivale a la creencia subjetiva de que existen o no existen.

---

<sup>29</sup> BONNIER: De las pruebas en el derecho civil y penal, Madrid, Edit. Reus, 1913.1914, Tomo I, núm. 1, págs. 8-9.

## **CAPITULO II**

# ***“LA CARGA PROCESAL EN GENERAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR: CONCEPCIONES HISTÓRICAS Y TEÓRICAS”***

*“La sociedad de cómodo resuelve la cuestión, mientras que la doctrina conceptualiza y rechaza semánticamente la solución directa”*

Efraín Hugo Richard

### **1. LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS.**

Dentro de la categoría general de los “imperativos jurídicos” se encuentran los deberes, las obligaciones y las cargas procesales<sup>30</sup>

El establecimiento de imperativos jurídicos en el marco del proceso constituye una decisión de política procesal que -como tal- se ve influenciada por la concepción filosófica política imperante al momento de tomar la decisión respectiva. En virtud de lo anterior, debido a la influencia del liberalismo en los Códigos Procesales del Siglo XX, no es de extrañar que la categoría jurídica de las cargas (*y no la de los deberes ni las obligaciones procesales*) sea la predominante actualmente.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, pagina 209.

<sup>31</sup> MONTERO AROCA, JUAN, La prueba en el proceso civil, Arazandi, Navarra, 2005, p.109 y OCHOA MONZÓ, VIRTUDES, Las obligaciones procesales. Especial referencia a la localización de bienes, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1995, p. 31.

En términos generales, los imperativos jurídicos en el proceso judicial conforman un sistema de estímulos y contra estímulos de los actos procesales.

Mediante la instauración de cargas procesales, *“la ley insta a la parte a realizar actos bajo la conminación de seguir adelante en caso de omisión<sup>32</sup>”*. En este sentido, se estimula el impulso del proceso, esto es, que el juicio avance. Por su parte, mediante la instauración de deberes y obligaciones procesales, la ley, bajo sanción, insta a la parte a actuar, o no, de determinada manera. En este otro sentido, se vela por la dimensión cualitativa del impulso procesal, vale decir, el interés ya no radica únicamente en que el juicio avance, sino más bien, que lo haga, pero de una manera determinada, mediante la estimulación a actuar y, a su vez, la disuasión a no hacerlo.

Aun cuando los deberes, obligaciones y cargas procesales son nociones distintas, que a su vez implican consecuencias disimiles, es usual hacer referencia, tanto en el lenguaje cotidiano como en el estrictamente jurídico, a dichos imperativos indistintamente.

Según Couture, *“son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad”*.<sup>33</sup>

Por su parte, las obligaciones no son sino una especie de deberes jurídicos. Más precisamente, *“las obligaciones procesales pueden ser definidas como las prestaciones de dar, hacer o no hacer impuestas a las partes o a terceros dentro del proceso”*.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, páginas 213 y 214.

<sup>33</sup> COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, página 209.

<sup>34</sup> OCHOA MONZÓ, VIRTUDES, Las obligaciones procesales. Especial referencia a la localización de bienes, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1995, p. 31.

Finalmente, la carga procesal puede ser definida, según **GOLDSCHMIDT**, como “*imperativo del propio interés*”, consistente en la realización de un acto procesal para prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable.<sup>35</sup>

## **1.1. DIFERENCIACIÓN DE LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS.**

### **1.1.1. DISTINCIÓN ENTRE DEBERES Y OBLIGACIONES, POR UN LADO, Y CARGAS, POR EL OTRO.**

Según, Hernando Devis Echandía, aun cuando el establecer la verdadera diferencia entre los imperativos jurídicos no es una tarea sencilla, (*considerando que, pese a ser categorías conceptuales distintas, existen analogías entre las situaciones jurídicas creadas por ellas*) es posible distinguir dichas nociones en base a los siguientes criterios<sup>36</sup>:

- a) **Carácter de la relación.** La obligación y el deber son relaciones jurídicas pasivas; en cambio, la carga es una relación jurídica activa.
- b) **Existencia o inexistencia de vínculo jurídico.** En la obligación o el deber hay un vínculo jurídico entre el sujeto pasivo y otra persona o el Estado, respectivamente; el cual no existe en la carga.
- c) **Carácter de las conductas objeto de ellas.** Tanto las obligaciones como los deberes pueden tener por objeto conductas en general, es decir, tanto acciones

---

<sup>35</sup> GOLDSCHMIDT, JAMES: Teoría general del proceso, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 82.

<sup>36</sup> 8 DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Sexta edición, Zavalía, Buenos Aires, 1988, p. 395.

como omisiones; en cambio, la carga siempre se refiere a la ejecución de actos y no a la prohibición de ejecutarlos.

- d) **Incumplimiento o inobservancia.** El incumplimiento de la obligación o el deber es un ilícito que ocasiona sanción, mientras que la inobservancia de la carga es lícita, por tanto, no acarrea ninguna sanción (económica o jurídica).
- e) **Cumplimiento compulsivo.** En la obligación o el deber existe un derecho (privado o público, respectivamente) de otra persona a exigir su cumplimiento; en cambio, respecto de las cargas nadie tiene un derecho correlativo a exigir su cumplimiento.
- f) **Libertad.** En la obligación o el deber se limita la libertad del sujeto pasivo, mientras en que la carga conserva completa libertad de ordenar su conducta, no obstante que su inobservancia puede acarrearle, igualmente, consecuencias desfavorables.

### **1.1.2. DISTINCIÓN ENTRE LOS TRES IMPERATIVOS JURÍDICOS.**

- a) **Interés en virtud del cual se establecen.** Los deberes son instituidos en interés de la comunidad; las obligaciones, en interés de un acreedor; y las cargas en razón de nuestro propio interés.<sup>37</sup>
- b) **Destinatarios o sujetos llamados a cumplir con los imperativos conductuales.** Las cargas y obligaciones competen exclusivamente a las partes. En tanto, el juez sólo adquiere deberes. De esta forma, es posible señalar que son destinatarios de

---

<sup>37</sup> COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 209.

deberes: en primer lugar, las partes; en segundo lugar, el juez- no solo en calidad de destinatario, sino también fiscalizando el cumplimiento de los mismos-; y finalmente, los terceros.<sup>38</sup>

- c) **En cuanto al contenido.** Los deberes comportan un contenido axiológico que no está presente en las cargas y obligaciones.

Para efectos de comprender de mejor manera lo desarrollado anteriormente, es menester señalar – y sin ánimo de exhaustividad - algunos imperativos jurídicos en particular.

Dentro de los deberes procesales, previo a su enunciación, es necesario distinguir según quienes son sus destinatarios.

En relación a las partes se visualiza, principalmente, el deber de litigar de buena fe (*Art. 3-II del Código Procesal Civil Boliviano*); a partir del cual, según se ha entendido por parte de la dogmática procesal civil, se desprenden diversos deberes. Así, por ejemplo, el deber de veracidad, el deber de coherencia (también conocida como doctrina de los actos propios), el deber de completitud. (*Art. 62 Código procesal Civil Boliviano*)

En relación al juez, en representación del estado y la jurisdicción que por el ejerce, encontramos el deber de dictar resoluciones dentro de los plazos que la ley determina, disponer las medidas necesarias que aseguren la igualdad de las partes dentro del proceso, (*art. 25 del Código Procesal Civil Boliviano*) deber de observancia de buena conducta moral, deber de cumplir las diversas funciones que las leyes le asignan y el deber de fundamentar las decisiones judiciales<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> CARRETTA, FRANCESCO, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXI-N°1, Julio 2008, pp. 107-115.

<sup>39</sup> GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 1, 2006, pp. 100-105

Respecto a los terceros, el “*deber de declarar como testigo, de actuar como perito luego de haber aceptado el encargo, o de servir como árbitro, también luego de haber aceptado el cometido*”<sup>40</sup>.

Por su parte, en lo referente a las obligaciones, aun cuando su existencia en el ámbito procesal es discutida, es posible advertir dentro de dicha categoría la condenación en costas.

Finalmente, dentro de las cargas procesales se han reconocido, entre otras, las siguientes: la carga de comparecer al proceso y contestar la demanda (*art. 119 Código Procesal Civil Boliviano*), la carga de la alegación o afirmación<sup>41</sup>, la carga de asistencia al tribunal o juzgado (*art. 119 Código Procesal Civil Boliviano*) y **la carga de la prueba** (*art. 136 Código Procesal Civil Boliviano*)

## **2. LA CARGA PROCESAL EN GENERAL.**

### **2.1. ORIGEN DE LA NOCIÓN DE CARGA PROCESAL.**

La noción de carga es un concepto introducido por Goldschmidt. (1961), al terciar en la polémica suscitada por los juristas alemanes de mediados del siglo XIX y otros muchos, también en Italia, en torno a la naturaleza jurídica del proceso, a “su ser como instituto del derecho”.

---

<sup>40</sup> COUTURE, EDUARDO, ob. cit., p. 210.

<sup>41</sup> CARRETTA, FRANCESCO, ob. cit., p. 106.

Y es que hasta mediados del siglo XIX había predominado en los ámbitos jurídicos, la *teoría contractualista del proceso*. La misma fue propulsada por autores de la talla de Pothier, Demolombe, Aubry y Colmet de Santerre.

Dicha teoría preconiza que la prestación de la actividad judicial surge de un previo acuerdo entre las partes, tendiente a someter al juez la solución de sus diferencias; que, en consecuencia, la relación que liga al actor y al demandado es de orden contractual y que éstos se encuentran vinculados con el mismo lazo que une a los contratantes

Son muchas las críticas y objeciones que se pueden oponer a esta idea del proceso como contrato. Entre ellas, como lo apunta Palacio (2004), que el contrato requiere para su formación del consentimiento de ambas partes, mientras que el proceso puede constituirse, desarrollarse y extinguirse contra la voluntad del demandado e incluso sin su presencia, es decir, en rebeldía.<sup>42</sup>

Además, como bien lo advertía Couture (1981), si se aceptara esta concepción privatista del proceso, que deriva de ciertos conceptos tomados del derecho romano y principalmente del contrato judicial de la *litiscontestatio*<sup>43</sup>, entonces habría necesariamente que admitirse, que ante el silencio de la ley adjetiva, al proceso tendrían

---

<sup>42</sup> PALACIO, LINO ENRIQUE: Manual de Derecho Procesal Civil, 17ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, Pagina 55.

<sup>43</sup> Enseña Palacio que "la teoría contractualista se inspira fundamentalmente en las modalidades y efectos de que se hallaba revestida la *litiscontestatio* en el derecho romano. Tanto durante el período de las *legis actione* como en la época del procedimiento formulario, la *litiscontestatio* constituía la actuación procesal en cuya virtud quedaba cerrado el procedimiento *in jure ante* el magistrado, se determinaba el contenido y alcance del litigio y se lo sometía al *iudex*. Se trataba de un contrato formal entre las partes, cuyo efecto más importante era el de novar el derecho invocado por el actor en un nuevo derecho, consistente en la obtención de una sentencia dentro del ámbito asignado a la cuestión litigiosa. De allí que la *litiscontestatio* consumiese la acción, impidiendo que ella fuese renovada en otro proceso. Durante la época del procedimiento extraordinario la *litiscontestatio* perdió sus efectos más relevantes y, particularmente, su sentido contractual, pues la sujeción de las partes al *imperium* del magistrado durante todo el desarrollo del proceso tornó superfluo cualquier acuerdo de voluntades tendientes a ese fin

que aplicársele las disposiciones y normas de derecho civil que regulan la materia contractual.<sup>44</sup>

Desafortunadamente esta teoría contractualista, que empañaba la verdadera estructura y función del proceso, atravesó incólume la edad media y no fue sino a partir de las investigaciones emprendidas por la escuela pandectista alemana de mediados del siglo XIX que comienza su superación. El revulsivo lo fue, qué duda cabe, *la teoría que concibe al proceso como una relación jurídica*, desenvuelta especialmente por Oscar Bulow y después por Kohler y Chiovenda en Italia.

Este último, Chiovenda (1986), siguiendo el pensamiento de Bulow y los demás juristas alemanes seguidores de su teoría, concebía el proceso como una relación jurídica de derecho público (porque deriva de normas que regulan el ejercicio de una potestad pública), autónoma (porque nace y se desarrolla con independencia de la relación de derecho material) y compleja (porque comprende un conjunto indefinido de derechos, que sin embargo persiguen un mismo fin: la actuación de la voluntad de la Ley mediante la emisión de un fallo judicial con carácter de definitivo).

Tal relación jurídica procesal —explicaba el maestro italiano- se desarrollaba en forma gradual y tenía lugar entre las partes y el juez. El esqueleto de la misma estaba constituido por la obligación del juez de producir el fallo, por el derecho de las partes a obtenerlo y por el deber de éstas de acatarlo.

Como acertadamente lo apunta Cuenca (2000), esta idea del proceso como una relación jurídica fue objeto de críticas persistentes, aun cuando tuvo la virtud de desalojar las viejas concepciones contractualistas que, como ya se dijo, empañaban la verdadera estructura y

---

<sup>44</sup> COUTURE EDUARDO, Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Aniceto Lopez Editor. Buenos Aires. 1942, Pagina 125.

función del proceso<sup>45</sup>. De tales críticas surgió *la doctrina del proceso como situación jurídica*, entre cuyos elementos centrales se encuentra el concepto de carga.

El autor de la teoría, James Goldschmidt, sostenía que el proceso no era precisamente un vínculo jurídico generador de derechos y obligaciones para las partes y el juez. Esto lo justificaba con base en los siguientes dos argumentos:

- a) Que el juez dirigía el proceso y dictaba la sentencia no ya en razón de un supuesto ligamen o vínculo que lo unía a las partes, sino porque era para él un deber funcional de carácter administrativo y político. Es tal —sostenía Goldschmidt— que en caso de incumplimiento de su deber de administrar justicia, se generaban en cabeza del juez responsabilidades civiles o penales, que debían hacerse efectivas al margen o fuera del proceso.
- b) Que las partes no estaban ni ligadas entre sí, ni obligadas a atacar y/o defenderse dentro del proceso, sino que lo hacían de modo facultativo, atendiendo al riesgo que para ellas representaba abstenerse o no hacerlo.

En suma, para Goldschmidt el proceso no era una relación jurídica, creadora de derechos y obligaciones entre los sujetos procesales, sino una *situación jurídica*, entendida tal situación como el estado de incertidumbre en que se encuentran las partes ante el futuro fallo.

Y a lo anterior agregaba el eminente jurista alemán, para completar su teoría, que ese estado de incertidumbre generaba en las partes una serie de expectativas acerca de las posibilidades que tenían de obtener una sentencia favorable a sus intereses o perspectivas de una sentencia desfavorable; posibilidades que aumentarían o disminuirían en la medida

---

<sup>45</sup> CUENCA, H.: Derecho Procesal Civil, 8º Edición, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Pagina 233.

en que cumplieran con sus cargas procesales o las descuidasen. El reputado autor argentino Isidoro Eisner, (1994), lo sintetiza de la siguiente manera:

*“Toda la doctrina de la carga procesal —tal como la enseñara James Goldshmidt- nos habla del dinamismo de la situación procesal en virtud del cual cada uno de los litigantes se halla sujeto a estados de expectativa, de riesgo y chances según su comportamiento activo y diligente que lo aproxima o aleja en cada instante de una sentencia favorable, según cumpla y se libere de esa carga aumentan sus posibilidades.”<sup>46</sup>*

Así las cosas, conforme a la teoría analizada, el proceso engendra nuevas categorías jurídicas de carácter netamente procesal, aunque paralelas a las del derecho material. Esas categorías son los derechos y las cargas procesales. Al respecto explica Palacio que:

*“Son derechos procesales: a) la expectativa de una ventaja procesal, y, en último término, de una sentencia favorable; b) la dispensa de una carga procesal (por ejemplo, la admisión de los hechos por parte del demandado releva al actor de la carga de la prueba); y c) la posibilidad de llegar a aquella situación mediante la realización de un acto procesal. La carga procesal, a su turno, constituye la necesidad de una determinada actuación para prevenir un perjuicio procesal y, en último término, una sentencia desfavorable. A diferencia de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos en el interés de un tercero o de la comunidad, las cargas son imperativos del propio interés.”<sup>47</sup>*

De este modo aparece por primera vez la noción de carga procesal, eje central de la tesis de Goldschmidt y concebida desde sus inicios como un imperativo del propio interés, frente a la cual no hay un derecho del adversario o del Estado.

---

<sup>46</sup> EISNER, ISIDORO: Desplazamiento de la Carga de la Prueba, En: L.L. 1994 – C- 846/849, Pagina 847.

<sup>47</sup> PALACIO, LINO ENRIQUE: Manual de Derecho Procesal Civil, 17° Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, Paginas 58-59.

## 2.2. CARACTERÍSTICAS.

Desde sus orígenes el término carga procesal estuvo vinculado, estrictamente, a la actividad probatoria.

El nacimiento de la carga como categoría procesal autónoma se debe, fundamentalmente, a la teoría de la situación procesal de James Goldschmidt, respecto a la naturaleza jurídica del proceso; la cual surgió (*como se había señalado en un punto anterior*) respuesta a la teoría de la relación jurídica, cuya autoría es de Oscar Von Bulow.

Actualmente, la noción de carga procesal ha trascendido del ámbito estrictamente probatorio y, en consecuencia, ha llegado a constituir un elemento transversal al derecho procesal en general; incluso más, su relevancia conceptual como mecanismo explicativo de diversas normas jurídicas condujo a extender su aplicación al ámbito del Derecho Privado, como también a las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

A través de la historia no ha existido homogeneidad en torno a la conceptualización de la carga procesal; divergencia que se explica, principalmente, por las distintas teorías que se han formulado sobre la naturaleza jurídica de dicho imperativo. Así, es posible afirmar, al respecto, que existen tantos conceptos como teorías existen sobre el particular.

Para efectos de entender la carga procesal, con sus particularidades que la dotan de autonomía y la diferencia de las obligaciones y deberes procesales, previo a la enunciación de un concepto, es ineludible mencionar sus características esenciales. En este sentido, se han destacado las siguientes por la jurista Mercedes Fernández:<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, La carga de la prueba en la práctica judicial civil, LA LEY, 2006, Madrid, pp. 47 - 56.

- a) **Su ejercicio es facultativo.** Ésta característica subraya el sustrato de la carga procesal: la libertad del sujeto a ella. En este sentido, las cargas procesales son poderes de ejercicio voluntario y renuncia opcional; lo cual, no sólo se explicita por la libertad inherente a las cargas, sino también por su finalidad (tutela de un interés jurídico propio).
- b) **Tiene carácter instrumental.** La carga es un medio, consistente en la realización de un acto procesal a través del cual se pretende alcanzar una ventaja o beneficio procesal, para alcanzar un fin.
- c) **Su finalidad es la tutela de un interés jurídico propio.**
- d) **El no ejercicio de la carga impide o dificulta la obtención de una ventaja procesal.** A contrario sensu, el ejercicio de la carga, en la forma que corresponde, conlleva la obtención de una ventaja o beneficio procesal.

### 2.3. CONCEPTO.

En términos de Hernando Devis Echandía, la carga procesal es un:

*“Poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables”.*<sup>49</sup>

---

<sup>49</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., p. 421.

Para efectos de determinar las consecuencias del no ejercicio de una carga es preciso distinguir, como lo propusiera GOLDSCHMIDT, entre *cargas procesales perfectas* y *menos perfectas*.

En términos del referido autor, estamos frente a las primeras “*cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se realicen con necesidad*”<sup>50</sup>. Un ejemplo de esta clase es la carga de presentar la demanda, pues, si el legitimado activo no interpone por sí, o mediante alguien en su representación, el escrito de demanda, nadie más lo hará, con lo cual deviene el perjuicio de su rebeldía necesariamente.

En cambio, estamos frente a las segundas (cargas procesales menos perfectas) “*cuando los perjuicios que son las consecuencias de la rebeldía, se producen sólo arbitrio iudicis*”<sup>51</sup>. Un ejemplo de esta segunda clase es la carga de la prueba, ya que la falta o insuficiencia de medios de prueba no conlleva, necesariamente, un perjuicio para aquél litigante que tenía la carga de probar un hecho y no lo hizo. Lo anterior, debido a que el juez podría asumir cierta actividad probatoria para la acreditación de los hechos. O por otro lado bajo el principio de comunidad de la prueba, encontrar convicción suficiente en forma desfavorable al actor, supliendo dicho aspecto la falta de diligencia del demandado.

### **3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR.**

#### **3.1. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

##### **3.1.1. PERÍODO ROMANO.**

---

<sup>50</sup> GOLDSCHMIDT, JAMES, Teoría general del proceso, Editorial Labor, Barcelona, 1936, Pagina 99.

<sup>51</sup> GOLDSCHMIDT, JAMES, Teoría general del proceso, Editorial Labor, Barcelona, 1936, Pagina 100.

Iniciamos nuestro recorrido histórico mencionando que en el más antiguo Derecho romano de que se tiene conocimiento, nos encontramos con el poco lógico principio jurídico de que la afirmación en juicio por parte del actor, pone sin más al agredido o demandado ante la obligatoriedad de exculparse o demostrar lo contrario a lo argumentado por el actor, caracterizando esos elementales principios de que hoy conocemos como cargas procesales. En el antiguo derecho romano, como puede observarse en el procedimiento de la *legis actio sacramento* y en general en el proceso *per actiones*, la carga de la prueba correspondía por Igual a ambas partes.

### **3.1.2. PERÍODO CLÁSICO.**

En otro período cronológico del derecho, como período clásico ya se especifican las obligaciones de probar ciertos puntos a determinada parte, e incluso se señala al Juez la posibilidad de conseguirlas por sus propios recursos.

Aquí nos encontramos con un proceso en el que se reconoce al árbitro una función investida de un amplio poder discrecional que le faculta no solo a dictar resolución otorgando la valorización que quisiera a cada una de las pruebas presentadas por las partes, sino que aún puede el juez tomar en cuenta las calidades sociales y morales de las partes como elementos de credibilidad y aún más, él determinar a su juicio quién estaba obligado a probar; haciendo uso únicamente de reglas de experiencia personal que les facilitaban indicar cuál de las dos partes se encontraba en mejor posición para aducir la prueba.

### **3.1.3. PERÍODO JUSTINIANO.**

En otro período de la historia de la carga de la prueba, nos hace conocer lo que acontecía en el proceso del Derecho Justiniano en que encontramos un concepto sobre la carga de

la prueba mucho más estudiado, perfeccionado y de él se solidifican además los recursos de la anterior etapa; con la modalidad de que ahora junto a la prueba directa se forma la prueba contraria que tiene como finalidad de controvertir los resultados de la primera.

Al convertirse la valorización de la prueba, de libre a vinculada, de manera que determinados medios de prueba fueren considerados mejores que otros; o bien algunos de ellos se les reconoció una eficacia no libremente apreciable por el magistrado; fueron fijados los sistemas de prueba y se determinó en general, quien debía aducir las pruebas de las afirmaciones hechas en juicio. Se obliga a probar al que afirma, así Petit- Expresa: Hablando del procedimiento IN JUICIO “En principio quien afirma en su beneficio la existencia de un hecho o de un derecho, es el que está obligado a presentar las pruebas.

Por lo tanto, el demandante debe siempre justificar su presentación, pues de no ser así, queda absuelto el demandado.

#### **3.1.4. PERÍODO GERMANO.**

En el Derecho Germano es justo considerar lo que en cuanto a la carga de la prueba sucedía y que tanta trascendencia tuvo en la formación de codificaciones posteriores. Por principio, en el sistema probatorio primitivo germánico, la prueba corresponde de ordinario al demandado. Algún tiempo después al juez se le atribuía una función más delicada; él decidía quien debía aportar la prueba en el caso concreto, basando su decisión en los elementos aducidos por las partes en su conducta, en la situación de hecho, etc.

Pero en todo caso reconociendo que correspondía a las partes el conseguir una decisión a favor propia; primeramente, proporcionando al juez los elementos necesarios para demostrar la verosimilitud de la propia pretensión y después cumpliendo aquellas actividades que servían para obtener el reconocimiento del derecho alegado.

Pero las fuerzas de estas dos corrientes, la romana y la germánica se encontraron en un campo pródigo para el surgimiento de las reglas de la carga de la prueba que venían a establecer qué se debía probar, y quien debía probar y este suceso se realizó en los estudios de los juristas de Bolonia.

### **3.1.5. PERÍODO DE LA EDAD MEDIA.**

Es en la Edad Media en donde se actualiza la fórmula del Derecho Justiniano, que manda rendir la prueba al actor, en principio, y al reo, cuando al excepcionarse afirma hechos positivos en su favor.

El derecho romano renace merced a la acción y al empeño de los juristas de Bolonia, y consecuentemente, con conceptos más precisos, los principios vigentes en materia de carga probatoria, propugnaron porque la doctrina de la época, tomara la carga de la prueba como un principio en que correspondía probar al actor pero con el principio que le asignaba este carácter al demandado cuando se excepcionaba y de allí que estos postulados se convirtieran en rectores del Derecho español en el año de 1256 y por mandato de don Alfonso X, El Sabio, se inició con la redacción de las Siete Partidas, *“obra jurídica bastante parecidas en su contenido a las Pandectas romanas, que fue concluida en 1263 y en cuyo texto con respecto a la carga de la prueba, reaparecen los principios surgidos en encuentros de corrientes de Bolonia y años más tarde en 1807 se fijaba tal principio en el artículo 1315 del Código Civil Español”*<sup>52</sup>.

### **3.1.6. EPOCA MODERNA.**

De lo anterior hasta la actualidad se desarrolló una etapa evolutiva de la teoría de la carga de la prueba, que en el presente se puede caracterizar como una regla de juicio para señalar

---

<sup>52</sup> DE SANTO, Víctor. El Proceso Civil Tomo II Editorial Universidad Buenos Aires 1988 Pag.250

al juez la forma en que debe decidir una controversia regla que regula la actividad probatoria de las partes, en cuanto les impone la conveniencia práctica de aportar las pruebas de los hechos en que fundamentan sus pretensiones o excepciones, esto es de defender sus intereses evitando al aducir la prueba, el resultado desfavorable que puede traerles la aplicación de la prueba.

El Código de Napoleón, ejemplo clásico del auge inusitado de la codificación que trajo consigo siglos más tarde la Revolución Francesa (1789), incluyó en su artículo 1315 un principio similar, que es receptado por diversas legislaciones (Código Civil Colombiano, art. 1757; Código Civil Chileno, art. 1968; Código Civil Italiano de 1865, art. 1312; Código Civil español, art 1315). Si bien estos textos contemplan literalmente la prueba de las obligaciones, la doctrina moderna coincide en que tienen un sentido general, es decir, que corresponde probar los hechos constitutivos a quien los afirma, y quien opone otro hecho con el cual se pretende extinguir sus efectos jurídicos o modificarlos, debe por su parte probarlo.

Se mantiene el principio según el cual se exige la absolución del demandado, si quien acciona no prueba los hechos en que funda su demanda; y su condena, si probados éstos, aquél no demuestra los que fundamentan sus excepciones, sin tomar en cuenta la naturaleza positiva o negativa del hecho; se atiende exclusivamente a su carácter definido o indefinido, pues solo los indefinidos no requieren prueba, en razón de la imposibilidad práctica de suministrarla.

### **3.2. CONCEPTO.**

De Santos, establece que puede definirse como: La noción procesal que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su

decisión, o indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.

La carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser, necesariamente, quien pretende o solicita la prueba de los hechos que fundamenta su pretensión o excepción, sino que señala a penas a quien interesa la demostración de ese hecho en el proceso, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba, pero si la parte la suministra queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga. Si es un hecho exento de prueba no existe carga de probarlo.<sup>53</sup>

La carga de la prueba, como la define Parra:

*“Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.*

*No es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.”<sup>54</sup>*

Según Leo Rosenberg, la carga de la prueba se debe al siguiente planteamiento:

*“Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante, la incertidumbre*

---

<sup>53</sup> LARA BONILLA, RODRIGO: Técnicas Probatorias, Escuela Judicial, Colombia 1987, Página 33.

<sup>54</sup> PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Página 242.

*con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada”*

De las definiciones analizadas se puede resumir la carga de la prueba en tres puntos: a) poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento; b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda.

Finalmente tomamos en cuenta la definición del tratadista Hernando Devis Echandía, quien bajo una concepción analítica refiere en cuanto a la carga de la prueba:

*“...es una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.”<sup>55</sup>*

### **3.3. CARGA SUBJETIVA Y OBJETIVA DE LA PRUEBA.**

---

<sup>55</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, Pág. 197.

Para entender la importancia de la carga de la prueba resulta ilustrativo, e incluso necesario, diferenciar las dos funciones o dimensiones que la referida institución envuelve. En este sentido, respecto de la carga de la prueba es posible distinguir entre: regla de distribución de la carga de la prueba o carga de la prueba formal, por un lado, y regla de juicio o carga de la prueba material, por otro.<sup>56</sup>

La *carga subjetiva* (también llamada formal) de la prueba, hace referencia a la pregunta *quién* debe probar, es decir, quienes tendrán la carga de probar los hechos que se alegan. En este caso, se piensa únicamente en la necesidad jurídica de las partes de suministrar toda la prueba necesaria para corroborar sus afirmaciones.

Por el contrario, la *carga objetiva* (también llamada material) de la prueba, hace referencia a *qué* se debe probar, es decir, al contenido de la prueba. Prescinde de toda actividad de las partes emprendida con el fin de hacer constar los hechos discutidos. En lo que respecta a este tipo de carga, solamente interesa saber cuáles son los hechos que deben constar para que se consiga la finalidad anhelada en el proceso.

Según MERCEDES FERNANDEZ, aun cuando ambas dimensiones obedecen a una explicación común y dicen relación con un mismo fenómeno, se diferencian, en base a los siguientes criterios<sup>57</sup>:

- a) **Carácter o naturaleza jurídica**. Mientras la dimensión formal es una verdadera carga procesal; la dimensión material es una regla de juicio.
  
- b) **Destinatario**. La dimensión formal tiene como destinatario a las partes; en cambio, la dimensión material al juez.

---

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., p. 26, nota a pie de página N°5.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., Páginas 25-30

- c) **Fundamento.** Mientras la dimensión formal encuentra su razón de ser en el principio de aportación de parte; la dimensión material se fundamenta en la obligación de dictar, en todo caso, una resolución judicial sobre el fondo del asunto.
  
- d) **Función.** La dimensión formal tiene por función la distribución de la incumbencia probatoria entre las partes. En cambio, la dimensión material funciona como un expediente formal de decisión
  
- e) **Momento de aplicación.** Cronológicamente hablando, la dimensión formal se aplica primero, principalmente, en la fase probatoria; por su parte, la dimensión material se aplica en un estadio posterior, denominado fase de decisión.

Aun cuando la doble dimensión de la carga de la prueba se presenta con claridad, según se acaba de anotar, es usual centrar la importancia en tan sólo una de ellas, en la regla de juicio.

### **3.4. LAS FUNCIONES DEL *ONUS PROBANDI*.**

#### **3.4.1. DISTRIBUCIÓN DE LA INCUMBENCIA PROBATORIA (CARGA PROCESAL).**

El *onus probandi*, en esta faceta, es un instrumento estratégico que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> GOMEZ POMAR, FERNANDO, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, Indret 1/2002. Disponible en formato electrónico en: [www.indret.com](http://www.indret.com) [19 de noviembre, 2018].

En este sentido, la carga de la prueba desempeña una función de carácter pedagógica o normativa, en la medida que indica u orienta a las partes -más no determina- qué hechos ha de aportar cada una de ellas para prevenir –más no evitar- una sentencia desfavorable.

Esta función se aplica a todo evento (a diferencia de la regla de juicio que se aplica únicamente frente al supuesto de hecho incierto), tanto en la fase previa al juicio como en el juicio mismo, en la etapa probatoria.

### **3.4.2. EXPEDIENTE FORMAL DE DECISIÓN (REGLA DE JUICIO).**

La carga de la prueba, como regla de juicio, tiene su fundamento final en la prohibición del *non liquet*<sup>59</sup>. Prohibición que a decir de nuestro ordenamiento jurídico se justifica, constitucionalmente bajo el paraguas de la Garantía de Tutela Judicial Efectiva expresada de forma implícita en el art. 115-I y II de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y así mismo de forma explícita en la previsión del art. 25-I del Código Procesal Civil y el art. 15-III de la Ley del Órgano Judicial.

La regla de juicio salvaguarda el principio de seguridad jurídica, pues ante un supuesto de incerteza probatoria evita un pronunciamiento arbitrario del juzgador, y coadyuva a la paz social, en la medida que evita que el conflicto quede irresuelto indeterminadamente.

Según Montero Aroca, una vez concluida la fase de valoración de la prueba, en relación a los hechos alegados por las partes, es posible que el juez se encuentre en cualquiera de las siguientes situaciones<sup>60</sup>:

---

<sup>59</sup> El *non liquet* (“no está claro”) consiste en una facultad, que antiguamente se utilizaba en Roma, y que le permite al juez no pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento, en aquellos casos en que existe duda o incertidumbre respecto de los hechos materia del juicio. En consecuencia, el juicio queda irresuelto a la espera de nuevas probanzas que permitan disipar la duda o incertidumbre.

<sup>60</sup> MONTERO AROCA, JUAN: La prueba en el proceso civil, Arazandi, Navarra, 2005, Pagina 112.

- 1) Tiene certeza que el hecho alegado existió. En esta hipótesis, el juez dará el hecho por probado y declarará la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma de la que el hecho es supuesto fáctico.
- 2) Tiene certeza que el hecho alegado no existió. En esta hipótesis, al contrario de la anterior, el juez dará por probada la inexistencia del hecho y, consecuentemente, declarará que no ha lugar la consecuencia jurídica pedida y prevista en la norma jurídica de la que el hecho era supuesto fáctico.

En ambas hipótesis (1 y 2), no solo es irrelevante hablar de la carga de la prueba material o de la regla de juicio (*ya que el juez dictará sentencia únicamente sobre la base del resultado de la valoración de la prueba*), sino que también lo es determinar quién los probó. Lo último en virtud del principio de adquisición procesal o de comunidad de la prueba.

- 3) No tiene certeza de la existencia o inexistencia del hecho alegado. Esta hipótesis (situación de hecho incierto) es la condición de aplicación de la regla de juicio. Técnicamente, en este caso, el juez no declara la existencia o inexistencia de los hechos alegados por las partes, sino más bien distribuye las consecuencias de la falta de prueba de los mismos. Es decir, aplica la regla de juicio.

Las reglas sobre la carga de la prueba únicamente dan la solución frente a la situación de hecho incierto; sin embargo, no dan respuesta, a la cuestión igualmente importante, de cuándo cabe considerar que un hecho es incierto. Aspecto último que, no obstante, es resuelto por los estándares de prueba.

### **3.5. DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Aun cuando el origen de las reglas sobre la carga de la prueba es discutido; existe consenso en que las máximas romanas han sido determinantes en la materia.

Las primeras reglas sobre la distribución del peso de la prueba que aparecen en el Derecho Romano se caracterizaron por dos notas esenciales: en primer lugar, no tenían valor jurídico, sino que más bien representaban *indicaciones de conveniencia*; y, en segundo lugar, se trataban de *reglas ad hoc*, esto es, de reglas destinadas a resolver casos particulares, sin vocación alguna de generalidad.

El intento de generalización de las máximas romanas se produjo con los glosadores; y fue entonces cuando se puso de manifiesto la insuficiencia de éstas.

Actualmente, y probablemente a partir del Código Civil francés y su Art. 1315, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se ha cristalizado la distribución de la carga probatoria en una norma expresa, generalmente -al igual que sucedió en Francia- en el Código Civil.

En relación a la distribución de la carga de la prueba, resulta imperioso formularse dos interrogantes.

La primera, *¿de qué forma o mediante qué mecanismo distribuir la carga de la prueba?* Frente a esta interrogante surgen dos respuestas:

- a) **Mediante la vía judicial.** En este sentido, hay autores que proponen la distribución según la libre apreciación en cada caso o bien librarla al arbitrio judicial<sup>61</sup>. Este mecanismo se caracteriza por la entera libertad que se le concede al juez para aplicar al caso concreto el criterio que, según su propio parecer, sea más conveniente. A consecuencia de la libertad que se le concede al juez en la materia, este sistema se caracteriza por la inexistencia de un criterio predefinido. De ahí, su crítica es autoevidente: implica un criterio subjetivo. Asimismo -en la medida que la distribución queda entregada a la apreciación o arbitrio de cada juez- exento de control por parte de los tribunales superiores. Razones por las cuales, es conveniente, sino necesario, asumir la vía que sigue como respuesta a la interrogante formulada.
- b) **Mediante la vía legal, a través de una o varias reglas predeterminadas.** Este sistema, a diferencia del anterior, se caracteriza por la existencia de un criterio predefinido, con carácter general o con una regulación particular para diferentes ámbitos. Criterios de carácter intersubjetivo y, generalmente, sujetos al control por parte de los tribunales superiores.

Luego, surge la siguiente interrogante.

Y la segunda interrogante, **¿cómo o de qué manera distribuir la carga de la prueba?** Esta interrogante alude al carácter del criterio en virtud del cual se distribuye la carga de la prueba. En este caso, al igual que en el anterior, existen dos respuestas:

- a) **Criterio abstracto.** En este escenario, tal como su nombre lo indica, se opta por una regla de carácter abstracta, que permite conocer con antelación quien, y

---

<sup>61</sup> Para una enunciación de autores bajo esta línea, en la doctrina alemana, véase ROSENBERG, LEO, La carga de la prueba, Editorial B de f, Buenos Aires, 2002, página 12.

respecto de qué, debe asumir el peso de la prueba. El fundamento que subyace a este sistema es el respeto (irrestricto) a la seguridad jurídica<sup>62</sup>.

- b) ***Criterio flexible***. A diferencia del modelo anterior, lo importante en este último modelo es referir la distribución de la carga de la prueba al caso concreto, prescindiendo de una regla abstracta; no obstante, ambos se asimilan en que se asume la existencia de un criterio predefinido, de carácter intersubjetivo y, generalmente, controlable por los tribunales superiores. El fundamento que subyace a este sistema es la justicia al caso concreto<sup>63</sup>.

### **3.5.1. CRITERIOS Y TEORÍAS DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA.**

Un problema consustancial al nacimiento de la carga probatoria, y actualmente vigente, es la determinación de la regla general de su distribución. Tarea en la cual no se ha arribado a una respuesta unívoca y concluyente. Es así que a través de la historia, se han propuesto, entre otros, los siguientes criterios y teorías de distribución de la carga de la prueba.

#### **3.5.1.1. CRITERIO QUE ATIENDE A LA CONDICIÓN PROCESAL DE LAS PARTES (ACTOR O DEMANDADO).**

Lo determinante para distribuir la carga de la prueba en base a este criterio es la calidad de actor. De esta manera, la carga de la prueba le corresponde al actor (por ser tal); sin embargo, igualmente, se le otorga dicha calidad, y consecuentemente se le impone la carga de la prueba, al demandado cuando excepciona (onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor).

---

<sup>62</sup> ROSENBERG, LEO, ob. cit., p. 122.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., p. 103.

Este criterio, aun cuando es útil y cierto en la mayor parte de los casos, es incompleto y conceptualmente incorrecto. Incompleto, ya que no es cierto que el demandante, ni el demandado, deban probar siempre todos los hechos que sirvan de base a sus pretensiones o a sus excepciones, respectivamente. Este es el caso de los hechos que no requieren prueba por gozar de presunción legal o de notoriedad. Incorrecto, debido a que el asignarle el carácter de actor al demandado que excepciona, es contrario al concepto contemporáneo de excepción como defensa u oposición específica a la pretensión del demandante<sup>64</sup>

### **3.5.1.2. CRITERIO QUE DISTINGUE SEGÚN QUIEN ALEGUE O NIEGUE UNA CIRCUNSTANCIA DE HECHO.**

En base a este criterio, se impone la prueba a quien afirma; y se exime de ella a quien niega (ei incumbit probatio qui dicit).

Este criterio ha tenido menos aceptación que el anterior, principalmente, por las siguientes razones: en primer lugar, debido a que es un criterio ilógico, en la medida que la negación o afirmación puede ser una cuestión netamente de redacción; ya que en muchos casos quien niega un hecho, a su vez, afirma lo contrario (si niego que soy capaz, afirmo que soy incapaz); en segundo lugar, ya que no siempre que se afirma un hecho es necesario probarlo. Tal como sucede con los hechos presumidos o notorios; y finalmente, porque no siempre el hecho negativo está exento de prueba, ya que puede ser demostrado a través del hecho positivo contrario.<sup>65</sup>

Por consiguiente, es la naturaleza del hecho y no su negación o afirmación lo que determina si debe exigirse su prueba.

---

<sup>64</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., Paginas 454-456.

<sup>65</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., Paginas 456-457.

### **3.5.1.3. CRITERIO QUE IMPONE AL DEMANDANTE PROBAR LOS HECHOS EN QUE BASA SU PRETENSIÓN Y AL DEMANDADO EN LO QUE FUNDAMENTA SUS EXCEPCIONES.**

Ricci defiende esta tesis y la explica así<sup>66</sup>:

*“El principio, por tanto, regulador del deber de probar, debe formularse de este modo: quienquiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada y el juez no puede admitir demandas o excepciones infundada”.*

En realidad, esta tesis nada nuevo aporta al debate, porque equivale a la que exige probar al actor, pero le da este carácter al demandado cuando excepciona. Además, deja sin resolver el problema principal, porque no se sabe a qué hechos se refiere, si sólo a los que originan el derecho también a la ausencia de los que excluyen; además, algunos están exentos de prueba, sea que los invoque el demandante o el demandado (*los presumidos, los notorios, los de naturaleza indefinida*) y, por otra parte, no sólo la requieren los afirmados en la demanda y el escrito de excepciones, sino también otros que resulten del juego de réplicas y contrarréplicas en el curso del proceso<sup>67</sup>.

El principio así enunciado no puede servir como regla general absoluta, pues tiene numerosas excepciones y no es suficientemente claro, tal como sucede con el contenido en el primer criterio.

---

<sup>66</sup> RICCI: Tratado de las pruebas, Madrid, Editorial La España Moderna, S. f., t. 1, núm. 39, página 88.

<sup>67</sup> DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, ob. cit., Páginas 461.

#### 3.5.1.4. TEORÍA DE LA NORMALIDAD.

La teoría de la normalidad, a su vez, ha generado distintas variantes: la teoría de la innovación (corresponde la carga de la prueba a quien innova en cuanto modifica la normalidad); y la del *statu quo* o situación adquirida (“*corresponde probar a aquél que busca romper una situación de hecho ya consolidada, al que busca cambiar el estado actual de las cosas*”)<sup>68</sup>

De acuerdo a la teoría de la normalidad, se impone la carga a quien alegue el hecho anormal, porque el normal se presume. El fundamento de tal distribución es que el hecho normal o acontecer habitual, vale decir, lo que ordinariamente sucede, según las máximas de la experiencia, es lo más probable que acontezca.

La normalidad ha sido criticada por un ser un criterio de carácter relativo y, asimismo, subjetivo. Relativo, en un doble sentido. En un primer sentido, debido a que “*la normalidad o anormalidad de un hecho únicamente puede determinarse en atención a una relación jurídica concreta, y no a priori y con carácter general*”<sup>69</sup>. En un segundo sentido, ya que es un concepto variable según los principios políticos, económicos, religiosos y morales de cada época. Y por su parte, subjetivo, en la medida que se le otorga al tribunal una facultad amplísima (calificar que es lo normal), que depende en gran medida, sino en su totalidad, de la apreciación personal del juez.

En resumen, la crítica al criterio de normalidad se puede sintetizar, como sigue: lo normal para un juez determinado en un caso concreto puede dejar de serlo en otro caso análogo; lo que es normal para un juez puede ser anormal para otro; y, finalmente, lo normal en una época determinada puede no serlo en otra.

---

<sup>68</sup> SEOANE SPIEGELBERG, JOSE LUÍS, La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, Segunda edición, Editorial Arazandi, Navarra, 2007, Pagina 480.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., p. 98.

### 3.5.1.5. TEORÍA QUE ATIENDE A LA NATURALEZA DE LOS HECHOS.

Dentro de este criterio, la teoría más difundida es la formulada por Chiovenda, de la división cuatripartita de los hechos, que distingue entre, por un lado, hechos *constitutivos* y, por otro, *impeditivos, modificativos o extintivos*. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que “*al surgimiento de esta clasificación originalmente se hablaba sólo de hechos constitutivos y extintivos, mientras que los hechos impeditivos y modificativos fueron añadidos con posterioridad por la doctrina y la jurisprudencia*”.<sup>70</sup>

Son hechos constitutivos “*aquellos que fundamentan fácticamente la pretensión del actor*”<sup>71</sup>, y configuran una situación jurídica; es decir, le dan existencia y validez. Dentro de esta categoría de hechos se distingue, a su vez, entre: hechos constitutivos genéricos, los cuales están presentes en toda relación. Por ejemplo, la voluntad, el objeto y la causa; y hechos constitutivos específicos, los que sólo están en determinada situación jurídica, de modo que la tipifican, distinguiéndola de las demás. Tal es el caso del plazo en el usufructo o la mora en la indemnización de perjuicios.

Los hechos constitutivos específicos deben probarse por el actor; en cambio, los constitutivos genéricos no, ya que ley presume su existencia, de modo que su falta u omisión deberá probarla el demandado como un hecho impeditivo.<sup>72</sup>

Son hechos *impeditivos* los que obstan, se oponen u obstaculizan la existencia o validez de la situación jurídica. Por ejemplo, los vicios del consentimiento, la falta de causa, el término, el modo. Son hechos *modificativos* los que, sin impedir el nacimiento de la

---

<sup>70</sup> RIVERA, RODRIGO, La prueba: un análisis racional y práctico, Marcial Pons, Madrid, 2011, Pagina 134.

<sup>71</sup> FERNÁNDEZ, Mercedes, ob. cit., p. 90.

<sup>72</sup> RIOSECO, EMILIO, La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil, Tomo I, Cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, Paginas 51-52.

relación jurídica, alteran o reforman (modifican) su contenido o efectos. Por ejemplo, el pago parcial. Y, finalmente, son extintivos los que evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo. Tal es el caso de la prescripción extintiva y, en general, de los modos de extinguir las obligaciones.

De este modo, el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos (específicos) de su pretensión; en tanto, el demandado los hechos impeditivos, modificativos o extintivos de la relación jurídica.

Esta teoría ha sido ampliamente difundida y aceptada en la literatura jurídica, como también consagrada en diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, Aun cuando esta teoría goza de una amplia aceptación en la literatura jurídica, es posible señalar que implica un criterio relativo, incompleto y estático.

Relativo, debido a que no es posible distinguir a priori, y en virtud de la esencia de cada uno de los hechos con independencia del proceso en el que intervengan, a qué categoría pertenece cada uno de ellos. Más bien se trata, en última instancia, de una distinción que ha de hacerse en atención a la pretensión concreta que se trate.

Incompleto, y por lo tanto descartable como regla general de reparto probatorio, por cuanto el demandante no siempre necesita probar los hechos constitutivos. E incluso más, en ocasiones la ley impone al demandante la prueba de los hechos extintivos y al demandado la de hechos constitutivos.

Finalmente, estático, en la medida que en cualquier evento y contingencia, necesariamente, el actor -por su parte- debe probar los hechos constitutivos, y el demandado -por otra- los impeditivos, modificativos o extintivos. Crítica última que pone

de manifiesto que el referido criterio, en circunstancias excepcionales, deviene en injusto.<sup>73</sup>

### **3.5.1.6. TEORÍA NORMATIVA QUE IMPONE A CADA PARTE LA CARGA DE PROBAR EL SUPUESTO FÁCTICO DE LA NORMA JURÍDICA QUE LE ES FAVORABLE.**

Esta teoría vincula la distribución de la carga de la prueba, directa o indirectamente, con la teoría de la aplicación del derecho.

Propuesta conocida como *Normentheorie* o teoría del estándar probatorio. Según su autor y mayor exponente, Leo Rosenberg: “*cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de la norma que le es favorable (de la norma cuyo efecto jurídico redundará en su provecho)*”<sup>74</sup>.

Dicha teoría parte de la base de que es imposible elaborar una regla general fundada en los criterios expuestos antes, esto es, el que sólo contempla la situación procesal de las partes (demandante o demandada), y el que toma aisladamente el hecho objeto de la prueba (afirmación o negación, normal o anormal, esencial o innovativo, constitutivo o extintivo e impeditivo). Se utiliza un criterio diferente que consiste en considerar la posición que el hecho ocupa en relación con el fin jurídico perseguido por cada parte, es decir, con la norma legal que lo contempla como presupuesto de su aplicación, y de tal premisa se deduce la regla general: *quien resulta favorecido por esa norma, porque consagra el fin jurídico que persigue, soporta la carga de probarlo.*

---

<sup>73</sup> PEYRANO, JORGE, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en Peyrano, Jorge .W (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004, p. 78.

<sup>74</sup>

### **3.5.1.7. TEORIA DE LA FACILIDAD Y LA DISPONIBILIDAD PROBATORIA.**

En base a esta teoría, la carga de la prueba pesa sobre quien esté en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva.

Conforme a esta teoría, según SEOANE SPIEGELBERG:

*“La carga de la prueba no vendrá determinada de antemano en forma rígida sino flexible, teniendo en cuenta la disponibilidad, material o intelectual, de los sujetos procesales con respecto a las fuentes de prueba y su consiguiente mayor o menor dificultad para acreditar el hecho con relevancia procesal a los efectos decisorios del litigio.”<sup>75</sup>”*

Los criterios fundamentos y críticas de esta última teoría son parte del objeto del presente trabajo, difiriendo su desarrollo al capítulo siguiente.

## **3.6. LA DISTRIBUCION DE CARGAS PROBATORIAS EN BOLIVIA.**

Habiendo desarrollado de la incumbencia teórica del instituto Procesal de Carga de la Prueba, y en específico el fenómeno de distribución de cargas probatorias podemos afirmar que Bolivia atravesó tres estadios de regulación normativa sobre dicho tópico; mismos que de alguna manera fungieron en razón de las teorías expuestas en el punto anterior.

Los tres momentos de identificación de distribución de cargas probatorias son los siguientes:

---

<sup>75</sup> SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS, ob. cit., p. 483.

### **3.6.1. CÓDIGO CIVIL SANTA CRUZ DE 1831 Y CÓDIGO DE PROCEDERES SANTA CRUZ DE 1832.**

La primera codificación de leyes que tuvo Bolivia tuvo lugar cinco años después de la Promulgación de la primera Constitución Política del Estado en 1826.

La necesidad imperiosa de una norma que regule las relaciones entre particulares, aterrizo sobre la presidencia del Mariscal Andrés de Santa Cruz, quien junto a su gobierno pudo avistar la incompatibilidad jurídica que generaba la aplicación subsidiaria de las leyes civiles españolas, siendo su aspiración la construcción de una legislación que sea producto del “... *fruto del saber de los siglos, madurando con el fruto de vuestro suelo y en armonía con las circunstancias peculiares*”<sup>76</sup>

Fue entonces que, producto de la Legislación Civil Napoleónica de reciente data en aquel entonces (1804) y la influencia de la corriente liberal, ocurrió la promulgación del Código Civil denominado Santa Cruz en fecha 18 de octubre de 1930 y que entro en vigencia a partir del 2 de abril de 1831. Seguidamente la promulgación del “Código de Procederes Santa Cruz” en fecha 23 de septiembre de 1831 y que entró en vigencia en 1832.

La influencia del Código Civil Francés era evidente sobre el compilado civil boliviano, llegando a citarse inclusive que resultaba una copia del mismo.

La implicancia de esta situación lleva a concebir que, en materia procesal y específicamente probatoria, la influencia de estas leyes estaba orientada a la concepción contractualista del proceso propulsada por Pothier, bajo la cual (*como bien se expuso en capítulos anteriores*) se realizaba un trato indiscriminado de los imperativos jurídicos

---

<sup>76</sup> SANTA CRUZ Y SCHUKCRAFFT, A.: “Administración de Santa Cruz”, en Vida y obra del Mariscal de Santa Cruz y Cala Humana. La Paz: Ediciones Casa de la Cultura, 1991.

(*deberes, Obligaciones y cargas*). Esto conlleva a que instituto de cargas probatorias, en su más genérico resabio en nuestra legislación, tenga el siguiente texto:

*“Codigo de Procederes Santa Cruz - Artículo 259. La obligación de producir pruebas corresponde al actor; más si el reo afirmase alguna cosa, tienen la misma obligación con respecto a ella.”*

*“Código Civil Santa Cruz - Artículo 890. El que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Igualmente, el que se cree libre debe justificar el pago o el hecho que ha producido la extinción de la obligación.”*

El texto confirma lo desarrollado líneas arriba, puesto que bajo esta legislación – producto de la concepción Contractualista del Proceso – no se concebía la idea de carga. Bajo esa premisa el legislador optó por el imperativo que más similitud tenía con el concepto de carga: la Obligación. Finalmente podemos esgrimir que (*aun sin haber concebido la idea de carga*), la distribución del *onus probandi* en la legislación civil Santa Cruz tenía matices del criterio que asume la distribución en razón de la situación de las partes dentro del proceso, vale decir para la distribución se consideraba únicamente el carácter con el que se presentaban: sea actor o *reo*<sup>77</sup>.

### **3.6.2. CÓDIGO CIVIL DE 1975 Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1976.**

Dando continuidad a la codificación civil boliviana, fue durante la presidencia del Gral. Hugo Banzer Suarez, donde se produjo una modificación “*total*” de la legislación civil en vigencia. Los nuevos Códigos fueron producto, del carácter social que imperaba en el

---

<sup>77</sup> La legislación Civil Santa Cruz, no concibió gramaticalmente el término “demandado”. En su lugar identifica la situación procesal del mismo como *reo* en el Artículo 7 del Código de Procederes señalado: “*Actor es la persona que pide alguna cosa: el reo aquella de quien o contra quien se pide*”

mundo a raíz de dos Guerras Mundiales, así mismo mantuvo cierta relación legislativa con su fuente original (*y natural en casi todas las codificaciones*) el Código Civil de Napoleón, pero incluyendo la nueva óptica que el Código Civil Italiano de 1942 había traído al derecho civil.

En ese entendido en Ley No. 12760 de 6 de agosto de 1975 se crean el Código Civil Boliviano y su Procedimiento (*denominados Banzzer*).

Ambos en materia procesal, abordaron la concepción de carga, a raíz de la identificación del proceso como Situación Jurídica – teoría desarrollada por Gold Schmidt – bajo el siguiente texto:

- **Código Civil**

“ARTÍCULO 1283. (CARGA DE LA PRUEBA).

*I. Quien pretende en juicio un derecho, debe probar el hecho o hechos que fundamentan su pretensión.*

*II. Igualmente, quien pretende que ese derecho sea modificado, extinguido o no es válido, debe probar los fundamentos de su excepción.*

ARTÍCULO 1284. (INVERSIÓN DE LA PRUEBA).

*Los acuerdos que invierten o modifiquen la carga de la prueba son nulos, excepto cuando los disponga o permita la ley.”*

- **Código de Procedimiento Civil**

*“Art. 375.- (CARGA DE LA PRUEBA). La carga de la prueba incumbe: 1) Al actor en cuanto al hecho constitutivo de su derecho. 2) Al demandado en cuanto a la existencia del hecho impeditivo, modificadorio o extintivo del derecho del actor.”*

Claramente el sistema de distribución del *onus probandi* abordado en esta nueva legislación, cambio el que hasta en aquel entonces fue el paradigmático sistema de distribución en razón de la situación de las partes, asumiendo para si el sistema que tuvo su génesis en la Teoría del profesor italiano Chiovenda.

En tal razón la distribución de cargas durante este periodo se realizado bajo el criterio que atiende a la naturaleza de los hechos; sean estos Constitutivos (*para el demandante*) o impeditivos, extintivos y modificadorios (*para el demandado*).

### **3.6.3. CÓDIGO PROCESAL CIVIL – LEY NO. 439 DE 2013.**

Finalmente, en fecha 19 de noviembre de 2013 se produce un cambio trascendental en sistema procesal boliviano, con la promulgación del Código Procesal Civil durante la Presidencia de Evo Morales Ayma. Dicha norma es producto de la Consagración del derecho procesal como ciencia independiente, cuyas bases fueron cimentadas en parte por grandes procesalistas Latinoamericanos entre ellos Eduardo J. Couture

La construcción de los códigos de Proceso Civil en Latinoamérica tuvo lugar durante el Siglo XX y XXI, a la cabeza del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fundado en Montevideo, en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, realizadas en 1957, en homenaje a la Memoria de Eduardo J. Couture.

El Código Procesal Civil Boliviano (*inspirado en gran parte por el Código Modelo Para Iberoamérica, El Código General de Proceso y la Ley de Enjuiciamiento Civil española*), trajo consigo un cambio paradigmático en materia probatoria y funcional del proceso,

introduciendo el Principio de Verdad Material (*criticado ampliamente en doctrinas clásicas*) y la oralidad dentro del proceso civil. Esto además en función del, ya previsto desde el 2009, art. 180 de la Constitución Política del Estado puesta en vigencia desde aquel año.

La inclusión de la verdad material como tarea del juez dentro del proceso, fue desarrollada a través de diferentes mecanismos, como el Principio de Inmediación y de Dirección, para que pueda alcanzar la concepción teórica a la cual estaba destinado.

Bajo dichas bases habría que suponer que la Distribución del *Onus Probandi* debía ser uno de los instrumentos del juez (*en base a la regla de juicio*) para servirse de alcanzar el nuevo paradigma en materia probatoria, sin embargo, el Código Procesal Civil mantuvo la concepción de su antecesor, pero agregando un tópico proveniente de sus fuentes más directas. El texto de la carga de la prueba en esta norma es como sigue:

*“ARTÍCULO 136. (CARGA DE LA PRUEBA).*

*I. Quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión.*

*II. Quien contradiga la pretensión de su adversario, debe probar los hechos impeditivos, modificatorios o extintivos del derecho de la parte actora.*

*III. La carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.”*

Bajo los dos primeros acápites se puede encontrar claramente la manifestación de la Teoría del profesor italiano Chiovenda, es decir el criterio que atiende a la naturaleza de los hechos. Sin embargo, en el tercer acápite agrega una facultad al juez en razón de incrementar su discrecionalidad en materia probatoria, en aras claro está, de consagrar la

disposición del mandato constitucional, como así también los paradigmas lógicos y axiomas que cimientan el Código Procesal Civil.

Sin embargo, queda al arbitrio lo que uno debe entender por “*Iniciativa probatoria del Juez*”, sin llegar a una concepción de su ello implica una flexibilización de las reglas de distribución del *onus probandi* o directamente la inclusión de medios probatorios por parte de la autoridad judicial.

A dos años de su promulgación, talvez sea acertado decir que debemos inclinarnos más sobre lo segundo, puesto que (*a diferencia de otros países*) en Bolivia solo existen dos precedente en materia de flexibilización de la carga de la prueba<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Hablamos claro de los Autos Supremos No. 47/2015 y No. 154/2017 emitidos por el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, bajo el cual se hace referencia a una de las teorías de flexibilización del onus probandi: “La Carga Dinámica de la Prueba”, cuyo texto, en caso del segundo, señala: “...*Ahora si la recurrente refuta la postura del demandante, y en su defensa considera existente pagos efectuados en forma total o parcial, debió hacerlos valer en el proceso para que la autoridad judicial pueda cotejar si el pago fue efectuado en su totalidad o en forma parcial –para el caso de considerar la magnitud del incumplimiento- para ver la forma de aplicar el art. 572 del Código Civil, todo esto en función a la “teoría de la carga dinámica de la prueba”, por ella se entiende como la forma de imponer la carga de la prueba a aquella parte que se encuentra en una menor posición de promoverla...*”

## **CAPITULO III**

### **“LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS”**

*“Si hubiera preguntado a mis clientes qué es lo que necesitaban, me hubieran dicho que un caballo más rápido”.*

Henry Ford, innovador industrialista  
norteamericano, fundador de la Ford Motor  
Company ( 1863-1947)

#### **1. CARGA PROBATORIA ESTABLECIDA EN FORMA ESTÁTICA Y DIFICULTAD PROBATORIA.**

Para evidenciar la inadecuación de las reglas existentes sobre carga de la prueba, recurriremos a algunos ejemplos de casos concretos en que la aplicación de uno u otro de los criterios vistos resultan a veces insuficientes y, otras tantas, demasiado inflexibles.

Piénsese en un caso de responsabilidad médica en que es el paciente quien debe probar el hecho, el daño, la negligencia y la relación de causalidad entre la negligencia y el daño producido, con toda la dificultad que ello implica, pues ¿cómo probar que no le prestaron la asistencia adecuada dentro del quirófano? Hay aquí una dificultad material. Además los pacientes en general no tienen los conocimientos científicos con los que cuentan los

médicos que les permitan acreditar que su actuar no fue el correcto, más aun cuando tropieza con la solidaridad corporativa entre los profesionales de la medicina<sup>79</sup>

Junto con la dificultad probatoria, tenemos que considerar la evidente mejor posición del médico y del hospital, ya que cuentan con toda la información relativa al paciente tanto respecto de su estado inicial, los exámenes y tratamientos, las operaciones practicadas y todo lo ocurrido dentro del quirófano, todo lo cual sin duda juega a favor del profesional.

Del mismo modo hay una dificultad probatoria prácticamente insuperable, en los casos de negativa injustificada a someterse a la pericia biológica, en cuyo caso la parte que reclama el reconocimiento de una relación de filiación se encuentra en la imposibilidad de acreditar el supuesto fáctico que funda su pretensión, ya que su producción depende de la conducta de la otra parte sobre quien no pesa la carga de probar y por tanto se mantiene en una simple negativa<sup>80</sup>.

Como hemos analizado recientemente, los intentos por construir una regla general que distribuyera la carga de la prueba debidamente, nos han llevado a constatar no sólo su insuficiencia para dicho fin, sino también cómo devinieron en directrices que imponen de un modo inflexible la carga de la prueba, las que en su aplicación automática pueden producir situaciones de indefensión.

De este modo, nos encontramos en ciertos casos excepcionales en los cuales una de las partes se encuentra en la necesidad de aportar pruebas para obtener un resultado favorable a su pretensión, pero, dadas las circunstancias particulares del caso, se haya imposibilitado de aportarla o bien encuentra una gran dificultad en su aportación, en circunstancias que la otra parte, se encuentra en mejores condiciones técnicas, fácticas o profesionales para

---

<sup>79</sup> BARROS BOURIE, ENRIQUE, Tratado de Responsabilidad extracontractual, (1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006), Páginas. 655-688.

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, La carga de la prueba en la práctica judicial civil (Madrid, La Ley, 2006), Páginas 160-183.

producirla. Es aquí donde la irrestricta aplicación de las reglas y los criterios anteriormente mencionados aparecen como insuficientes para lograr impartir efectivamente justicia. Parece conveniente preguntarnos ahora ¿por qué estos principios, o, más específicamente, las reglas sobre carga de la prueba se presentan como insuficientes?

Pues bien, una posible respuesta la encontramos en la circunstancia que muchas de las reglas sobre carga de la prueba que se han construido en los distintos ordenamientos han tenido por objeto dar solución a casos concretos o se han establecido en atención a la posición que ocupan las partes en el proceso o en atención al criterio que analiza la naturaleza con de los hechos con relación a las partes, como ocurre en nuestro ordenamiento<sup>81</sup>. Junto con esto podemos señalar las innumerables transformaciones que se han experimentado a lo largo de este tiempo y que indudablemente no pudieron preverse al construir las reglas probatorias, como, por ejemplo: a) avances tecnológicos, b) mayor complejidad en la elaboración de los productos, c) mayor sofisticación en los compuestos empleados, d) el crecimiento de sujetos colectivos con gran poder económico y e) el cambio en la forma de relacionarse los sujetos.

Reconocemos la necesidad de establecer principios de distribución de la carga probatoria, que funcionan como líneas orientativas para el juez y permiten establecer reglas claras para las partes, salvaguardando así la seguridad jurídica, pero cabe al menos cuestionarnos por las dificultades probatorias que pueden ocasionar la aplicación irrestricta de los postulados anteriormente descritos y preguntarnos entonces ¿cuál podría ser el tenor de estos mismos?, ¿mantendremos reglas clásicas que determinan a priori quién debe probar? o ¿intentaremos establecer principios que permitan mayor flexibilidad a la hora de resolver en cada caso?

---

<sup>81</sup> Nos referimos a la Teoría de Chiovenda, que como se analizó en el capítulo anterior es la base de la distribución del *onus probandi* en la actual Leu No. 439 – Código Procesal Civil.

Hablar de dificultad probatoria supone el reconocimiento de que existen ciertos hechos que representan para las partes una gran complejidad en materia de producción de los medios de prueba, cuestión que a su vez está íntimamente vinculada a la naturaleza de los hechos que se trata de probar.

Toda esta situación de imposibilidad o extrema dificultad probatoria en que se encuentra la parte sobre quien recae la carga de la prueba originariamente, podría generar que las partes optaran por desistir de hacer valer sus pretensiones, evitando el riesgo que implica el asumir el inicio de un juicio por los costos económicos y pérdidas de tiempo que ello implica. Así, bien podría ocurrir, que la parte pese a tener una pretensión cuyo contenido es reconocido por el derecho no se encuentre en la posición privilegiada de la contraria para producirla<sup>82</sup>.

## **1.1. BREVE REFERENCIA A CIERTOS HECHOS QUE GENERAN DIFICULTAD PROBATORIA.**

Junto con los supuestos facticos contenidos en los ejemplos sobre dificultad probatoria dados al comienzo del párrafo se han reconocido ciertos hechos que abstractamente considerados revelan este problema para las partes que se encuentran en la necesidad de acreditarlos, los que pasaremos a revisar brevemente.<sup>83</sup>:

- a) **Hechos antiguos**: Se trata de una acción o asunto que ha ocurrido en tiempos muy remotos, por esta razón resulta de pronto difícil su representación en juicio. Nos estamos refiriendo a hechos ocurridos hace 20 años o más y de los que no se ha dejado constancia y sólo se conservan recuerdos en la memoria de los involucrados, ¿cómo probamos lo que está sólo en la memoria de una persona?

---

<sup>82</sup> MUÑOZ SABATÉ, LUIS: Técnica probatoria, 4a edición, Barcelona, 1993, Pagina 33.

<sup>83</sup> MUÑOZ SABATÉ, LUIS: ob. cit. (n.12) Pagina.148-155.

- b) **Hechos ilícitos:** Se ha empleado aquí la expresión ilicitud en términos amplios, entendiéndose como todo acto no permitido por el ordenamiento jurídico, característica de la que su autor está en pleno conocimiento y por ello lo ejecutará de manera oculta, evitando que alguien pueda acreditar su comisión.
  
- c) **Hechos íntimos:** como su nombre lo dice se trata de hechos personalísimos que se refieren a la parte más reservada de un sujeto. Pues bien, ¿cómo probamos las declaraciones de amor que hace un hombre a una mujer o las intimidades sexuales que pudieran ser relevantes por ejemplo en casos de impugnación de paternidad?

Como hemos podido constatar es posible determinar que hay hechos que pueden generar dificultad probatoria, pero no basta simplemente reconocerlos como casos de dificultad probatoria, ya que esos hechos en un caso en particular bien pueden generar dificultad en su prueba para una de las partes, pero ese mismo hecho en otro caso puede resultar de muy fácilmente presentado y acreditado en juicio, incluso más en un mismo caso puede constituir un asunto que genera dificultad probatoria para una de las partes, pero de fácil acceso para la otra parte. Por estas razones es que nos parece necesario construir reglas sobre carga de la prueba que sean más flexibles y permitan al juez en caso de falta de prueba considerar hipótesis de dificultad probatoria como las mencionadas.

## **2. CONCEPCIONES INTRODUCTORIAS Y GENERALES SOBRE LA TEORÍA DE LAS CARGA PROBATORIAS DINÁMICAS.**

Como señalamos en el punto anterior, tradicionalmente se entendía que la carga de la prueba se regía bajo principios clásicos como el “*actor incumbit probatio*” (al actor le

incumbe la prueba) o la naturaleza de los hechos, concepciones que generaron una concepción estática del *onus probandi*. Por supuesto este accionar, derivó en un apriorismo, que distribuía las cargas probatorias de un cierto y determinado modo.

Con el correr del tiempo, los hombres de derecho se dieron cuenta de que se presentaban situaciones donde la parte que negaba tenía a su alcance fácil prueba y la ocultaba de mala fe, mientras que estaba lejos de las posibilidades de la otra el poder aportar elementos de convicción, lo que demostró que la carga probatoria no está indisolublemente unida al rol de actor o demandado. Este problema se ha presentado frecuentemente en demandas de mala praxis médica<sup>84</sup>, donde el misterio de lo que sucedió en el quirófano y su comprobación, depende fundamentalmente de los médicos demandados.

Es así como la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, ampliamente receptada en la jurisprudencia, abandona la óptica tradicional, y *distribuye las obligaciones probatorias poniéndolas en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla*.

Se funda, entre otros preceptos, en el deber de colaboración y en el principio de solidaridad del demandado para el arribo de la verdad real.

*“Se considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla. Así vgr., establecida la separación de hecho sin voluntad de unirse, se encuentra en mejores condiciones (por conocer las intimidades de la pareja) de probar su inocencia (o*

---

<sup>84</sup> Peyrano señala que las Cargas Probatorias Dinámicas tuvieron sus génesis teórico-práctica en los procesos de responsabilidad civil por mala Praxis médica, donde – según sus palabras – existía una impunidad sobre el ejercicio nocivo de la medicina, generada en razón de la mala distribución de los esfuerzos probatorios, donde el actor poco o nada podía hacer para probar lo sucedido con su cuerpo anestesiado en la cama de un quirófano.

*culpabilidad del otro cónyuge) en orden a conservar su vocación hereditaria, el cónyuge supérstite que los causahabientes del cónyuge fallecido*”<sup>85</sup>

Es decir, la denominación “*cargas probatorias dinámicas*”, consiste en imponer el peso de la prueba en cabeza de aquella parte que por su situación se halla en mejores condiciones de acercar prueba a la causa, sin importar si es actor o demandado. Pero es preciso aclarar, que esta doctrina constituye una más (no la única) de las reglas de atribución del *onus probandi* como una pauta de valoración (sana crítica) a la hora de juzgar sobre el material probatorio colectado y, fundamentalmente, ante la inexistencia de éste, con incidencia en la actividad o inactividad de las partes a su respecto. Esta doctrina reniega de adjudicar, fatalmente y a priori, el peso probatorio que soportarán las partes según sean actores o demandados.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, no reemplaza ni elimina a las clásicas reglas de atribución de la carga probatoria, sino que se suma para brindar una solución a aquellos casos en donde el viejo sistema no podía dar una solución justa. Es que la susodicha doctrina nació como un paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir *pruebas diabólicas* que, en ciertos supuestos, se hacían recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba<sup>86</sup>.

El esquema propuesto para las citadas cargas probatorias dinámicas (que presuponen un desplazamiento del esfuerzo probatorio del actor al demandado o viceversa, según fuere la coyuntura y sin aceptar apriorismos) se ajusta al ideal perseguido por el proceso moderno, preocupado, sobremanera, por ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad.

---

<sup>85</sup> PEYRANO, JORGE WALTER: "Compendio de reglas procesales", 1999, Ed. Zeus, pagina 234.

<sup>86</sup> PEYRANO, JORGE W., "Carga de la prueba. Actualidad. Los dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal", en "Procedimiento civil y comercial", t. 3, 1994, Ed. Juris, pagina 110.

Arribamos pues, a una solución más justa, donde se aprecia que en determinados y cada vez más numerosos supuestos, se requiere flexibilizar la distribución de la carga probatoria, exigiendo simplemente una mayor colaboración, según sean las condiciones en que se encuentren las partes frente a la prueba y con la única finalidad de arribar, en lo posible, a la verdad real y hacer justicia al caso concreto.

### **3. ORIGEN DE LA NOCIÓN Y DE LA TEORÍA DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.**

La construcción de una idea, y en la especie de una teoría, no surge de un simple estallido o de un arrebatado momento de ilustración cognitiva. Las teorías construidas sobre fenómenos sociales son el resultado de una amplia y constante reflexión del comportamiento de las personas con relación a determinadas situaciones en específico, estando dichas reflexiones orientas a entender y analizar el motivo de una determinada conducta, como así también su afectación objetiva sobre lo que se tiene en lo natural con relación a ella, para finalmente describir aspectos que puedan contribuir a establecer lo más cercano a un paradigma de interpretación sobre dicha conducta.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas es el producto de una amplia reflexión de varios profesores y doctrinarios, quienes durante más de un siglo contribuyeron a cimentar las bases teóricas de esta concepción, iniciando con ideales y aspiraciones personales sobre pruebas solidarias que quizá no se encontraban acorde al pensamiento jurídico de aquel tiempo (*Jeremías Bentham*); para llegar hasta la construcción seria de una teoría bastante sólida que pudo consolidar una verdadera respuesta y solución a casos bastante complejos que se hicieron presentes en el trafico jurídico con el pasar del tiempo (*Jorge W. Peyrano*), destacando en esta construcción la enorme labor jurisprudencial desarrollada

en el último siglo, como así también la corriente del *activismo o decisionismo judicial*, cuya característica principal es la búsqueda de soluciones justas para el caso concreto.

Y es que el pensamiento jurídico, no puede ir en contra de la evolución de la sociedad, pretendiendo ser una construcción objetiva y estática que no considere los fenómenos sociales, políticos, económicos y tecnológicos, si no más al contrario debe justificar su permanencia en el tiempo asimilando todos estos y configurando sus bases de forma flexible para encontrar soluciones allá donde las concepciones que funcionaron en un determinado tiempo, ya no fungen de la misma manera en la actualidad.

Es por tal motivo que bajo este punto se desarrolla la construcción de esta teoría.

### **3.1. CONSTRUCCIÓN HISTÓRICA DE LA NOCIÓN DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.**

#### **3.1.1. JEREMIAS BENTHAM.**

La construcción de la noción de la carga dinámica de la prueba tuvo su inicio en las reflexiones realizadas por el tratadista británico Jeremías Bentham, quien en su famoso “Tratado de las pruebas judiciales” (publicado originalmente en 1823), abordó el problema de la carga de la prueba, en particular, preguntándose *¿sobre quién debe recaer?*, respondiendo con las siguientes palabras:

*“Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil de contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. [...] Pero –se dirá- es a la parte que inicia el juicio, que formula la*

*alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia ha demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas”<sup>87</sup>*

Bajo esas breves líneas se puede apreciar un primer distanciamiento al sistema tradicional de distribución del *onus probandi*. Bentham discierne en su apreciación de la carga de la prueba en función de un sistema técnico y de un sistema natural. Afirma que precisar sobre quién debe recaer la carga de la prueba *en un sistema estrictamente técnico* constituye una tarea de suma dificultad. Cuando hace referencia a un sistema técnico podemos deducir que el autor hace referencia a la concepción teórica imperante en la época sobre el *onus probandi*. Sin embargo, posteriormente (y *he aquí donde inicia la construcción de la noción*) afirma que imagina un *sistema natural y puro*, donde la solución de la distribución de la carga de la prueba resulta una tarea sencilla, asumiendo que en tal supuesto la carga de la prueba debe recaer en aquella parte que pueda aportarla sin tantas dificultades.

Claramente la concepción de Bentham en considerar dos respuestas por la existencia de dos sistemas (*uno técnico y uno natural*), estaba fuertemente influenciada por el *Iuspositivismo* que caracterizaba sus ideales, ya que como sabemos históricamente Bentham es considerado como precursor de este pensamiento junto a Hobbes y Kelsen. Su ideal positivista lo llevo a considerar que la solución técnica siempre es la más compleja pero la más acertada y funcional, sin embargo, bajo el pensamiento que se expuso líneas arriba se deja entrever que Bentham llego a considerar la antítesis del sistema técnico, donde encontró una respuesta muy diferente basada netamente en concepciones que restan el formalismo al pensamiento jurídico.

---

<sup>87</sup> BENTHAM, JEREMIAS: “Tratado de las pruebas judiciales”, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, págs. 406 y 407.

Quizá Bentham no escatimo en desarrollar esa breve reflexión realizada debido a la posición de su pensamiento, pero también existían históricamente otras razones como lo es el desconocimiento hasta ese tiempo de la concepción del Estado Constitucional de Derecho.

### **3.1.2. FRANCESCO CARNELUTTI.**

El eminente profesor de la Universidad de Milán, en una de las obras cumbres del pensamiento jurídico (*Sistemas de Derechos Procesal Civil - 1944*), abordó el tema de la distribución del *onus probandi* cuestionándose ¿cuál de las dos partes soportará el riesgo de la falta de prueba? Para responder dicha problemática realiza un análisis del *interés* de las partes con relación a la prueba llegando a afirmar lo siguiente:

*“Parece fácil responder que dicha parte será aquella que tenga interés en aportar la prueba. La respuesta no sería, sin embargo, satisfactoria, porque mientras el interés en cuanto a la afirmación es unilateral, ya que cada parte tiene sólo interés en afirmar los hechos que constituyen la base de su pretensión o excepción, el interés en cuanto a la prueba es bilateral, ya que una vez afirmado un hecho, cada una de las partes tiene interés en proporcionar la prueba acerca del mismo: una tiene interés en probar su existencia y la otra su inexistencia.”*<sup>88</sup>

La reflexión del profesor italiano, se orienta en determinar una regla general de distribución del *onus probandi*, usando la concepción del *interés* de las partes en el proceso, asociado a los caracteres lógicos del ofrecimiento de prueba y el contenido del litigio con relación a la demanda y la excepción; encontrándose con una doble concepción en este análisis: *un interés en la afirmación y un interés en la prueba*. Al primero le

---

<sup>88</sup> CARNELUTTI, FRANCESCO: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944, Tomo II, págs. 94/95

concede el carácter de unilateralidad por ser la expresión más clara de la composición del litigio en cuanto a la demanda y el contradictorio, pues a las partes solo les interesa introducir al proceso hechos que puedan sustentar su postulado; y al segundo le concede el carácter de bilateralidad, entendiendo a la etapa probatoria como algo distinto a la afirmación propia, asumiendo que una vez introducida la afirmación el *interés sobre la prueba* de dicha afirmación le concierne a ambas partes en magnitudes casi proporcionales; mientras a una le interesa probar la certeza del hecho a la otra le interesa demostrar que nunca ocurrió.

Las reflexiones sobre el interés en torno a la prueba, llevaron a Francesco Carnelutti, encontrar un verdadero problema sobre la distribución de la carga de la prueba, más aún si se consideraba la segunda opción (*el interés sobre la prueba*), ya que este interés, aunque en direcciones diametralmente opuestas lo tienen ambas partes, por tanto, sería una tarea aún más difícil encontrar un criterio que pueda distribuir la carga de la prueba de forma justa.

Es así que Francesco Carnelutti, propone la búsqueda de nuevos criterios que puedan fundar una composición más justa de la distribución del *onus probandi*, llegando a la siguiente concepción:

*“Pero desde un punto de vista teleológico, teniendo en cuenta la finalidad del proceso, es evidente que el criterio ha de escogerse, no ya con referencia a su idoneidad para distinguir las partes respecto del hecho, sino también con referencia a la conveniencia de estimular a la prueba a aquella de ellas que más probablemente esté en condiciones de aportarla, y, por tanto, a base de una regla de experiencia que establezca cuál de las partes esté en mejores condiciones a ese efecto. Sólo así la carga de la prueba constituye un instrumento para alcanzar la finalidad del proceso, que no es la simple composición,*

*sino la composición justa del litigio: por ello reacciona sobre la parte que pueda aportar una contribución más útil a la convicción del juez”<sup>89</sup>*

Bajo dicha premisa Carnelutti, propone un alejamiento del sistema clásico de distribución del *onus probandi*, justificado su aspiración sobre la teleología, usando como instrumento interpretativo para una nueva concepción “la finalidad del proceso” y por tanto la “finalidad de la prueba misma”. Concluye concibiendo una reflexión muy importante, ya que atender a la finalidad del proceso implica en sus palabras una *composición justa del litigio*. Por tanto, si se considera dicho paradigma como determinante a la hora de la distribución de la carga de la prueba, la mejor solución según Carnelutti se encuentra en la consideración de las mejores condiciones de aportación y además ne la contribución útil a la convicción del juez.

La idea de Carnelutti tiene una relevancia muy importante en el Derecho Probatorio, puesto que, al considerar la finalidad del proceso como determinante en la distribución de la carga de la prueba, da lugar a concebir a los actos procesales no como fines en sí mismos si no como un verdadero instrumento para alcanzar algo más; llámese Justicia o en sus palabras *la composición justa del litigio*.

Se hace énfasis en las ideas de este autor, puesto que en particular y como corolario de esta idea podemos afirmar que la consideración finalista del proceso es algo que se ve latente en el Código Procesal Civil, pudiendo apreciar normas destinadas a materializar esta concepción y más aun a constreñir al juez a su consideración dentro del litigio. Tal es el caso del art. 6<sup>90</sup>, que recoge lo que señalado anteriormente.

---

<sup>89</sup> <sup>89</sup> CARNELUTTI, FRANCESCO: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944, Tomo II, págs. 94/95

<sup>90</sup> El Art. 6 del Código Procesal Civil Boliviano señala de forma expresa: “*Al interpretar la Ley Procesal, la autoridad judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva*”

### 3.1.3. EDUARDO J. COUTURE.

Como se sabe, el maestro uruguayo proyectó en 1945 un Código de Procedimiento Civil para su nación. En el mismo, y sobre la distribución de la carga de la prueba incluyó la descripción de una norma que se acercaba (*antes de su consagración teórica*) al tema que tratamos en la presente investigación:

*“Sin perjuicio de la aplicación de las normas precedentes (referidas a la regla sobre carga de la prueba), los jueces apreciarán, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente (sana crítica), las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba”*

Es importante destacar al tratadista Eduardo Couture dentro de este punto intitulado *“Construcción histórica de la noción de la carga dinámica de la prueba”*, debido a que el contenido esbozado en la norma que se expuso líneas arriba, fue un notable acercamiento a lo que hoy ya se conoce como Carga Dinámica de la Prueba. El contenido de dicha norma propugna en primera instancia un supuesto de posibilidad de alejamiento del sistema clásico de distribución del *onus probandi* al señalar *“sin perjuicio de la aplicación de normas precedentes”*, lo que hasta este punto de evolución del Derecho Procesal (1945) ya suponía quizá algo innovador, puesto que la mayoría de los sistemas procesales de dicho tiempo jamás habrían concebido tal aspecto. El segundo punto a tomar en cuenta es la potestad conferida a la autoridad judicial de apreciar, valorar y considerar las deficiencias de la producción de la prueba como método de búsqueda de la optimización de la distribución del *onus probandi* o la actividad probatoria como tal.

Es claro que el “carácter genérico” de la disposición supone una interpretación discrecional de la misma; genérico en sentido de no especificar si el juez debe observar las deficiencias de la prueba en función de optimizar ¿la distribución de la carga de la prueba o la actividad probatoria como tal? O en su defecto incluye ambas, pero optar por

la solución en el caso concreto de deficiencia de la prueba corresponde la labor del juez en función del indicado artículo.

Sea como fuere el espíritu del legislador, no resta la importancia de incluir este antecedente normativo como un lejano referente de la noción de la carga dinámica de prueba, el cual como veremos más adelante es la especie dentro de un género más grande denominado desplazamiento de la carga de la prueba.

La idea terminó siendo plasmada muchos años después cuando se sancionó el Código General del Proceso del Uruguay que en su artículo 139.2 contiene la siguiente disposición: *“La distribución de la carga de la prueba no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba”*.

A su turno, también fue fuente del artículo 375.2 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, e Islas del Atlántico Sur y del artículo 367 del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina de los Dres. Morello, Eisner, Kaminker y Arazi.

#### **3.1.4. GIAN ANTONIO MICHELLI.**

Fue este destacado procesalista italiano quien, en su logrado y famoso libro, advirtió a la comunidad jurídica mundial acerca de que el planteamiento tradicional de la carga de la prueba vino a configurar lo que él denomina un *“dogma”* que, para peor, parece ser *“algo inmutable, casi como si derivase directamente de los principios de la lógica*

*natural*”<sup>91</sup> citando incluso a Pescatore<sup>92</sup> quien ya en 1864 había postulado que la regla general de distribución del onus probandi debía tener un fundamento iusnaturalista.

Michelli arriba a algunas de estas consideraciones luego de estudiar el fenómeno germano, donde la doctrina, la jurisprudencia y fundamentalmente el legislador, son renuentes a la fijación de reglas rígidas de distribución de la carga de la prueba. Luego de realizar un análisis de estos aspectos en su obra *La Carga de la Prueba*, concluye con la siguiente reflexión teórica:

*“Basta solo recordar que el sistema de la libre distribución de la carga de la prueba, preconizado por muchos (Chiovenda, Huber, Kohler), no está absolutamente en contraste con la más genuina tradición romana, como sostiene Gautschi, mientras el mismo se ha convertido precisamente en el sistema rígido de prueba legal por el influjo, entre otros, de los principios probatorios germánicos ... La tendencia doctrinal más reciente se manifiesta, en cambio, en el sentido de considerar preferible una libre distribución de la prueba, pero no ya establecida preventivamente por el juez, aún a base de las pruebas aducidas en el proceso, sino fijada con posterioridad a la práctica de los medios instructorios. Este último sistema, que ha sido definido como una postsumptio, se diferencia de la posición de presunción legal, en cuanto el mismo deja libre al juez la elección en el caso concreto de la regla de la experiencia, que haga verosímil la una o la otra solución.”*<sup>93</sup>

Inicia su reflexión bajo una marcada crítica a los sistemas clásicos de distribución del *Onus Probandi* (los cuales estudiamos brevemente en el Capítulo anterior), aduciendo que su determinación apriorística los ha llevado a ser equiparables a las más tradicionales concepciones de distribución aplicadas en el derecho romano, donde debemos recordar la

---

<sup>91</sup> MICHELLI, GIAN ANTONIO: “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pág. 3.

<sup>92</sup> PESCATORE, “La lógica del Diritto”, Torino 1864, Tomo I, págs. 50, 89 y ss., apud MICHELLI, GIAN ANTONIO: “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, pág. 3.

<sup>93</sup> MICHELLI, Gian Antonio; “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989, págs. 270-272.

distribución no estaba orientada a una determinación equitativa, mucho menos funcional, si no únicamente formalista con la finalidad de satisfacer el cumplimiento de las formas establecidas por los jurisconsultos romanos.

Luego de la crítica realizada comienza con enunciar algunas de las bases que hoy en día forman parte de la verdadera teoría de las cargas probatorias dinámicas. Señala como característica de las reglas clásicas de distribución su “*rigidez*”; cuyo calificativo— como veremos más adelante — le ha servido a la teoría objeto de la presente tesis la denominación de “*dinámicas*”. Seguidamente propone un alejamiento de dichas reglas rígidas para ingresar en lo que denomina una “libre distribución de la prueba” establecida fuera de los parámetros apriorísticos establecidos por las teorías ya conocidas, y realizada a través de una reflexión posterior la producción de los medios instructorios. Básicamente Michelli propugna la determinación de una nueva forma de distribución de la carga de prueba basada en un análisis integral de juez una vez producidos los actos de postulación, como así también todos los actos procesales propios que comprenden esta etapa; y no así de forma antelada bajo una regla impuesta por la ley.

Finalmente, Michelli concluye su postulado haciendo breve mención a una de las limitaciones y características más importantes de la teoría de cargas probatorias dinámicas: “*la aplicación al caso concreto*”. Señala que la distribución debe ser realizada en base a una regla de experiencia determinada por la autoridad judicial para cada caso concreto, vale decir analizando las particularidades del caso, puesto que una solución asumida en un caso concreto (*aun si tomamos como premisa la invocación de un mismo derecho*) puede no ser de utilidad en otro con particularidades semejantes.

Las ideas de Michelli fueron de mucha relevancia para la conformación de la noción de las cargas probatorias dinámicas, puesto que sin hacer referencia al instituto como tal ni a su denominación, abordo claras pautas que forman la estructura del mismo, contribuyendo

así a lo que posteriormente vendría a ser la conformación de una teoría sólida recibida por variedad de legislaciones en todo el mundo.

## **3.2. CONSTRUCCIÓN TEÓRICO-DOCTRINAL DE LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA.**

### **3.2.1. JORGE WALTER PEYRANO.**

La conjunción los antecedentes descritos en el punto anterior, posibilitan el planteo del tema específico de la sensibilidad del magistrado ante la rigidez de la distribución probatoria y los problemas que se pudiesen provocar. Así es como en conjunto con la evolución europea del tema, podemos encontrar el desarrollo del tópico en Argentina, el cual surge de la cátedra del profesor Jorge Walter Peyrano.

Es un hecho reconocido por toda la doctrina argentina y latinoamericana, que ha sido Jorge W. Peyrano el gran impulsor de la teoría de las cargas probatorias dinámicas según el nombre que éste mismo -en coautoría con Julio O. Chiappini- le adjudicó en aquel viejo y famoso escrito que titularon Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. Es a través de este texto que se fundan las bases generales de la teoría que estudiamos en la presente tesis, dándole no solo el *nomen iuris*, sino además pautas de reglamentación general que dan inicio con la construcción teórica y sistemática de este instituto.

Su reflexión inicia con una crítica al sistema clásico de distribución del *onus probandi*. La descripción hecha por Peyrano-Chiappini era sencilla: ante la verificación empírica de soluciones disvaliosas al momento en que el órgano jurisdiccional aplicaba el rigor de las reglas clásicas o típicas o históricas de la distribución de la carga de la prueba, era necesario apartarse “excepcionalmente” de ellas y, acudir, en subsidio, a otras reglas de juicio que denominó “dinámicas” (por oposición a las anteriores que serían “estáticas”

aludiendo al esquema de situaciones jurídicas subjetivas que ya había planteado en 1936 James Goldschmidt al cual dedicamos un punto en el Capítulo Anterior).

Hecha la crítica (*que podemos ver claramente sustentada con la doctrina que lo precedía*) inicio con la construcción de soluciones que puedan contribuir a la reducción de la rigidez del sistema clásico, expresando las siguientes palabras:

*“Decíamos más arriba que habían advenido – desde el flanco pretoriano- algunas “nuevas reglas” en materia de cargas probatorias, tendientes a aquilatar adecuadamente situaciones y circunstancias singulares, que no se avenían a ser enmarcadas en los moldes clásicos conocidos veamos ahora – y si el preciado lector lo consiente. dos ejemplos que vienen al caso:*

- *Aludiendo a una hipótesis como la relacionada se ha observado que a falta de prueba debe suponerse que los hechos han acaecido conforme a lo normal y regular de la ocurrencia de las cosas (vgr., que la visibilidad durante la noche no es perfecta) [...]. Quien sostenga que ha sucedido lo contrario del orden normal de las cosas corre con la carga de acreditar, verbigracia, que la visibilidad nocturna era perfecta en el caso, a raíz de existir en el lugar carios y potentes daros.*
- *El segundo ejemplo prometido considera regla de distribución de la carga de la prueba, el colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.*

[...] en los ejemplos aportados se claro – estimamos - el carácter dinámico de las reglas en cuestión, en tanto y en cuanto no se atan a preceptos rígidos, sino que, más bien, dependen de las circunstancias del caso concreto.<sup>94</sup>”

Las soluciones aportadas por Peyrano-Chiappini abordan dos puntos específicos, en aras de implantar un sistema de distribución no determinado *a priori*. El primero claramente identificado con la teoría de la Normalidad, desarrollada en el capítulo anterior y cuya crítica central se encontraba en la amplia potestad discrecional otorgada al juez para determinar “que” hechos son normales. Y la segunda (*la cual es objeto de estudio*) la distribución de la carga de la prueba en función de la consideración de las mejores condiciones de probar.

Es la concepción de la segunda la que inicio a la Teoría de la Carga dinámica de la prueba como tal, siendo acuño de Peyrano el otorgarle el denominativo “dinámica” por su construcción en total antagonismo con un sistema *a priori*, puesto que esta distribución – según la concepción de Peyrano – solo opera bajo la consideración de las particularidades de un caso concreto, cuyos matices propios no pueden ser apreciados por el juez sino hasta el inicio de la causa y evidenciar el estado de las partes con relación a la prueba. Así mismo esa reflexión de aplicación al caso concreto determino a la vez “*el carácter excepcional*” de aplicación de esta teoría, toda vez que estas nuevas reglas surgen ante la insuficiencia de las reglas clásicas de distribución en casos de difícil probanza, que generan como consecuencia errores en la administración de justicia.

Posteriormente Peyrano continua con el desarrollo de la teoría de Carga dinámica de la Prueba, con la finalidad de afianzar sus ideales en verdadero sistema que pueda ofrecer pautas de su naturaleza con relación a la prueba y al *onus probandi*. Así en 1993 desarrolla

---

<sup>94</sup> PEYRANO, JORGE y CHIAPPINI JULIO: “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinamicas”, en Peyrano, Jorge .W (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, p. 16.

la concepción de la relación de especie a género que guardan las cargas probatorias dinámicas respecto del fenómeno del “*desplazamiento de la carga probatoria*”. El profesor argentino asume dicha pauta de su naturaleza bajo las siguientes palabras:

*“Hoy por hoy hablar de ‘desplazamiento de la carga probatoria’ es poner sobre el tapete la tan usada en la actualidad ‘doctrina de las cargas probatorias dinámicas’. Ambos tópicos no concuerdan exactamente; el segundo es, en rigor, un capítulo del primero, pero el más trajinado y ubérrimo en consecuencias prácticas” [...] “La doctrina de las ‘cargas probatorias dinámicas’ es en la actualidad el núcleo más importante del contenido más general correspondiente al tema rotulado ‘desplazamiento de la carga probatoria’. La utilización de dicha doctrina -que persigue una aproximación a la verdad “histórica-“ presupone que en la especie no funcionan adecuada y valiosamente los parámetros legales, pretorianos o doctrinarios que regulan la generalidad de los casos”<sup>95</sup>.*

Bajo la óptica de Peyrano la carga dinámica de la prueba solo constituye una especie dentro del género “*Desplazamiento del Onus Probandi*”, dando a entender que dicho género puede contener dentro de su naturaleza a más modalidades de distribución que tengan como común denominador el alejamiento del sistema distribución *a priori*, puesto que el término “desplazamiento” (*a criterio propio*) sugiere una previa imposición de carga, para posteriormente esta ser desplazada de su cauce originario hacia otro rumbo que originariamente no hubiera tomado si no en función de una de las – seguramente bastas – concepciones que pueden abordarse sobre el fenómeno de desplazamiento, siendo claro el más importante y objeto del presente estudio la Carga dinámica de la prueba.

Finalmente, en una de sus últimas reflexiones sobre el tema, Peyrano depura la teoría y brinda las “razones” por las cuales se explica un reparto dinámico de la carga de la prueba.

---

<sup>95</sup> PEYRANO, Jorge W.; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III- pag.738 y ss.

Estas son, las provenientes de los criterios de “*mayor facilidad probatoria*” y “*disponibilidad de los medios probatorios*”.

En esa tónica, expresa que el criterio de la “mayor facilidad probatoria” explica no solo la regla áurea<sup>96</sup> de distribución del onus probandi sino, también “todo el sistema de reparto de las cargas probatorias” y, desde allí, se deriva necesariamente que -entonces- esta es la fundamentación no solo de las reglas rígidas sino, obviamente, de las reglas dinámicas a que venimos aludiendo.

### **3.2.2. AUGUSTO MARIO MORELLO.**

La construcción teórica realizada por Peyrano, trajo consigo una serie de reflexiones y críticas constructivas por parte de diferentes juristas y profesores, quienes bajo diferentes argumentos pretendían sustentar la *flexibilización del onus probandi* sobre bases sólidas que puedan responder de forma eficiente al esquema sistemático que el derecho procesal civil exige de sus diversos institutos.

En esa dirección fue que el profesor argentino Augusto Mario Morello, fue uno de aquellos que incursiono en la construcción de la teoría de cargas probatorias dinámicas, al realizar una importante reflexión sobre la justificación de esta nueva regla de distribución bajo un esquema que prepondera los principios de Solidaridad y Cooperación, en relación a la conducta de las partes. Morello realizo este aporte bajo el texto intitulado “*Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba*”. El mencionado autor inicia sus postulados bajo una severa crítica al sistema tradicional de distribución de la carga de la prueba,

---

<sup>96</sup> La regla aurea es sinónimo de proporcionalidad, el punto de armonía de cierto algo. En derecho no persigue definir qué es el mismo como tal, sino cómo debe ser el principio que presida la interacción en el campo de lo jurídico, y, lo que es más relevante, cómo debemos ser nosotros hacia el derecho, entendido éste como alteridad, cómo caminar de su mano en la dirección que el mismo nos marca hacia los demás. Establece las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, nos señala el camino que hemos de recorrer precisamente para alcanzar lo primero, fija una pauta de conducta en sentido positivo o negativo, de acuerdo con sus dos más conocidas formulaciones.

señalando que el mismo constituía una visión acentuadamente liberal del derecho procesal civil, toda vez que centraba la actividad probatoria únicamente en el interés de las partes. Las consecuencias directas de este sistema se encontraban en la generación de situaciones de manifiesta disparidad, bajo el entendido de que las partes solo prueban lo que – según sus afirmaciones - les interesa probar y no así construir a través del proceso y la labor de la autoridad jurisdiccional una suerte de lo que en verdad hubiere ocurrido.

Morello señala que, ante dicha situación, los principios y valores del proceso adquieren un valor significativo, contribuyendo a una justa repartición de los esfuerzos probatorios; señalando finalmente de forma concreta las siguientes palabras:

*“Nos referimos, obviamente, al principio de solidaridad que “obliga” -dicho esto en su sabor propio dentro del cuadrante del proceso, es decir como carga técnica de un más acentuado rigor- a aquella parte que se encuentra en mejores condiciones de suministrar la prueba. Acontece en múltiples situaciones controvertidas que existe indudable disparidad para satisfacer los riesgos de producción de una prueba, que, con el solo y literal manejo de aquellas pautas de orientación, indicarían, a priori, que es una y no la otra respecto de la cual la asunción probatoria estaría dada en primer lugar. Sin embargo, es una regla de experiencia verificable en el banco de ensayo de lo que acontece en el tráfico judicial—en materia contractual, de vicios del acto jurídico, simulación o fraude, de prestación de servicios, entre muchas similares- que por el conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la tarea de aportar la prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o de directo acceso y realización, etc., a una sola le es más cómodo proponerla y practicarla y no así a la otra ni al propio órgano jurisdiccional. Por consiguiente “debería” aquélla desplegar, en este tramo, la conducta diligente y útil al resultado eficaz de su necesario aporte. Es decir, llevarla a cabo con preferencia a la que en el reparto parecería imputada por la norma como adjudicataria. Lo anterior desemboca en una bien entendida funcionalidad del principio de cooperación*

*(o de efectiva colaboración) que a su vez se radica en el más comprensivo y de mayor fuerza operativa que es el de solidaridad. Y ambos en el de buena fe.<sup>97</sup>”*

Morello, al igual que Peyrano, señala que la utilidad de estos principios se observa en situaciones donde se presenta dificultad probatoria y la conducta procesal de las partes de escudarse en la quiebra de contribución al esclarecimiento de la verdad, acotando a su reflexión anterior las siguientes palabras:

*“En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el solo manejo de la ‘regla’ conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos. Ante ese cuadro el juez, de acuerdo a las particularidades del caso ya la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas.<sup>98</sup>”*

Claramente insiste en el deber de colaboración de las partes con el juez para arribar lo más cercanamente posible a la verdad jurídica objetiva en el proceso y, desde allí, a un resultado justo. A través de ello se observa cómo Morello empieza a centrar la justificación de una nueva forma de distribuir el *onus probandi* (las cargas probatorias dinámicas), en el deber de cooperación de las partes para acceder a la verdad en el ámbito del proceso.

Posteriormente, Morello advierte que para la recepción adecuada de sus postulados se debe encuadrar la interpretación de los textos procesales desde un punto de vista

---

<sup>97</sup> MORELLO, AUGUSTO MARIO: “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (La cooperación con el órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte), E.D. 132-953/957, reproducido en MORELLO, AUGUSTO MARIO: “La prueba. Tendencias modernas”, 2da. Edición ampliada, ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 2001, págs. 83 a 91.

<sup>98</sup> MORELLO, AUGUSTO MARIO: “La prueba. Tendencias modernas”, 2da. Edición ampliada, ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 2001, págs. 87-88.

teleológico, reconocimiento además que dicho modo de interpretación es el más aconsejable por la realidad de la experiencia concreta, toda vez que el mismo busca dentro del derecho procesal civil – como nuestra norma adjetiva lo diría en su art. 6 – la efectivización concreta de los derechos subjetivos<sup>99</sup>, como así también en palabras de Morello “*el logro de mejores resultados de la jurisdicción*”.

Concluyendo Morello termina por asentir que en la práctica la concepción de la Colaboración Procesal se traduce en el acogimiento de las cargas probatorias ‘dinámicas’, la cual permitirá arribar a consecuencias similares y útiles (*aduciendo a la solidaridad y colaboración*), sin crear desigualdades injustificadas. Se le mucha razón a dicha lógica, puesto que así la distribución de esa tarea probatoria -que no es excluyente sino *compartida* a tenor de las posiciones y posibilidades de satisfacerla de manera más adecuada y eficaz- responderá a la naturaleza de la obligación, según las circunstancias de personas, tiempo y lugar.

### **3.2.3. EDUARDO OTEIZA.**

El ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y prestigioso profesor argentino Eduardo Oteiza, ha planteado una novedosa fundamentación para la teoría que ocupa la presente investigación.

Oteiza (*superando y mejorando las reflexiones de Solidaridad y Colaboración que iniciaron con Morello*) procura demostrar que a la mutua colaboración entre las partes es posible asignarle jerarquía de principio procesal y, en particular, que la desventaja, en cuanto a la factibilidad de acreditar la existencia de un hecho, debe ser examinada desde la perspectiva del principio de colaboración, debido a su capacidad para nivelar las

---

<sup>99</sup> Como se señaló en un capítulo anterior, el art. 6 obliga a la autoridad judicial a la interpretación teleológica de la norma procesal en busca de la efectivización de los derechos reconocidos en la ley sustantiva.

desigualdades, cuya aplicación debe conjugarse, en un fino equilibrio, con el *principio dispositivo*.

Como es bien sabido el principio dispositivo sugiere dejar “*exclusivamente*” la iniciativa del proceso y de los actos procesales en manos de las partes que intervienen en el litigio (*con los claros reparos de apego y respeto a las normas procesales que son de orden público*). Sin embargo, la interpretación de su alcance a menudo en la práctica ha tenido connotaciones privatistas. Como bien decía Morello, el esquema que propone el principio dispositivo ha sido interpretado bajo el *Interés de las Partes*, llegando a concebirse que, en particular, en la prueba las partes deben exponer y aportar prueba solo sobre los hechos que responden a su interés y mas no así los que responden al interés del proceso cuyo fin es – bajo el criterio moderno de derecho procesal- alcanzar una sentencia revestida de Justicia.

Con base en la filosofía jurídica Oteiza, distingue luego entre principios jurídicos, reglas específicas y estándares y, desde allí, luego analiza el concepto, alcance y límites del principio dispositivo al que distingue de la idea de “*aportación de prueba*”. El Profesor Oteiza realiza la distinción señalada bajo los siguientes fundamentos:

*“El concepto de “aportación de prueba” por la parte se diferencia del principio dispositivo. Éste último, como vimos, supone el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y del derecho de propiedad, apoyado en determinados presupuestos de las democracias liberales, en cambio la noción de aportación de parte pertenece al dominio del proceso civil ya que se ocupa de la introducción del material probatorio y no al sustancial de la disponibilidad de los derechos. No puede confundirse la tarea de lograr una convicción seria sobre cómo sucedieron los hechos con la renuncia o disposición de los derechos.” [...]” La aportación de material probatorio no encuentra una vinculación directa con el ejercicio de derechos trascendentes como la autonomía de la voluntad o el derecho a la propiedad privada. Ella guarda una relación directa con otro problema,*

*consistente en determinar los mejores instrumentos para lograr un debate eficiente e imparcial. Desde luego, lo antes afirmado no significa desconocer que el juez no puede sustituir a las partes ni violar la necesaria igualdad que debe estar presente en el contradictorio, por el contrario, debe velar por ella. Simplemente, ante la ausencia de prueba, teniendo en cuenta que el juez no puede utilizar la noción romana: non liquet frente a situaciones de desventaja que impidan la igualdad real a la que aludía Calamandrei, cabe reconocer al juez el poder para aportar prueba para resolver el conflicto y a inclinar su decisión a favor de la parte contraria a aquella que abusando de su posición fue pasiva en la prueba de un hecho relevante para decidir el conflicto<sup>100</sup>*

La distinción entre el alcance del principio dispositivo y la aportación de prueba realizada por Oteiza, da nuevas luces a la teoría de Cargas Probatorias dinámicas, puesto que da una firme respuesta a una de las críticas más importantes a este nuevo sistema, el cual se fundaba en la invasión de la mencionada teoría sobre el principio dispositivo de las partes dentro del proceso, en el entendido de que no puede solicitarse o realizarse el aporte de una prueba que “no le interesa” probar a una de las partes, en resguardo del poder de disposición que tiene sobre su pretensión y por tanto sus alegaciones y por tanto sobre la prueba sobre las mismas. La distinción de Oteiza fija claros límites al ejercicio del principio dispositivo, señalando que la aportación de prueba no se encuentra comprendida dentro de sus alcances, puesto que la misma responde a una finalidad que supera el interés privado que las partes puedan tener sobre su pretensión, fungiendo por tanto como un instrumento esclarecedor para la autoridad judicial, quien no debemos olvidar ejerce la jurisdicción para el estado y no para las partes.

Realizada la necesaria distinción antes descrita, Oteiza identifica el punto neurálgico de la teoría objeto de estudio y refiere que como incidencia del principio de colaboración y

---

<sup>100</sup> OTEIZA, EDUARDO: "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, págs. 84-85.

además las limitaciones al principio dispositivo, el juez tiene abiertas las posibilidades valorar la insuficiencia probatoria, como así también de identificar si la misma es producto de la pasividad de la parte que se encontraba en mejor situación de aportarla, para así finalmente poder determinar que su conducta omisiva compromete la fundabilidad de sus alegaciones y por lo tanto deberá soportar las consecuencias de la falta de probanza.

Finaliza su reflexión sobre este punto señalando que la colaboración contribuye a impedir la obtención de un beneficio por una de las partes a parir de una marcada desigualdad en la contienda judicial:

*"No anula o resta valor a la regla de la carga de la prueba, simplemente impide obtener un beneficio a partir de una notoria desigualdad en la capacidad para probar la veracidad de un hecho. El reconocimiento por parte del juez que una de las partes ha aprovechado de su ventaja deslealmente con respecto a la parte contraria y, también, en lo que a él atañe, al evitar revelarle aquello que se encontraba en su dominio permite acudir a este principio que hará ceder terreno a la regla de primer grado (haciendo referencia aquí al sistema rígido de distribución del onus probandi) en su aplicación concreta. Al igual que la ley de la ventaja<sup>101</sup>, el principio de colaboración impide que uno de los litigantes adquiera beneficios como consecuencia de una actividad desleal, aprovechando la situación de desventaja en que se encuentra la parte contraria<sup>102</sup>"*

---

<sup>101</sup> En este punto hace referencia como pauta ejemplificativa a la Ley de la Ventaja del futbol, bajo la comparación que el autor Carrio hace de esta regla de futbol con relación a la conducta procesal de las partes señalando: *"Diferencia esos dos tipos de reglas con la Ley de la Ventaja según la cual no debe sancionarse una infracción cuando como consecuencia de ello resultaría beneficiado el equipo infractor y perjudicado el que resulto víctima de la infracción. [...] Al relacionar las nociones de reglas, estándares y principios con el derecho, explica que nada costaría elaborar una situación imaginaria en la que los jueces de una comunidad aplicaran una pauta equivalente a la ley de la ventaja para evitar que un infractor recibiera beneficios por su transgresión y se sintiera estimulado a reincidir en ella y otros a imitarlo"*.

<sup>102</sup> OTEIZA, EDUARDO: "El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba. O probare o soccombere. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?", capítulo del Libro "Los Hechos en el proceso civil", coordinado por Augusto Mario Morello, ed. La Ley, Buenos Aires 2003, pág. 87.

En el año 2006, Oteiza complementa su pensamiento y, ahora analiza los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre *quien está en mejores condiciones de probar*, analizando dichos postulados bajo los siguientes argumentos:

*“La situación de ventaja y la de dificultad de probar constituyen indicios. Entiendo por indicios los hechos conocidos de los cuales se parte para llegar a un determinado grado de verdad sobre la ocurrencia de hechos sobre los que no hay prueba directa. Como lo señala Lessona, los indicios son prueba en potencia. La presunción es el razonamiento por el cual a partir de indicios se llega a dar por verdadera una hipótesis de hecho” [...]*  
*“El carácter de presunción asignado a la idea de desventaja es confirmado por los principios y reglas de proceso civil trasnacional, aprobado por el ALI y UNIDROIT, que en el art. 21.3 establece que cuando surge que una de las partes está en poder o tiene bajo su control prueba significativa que rehúsa producir, sin justificación alguna, el Tribunal podrá elaborar presunciones respecto de la cuestión que se procura acreditar por dicho medio de prueba. Por oposición a las presunciones legales que contienen los textos normativos, aquí no encontramos ante presunzioni giurisprudenziali elaboradas por el juez en lugar del legislador. El juez deberá en ese caso tomar en cuenta una serie de hechos entre los cuales se encuentra la conducta de las partes. Al proceder a invertir la carga de la prueba el juez se mueve dentro del campo de las llamadas presunzioni giurisprudenziali. Cuenta con una serie de hechos considerados indicios por el alto grado de veracidad sobre su ocurrencia y con la conducta de la parte que ha estado en mejores condiciones de probar pero que ha evitado hacerlo.<sup>103</sup>”*

Esta reflexión compone uno de sus aportes más importantes para la justificación de las cargas probatorias dinámicas, puesto que expone el “como” se puede identificar la facilidad y la dificultad de las partes con relación a la aportación de prueba, o dicho de

---

<sup>103</sup> OTEIZA EDUARDO: "La carga de la prueba: Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar" en OTEIZA EDUARDO (Coordinador): "La Prueba en el Proceso Judicial", 1° Edición, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009, pág. 206.

otra forma el “quien se encuentra en mejores condiciones de probar”, lo cual -sabemos de la larga teoría expuesta hasta este punto- constituye el componente más importante de las cargas probatorias dinámicas.

Oteiza señala claramente que los factores de dificultad y facilidad probatoria pueden ser identificados a través de indicios, los cuales en su conjunto como principio de prueba llegan a concebir lo que él llama “*presunzioni giurispurdenziali*”, que no es otra cosa que las presunciones judiciales que nuestro ordenamiento jurídico adjetivo civil tiene reconocido en su art. 206 Núm. I y el sustantivo civil en su art. 1320.

Seguidamente señala que la construcción de presunciones sobre la dificultad y facilidad probatoria de las partes, emerge de la apreciación de la conducta procesal que las partes presentan durante su actuación dentro del proceso, vale decir la apreciación de conductas omisivas, temerarias, o enmarcadas en el principio de probidad. Así mismo para sustentar su posición hace alusión a la previsión normativa de un organismo supranacional como lo es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>104</sup>, el cual, en su contenido, precisamente el art. 21.3 dispone lo que Oteiza viene exponiendo, la generación de presunciones sobre la prueba a través de la apreciación de la conducta procesal de las partes. En ese sentido Oteiza justifica que la aplicación de las cargas probatorias dinámicas con relación a identificar la dificultad o facilidad probatoria de las partes, se encuentra en la apreciación de la conducta procesal, siendo deber de la autoridad judicial observar a las partes y su desenvolvimiento dentro del proceso, no solo con relación a la prueba si no también con otros factores íntimamente relacionados como los actos de postulación.

---

<sup>104</sup> El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado estudia los sistemas para coordinar y unificar la legislación privada y comercial de los países miembros, en concreto. Es una institución independiente con sede en Roma. Entre los lineamientos que esta Institución desarrollo y que fueron invocados por Oteiza y que tienen íntima relación con el objeto de la presente tesis se encuentra la previsión del art. 21.3 que señala de forma expresa: “*Cuando pareciera que una parte tiene en su posesión o bajo su control prueba relevante que rehúsa aportar sin justificación, el tribunal puede extraer consecuencias adversas respecto de la cuestión para la cual esa prueba sería eficaz.*”

## **4. FUNDAMENTACIÓN ACORDE A LAS GARANTIAS, PRINCIPIOS, VALORES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

La teoría que nos ocupa –conforme su razonabilidad y justificación axiológica- no solo que supera el “test de constitucionalidad” sino que, incluso, parece ser una solución necesaria para el eficaz funcionamiento de los derechos y garantías contenidas en el más alto dispositivo del ordenamiento jurídico.

Nótese que, por ejemplo, en países como Colombia donde el Código Procesal Civil abrogado (no el vigente que sí incorpora la teoría de las cargas dinámicas probatorias), en su artículo 177 contenía sólo la regla rígida tradicional de distribución de las cargas probatorias, la doctrina más caracterizada y la jurisprudencia de sus más altos tribunales, han encontrado el fundamento de la teoría en el “*principio de equidad que emerge del texto constitucional*” a mérito del cual es posible excepcionar la regla general y lograr que el juez –haciendo prevalecer, en el caso concreto, la constitución sobre la ley-, prescinda de la aplicación de ésta para darle paso a aquélla. Éste sería –dice el Consejero Alier Hernández Enríquez-<sup>105</sup> el basamento jurídico que, en el Derecho Colombiano, permitiría acudir al denominado principio de las cargas dinámicas de la prueba.

O, en la misma España que, cuando regía la regla rígida del viejo artículo 1214 del Código Civil, ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Español habían aceptado la flexibilización de tal distribución y usaron los basamentos de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria que, al decir de los mismos órganos jurisdiccionales, era lo más acorde a los principios constitucionales de igualdad,

---

<sup>105</sup> HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, ALIER: “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C., pág. 35.

responsabilidad y seguridad, con lo que se produjo “*una constitucionalización del derecho a la prueba*”. Y, es así que, calificada doctrina ha indicado que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba han sido destacadas, por el Tribunal Constitucional de aquella nación, como susceptibles de ser integradas dentro del cuadro de derechos fundamentales intraprocesales que se incorporan al art. 24 de la Constitución Española.

O, más propiamente, que el recurso a los criterios de “disponibilidad y facilidad probatoria” encuentra su fundamento en el deber constitucional de colaboración con los Tribunales de Justicia (*art. 118 de la Constitución Española*) y en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (*art. 24 de la Constitución Española*): cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte sea la que aporte los datos requeridos para el descubrimiento judicial de la verdad. “*Por tanto, los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Se alude, por tanto, a la necesidad de que las partes en el proceso cuenten con igualdad de armas (equality of arms, Waffengleichheit).*”<sup>106</sup>”

Los argumentos antes descritos dan razones suficientes para ver enmarcada la Teoría que nos ocupa bajo la garantía de Tutela Judicial Efectiva, la cual no debemos olvidar también tiene una consagración en nuestra constitución bajo la previsión del art. 115, cuyo análisis –en particular sobre la óptica de nuestra normativa- será propio de un punto específico en el Capítulo V del presente trabajo.

---

<sup>106</sup> LUNA YERGA, ALVARO, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

Ya vimos como la teoría satisface los modernos dictados del derecho - garantía de la “tutela judicial efectiva”, ahora veremos como la doctrina internacional ha sustentado las Cargas Probatorias dinámicas bajo el principio de *Igualdad*, el cual – no debemos olvidar- es basamento paradigmático de la mayoría de Constituciones alrededor del mundo, incluida la boliviana.

En cuanto al basamento constitucional de la teoría las cargas probatorias dinámicas en el principio de igualdad de las partes en el proceso, corresponde recordar las lúcidas enseñanzas del profesor Brasileiro José Carlos Barbosa Moreira, quien ha brindado sólidos argumentos sobre la importancia de este principio no solo en la teoría que nos ocupa si no en la actividad probatoria y el proceso mismo. Al respecto señala:

*“La experiencia histórica enseña cuán ilusoria suele mostrarse la solemne proclamación de la igualdad in abstracto. Es hoy en día una verdad de Perogrullo la distinción entre la igualdad formal -que se da por satisfecha con la pura identidad de derechos y deberes por los textos legales a los miembros de la comunidad- y la igualdad material.” [...]” En muchas leyes modernas el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente en algunas normas notoriamente destinadas a proteger ciertos intereses de personas que, a raíz de su inferior posición económica o social, corren el riesgo de sufrir un tratamiento injusto”<sup>107</sup>*

Una de los fundamentos más importantes radica en la reflexión descrita líneas arriba, puesto que Barbosa hace una distinción clara de lo que implica la igualdad de un plano de practicidad, encontrándose con lo que él llama una *Igualdad Formal*, caracterizada por la dotación a las partes de recursos idénticos para la defensa y ejercicio de sus derechos, sin observar si los recursos son verdaderamente útiles o funcionales a la parte en particular, cumplimiento simplemente con el esquema de igualdad in abstracto, vale decir como un

---

<sup>107</sup> BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS: “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en “Revista do Processo”, São Paulo, oct-dic 1986, Año 11, N° 44, págs. 176-185.

fin en si mismo. Seguidamente – y aquí el aporte que nos servirá de mucho – hace alusión a la *Igualdad Material*, entendida como la misma dotación de recursos “pero” velando por su funcionalidad y utilidad en favor de la parte, tomando en cuenta aspectos al caso concreto y particularidades propias de los derechos que pugnan en disputa. Concluye su reflexión aduciendo que la importancia del uso de la igualdad material radica en la generación de normas destinadas a proteger los intereses y derechos de las personas que se encuentran una manifiesta situación de desigualdad, asumiendo que: *“la credibilidad del proceso como instrumento de solución de conflictos de intereses depende esencialmente de su capacidad para ofrecer a los respectivos titulares una perspectiva de ecuanimidad. Es indispensable, ante todo, que ambos litigantes puedan nutrir alguna esperanza de vencer.”*<sup>108</sup>

Una vez identificada la importancia de la Igualdad Material dentro del proceso, Barbosa realiza un relacionamiento de este principio constitucional con la distribución del *onus probandi* y en específico aduciendo a su flexibilización señalando:

*“La igualdad de las partes se traduce aquí, en primer término, por <<igualdad de riesgos>> [...] La exigencia de la igualdad de riesgos tiene corolarios de gran realce en lo que atañe a la carga de la prueba. Según las ideas modernamente predominantes, la importancia esencial de este problema consiste en el criterio que su solución suministra al juez para fallar en la hipótesis de permanecer dudosa la existencia de algún hecho relevante. El órgano judicial necesita saber a cuál de los litigantes debe atribuir las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre. Ahora bien: constituiría manifiesta iniquidad que semejantes consecuencias tuviera que sufrirlas, en cualquier caso, sólo el actor, o sólo el demandado; es decir, que el uno o el otro soportara siempre el riesgo del fracaso de la actividad de instrucción. De ahí que las leyes (o, en su silencio, la doctrina y la jurisprudencia) cuiden de establecer una división de la carga, imputándola al actor*

---

<sup>108</sup> BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS: “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en “Revista do Processo”, São Paulo, oct-dic 1986, Año 11, N° 44, págs. 176-185.

*respecto a una parte de los hechos y al demandado en cuanto a otra parte. La sistemática adoptada suele revestir, por supuesto, cierta flexibilidad. La ley misma puede contemplar excepciones, invirtiendo la carga o permitiendo a las partes invertirla consensualmente.”*

Aquí Barbosa, termina por identificar la relación estrecha que guarda la igualdad material con la flexibilización de la distribución de la carga de la prueba, tomando como pauta directriz la imposición de *igualdad de riesgos* que las partes deben tener con relación a la prueba. Sugiere claramente que la imposición de los riesgos de probar un hecho debe ser distribuido de forma igualitaria tomando en cuenta las condiciones propias y particulares de las partes frente a los hechos que se pretende probar, para así poder consagrar en virtud de la igualdad material, una adecuada distribución que no solo responda a un reparto realizado a priori, sino un reparto considerando de forma seria la situación real de las personas con relación a los hechos.

Complementando la justificación de Barbosa, tenemos la concepción del Profesor Michele Taruffo, quien asumiendo una postura similar sobre la importancia de la igualdad para composición justa del proceso y de la prueba en particular, aduce que la consagración de este principio en la prueba esta – o debería estar- encomendado a la autoridad judicial:

*“En los sistemas que confían sólo en la iniciativa de las partes, el desequilibrio de las posiciones procesales de las partes puede impedir seriamente la producción de toda la prueba relevante, imposibilitar el descubrimiento de la verdad y, por lo tanto, la corrección de la decisión final. El peligro concreto es que la “verdad” sea determinada por el poder de una parte más fuerte, más que por la ponderación justa de toda la prueba relevante. Estas razones están en la base de una tendencia general existente en casi todos los sistemas procesales, en el sentido de proveer a los tribunales con un rol activo en la clarificación y en la definición apropiada de las materias de hecho, y en la producción de prueba de propia iniciativa del tribunal, mucho más allá de la prueba presentada por las partes. Actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema*

*tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso. Consecuentemente, los tribunales son investidos con todas las facultades activas necesarias para jugar este papel.<sup>109</sup>”*

Desde esa perspectiva, y sin perjuicio de la concesión de poderes de gestión probatoria al juez de la causa –como lo prevén la mayoría de los modernos sistemas procedimentales–, la flexibilización de las reglas rígidas de distribución de la carga de la prueba se impone como una solución necesaria y hasta indispensable para “*equilibrar por compensación*” la desigualdad manifiesta que pueda existir entre las partes, desde el momento en que una de ellas (*la no gravada con el onus probandi*) tenga una mayor facilidad o disponibilidad probatoria como para allegar al proceso –a través de un medio de prueba– la fuente respectiva.

## **5. CARACTERES.**

A la luz de la construcción teórica doctrinal de este instituto, podemos considerar que los caracteres que identifican a la teoría de las cargas probatorias dinámicas son los siguientes:

- a) Configuran una especie dentro del género “desplazamiento de las cargas probatorias” (que, por supuesto, incluye otras conocidas figuras<sup>110</sup>).<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> TARUFFO, MICHELE: “Investigación judicial y producción de prueba por las partes”, en Revista de Derecho (Valdivia), V. 15, N° 12, diciembre 2003, págs. 205-213.

<sup>110</sup> Por ejemplo, las presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.

<sup>111</sup> PEYRANO, JORGE W.: “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, E.D. 153, págs. 968 y ss.

- b)** Reconocen la vigencia de las normas generales clásicas (rígidas) sobre distribución del onus probando como “*principio general*” y, expresamente, asumen que solo corresponde acudir a ellas de manera “*excepcional*” frente a la situación en que la aplicación de aquellas normas legales (típicas o rígidas) sobre la distribución de la carga de la prueba, arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas.
- c)** En el caso excepcional en que se estime su aplicación (reitero, subsidiaria de las normas rígidas o típicas que arrojan un resultado manifiestamente disvalioso), importan un desplazamiento del onus probandi conforme a las especiales circunstancias del caso.
- d)** El elenco de las mismas es amplio y variado, y es por eso que, como se declaró en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella –por ser la más difundida, usada<sup>112</sup>, consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.
- e)** Modernamente, justifican la adjudicación dinámica aludida, la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios en que se encuentre la parte a la que originariamente -y según las reglas típicas, rígidas o legales- no le correspondía la carga subjetiva de la prueba.
- f)** Además de ser norma legislativa expresa en muchos lugares del mundo, para el caso de que los ordenamientos jurídico-procesales no la contemplen, igualmente son aplicables (siempre excepcionalmente) pues son consideradas “doctrina recibida” (esto es, son fuente de derecho).

---

<sup>112</sup> Conforme PEYRANO, JORGE W.; “Particularidades de la valoración de los medios probatorios producidos en procesos colectivos”, en Revista de Derecho Procesal 2005-2, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, págs. 323 y ss.

- g) Son aplicables “de oficio” (lo que no obsta a que las partes “insten” o argumenten en su favor), más allá de que se discuta el momento en que corresponde hacerlo.
- h) Su ideario ha permitido una vasta expansión a todas las ramas del derecho y, así, se comprueba su aplicación jurisprudencial por innumerables tribunales internacionales de las naciones latinoamericanas y europeas.

## **6. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS.**

La teoría de las cargas probatorias dinámicas es una problemática que, como tal, envuelve una serie de dificultades o decisiones parciales previas que determinan la postura a adoptar frente a dicha institución. Asimismo, es una teoría que ha implicado un replanteamiento sobre diversos temas en distintas áreas del saber jurídico.

En primer lugar, en el plano de los valores o fines del derecho plantea la tensión entre justicia y seguridad jurídica.

En segundo lugar, ha traído, nuevamente, a colación la discusión sobre la naturaleza de las normas que regulan la carga de la prueba, esto es, si son de naturaleza procesal o sustantiva

Y, en tercer lugar, en el ámbito del Derecho Procesal Civil, se ha traducido en un recuestionamiento sobre cuál es el fin del proceso y de la prueba.

### **6.1. CRÍTICAS RELEVANTES EN CONTRA.**

Una vez propuestas, las hipótesis deben ser sometidas a contrastación con las observaciones y la experimentación. Aquellas que no superan esta prueba, son rechazadas, por ello, solo sobreviven la “más aptas”. Esto significa que, aunque no se pueda decir de una teoría que es totalmente verdadera, sí que es la mejor disponible, la más potente.

Popper vino a decir que aunque es imposible demostrar que una teoría es verdadera, es posible demostrar que es falsa. Por usar el famoso ejemplo de Popper, la observación de un cuervo que no es negro implica lógicamente que la afirmación “*todos los cuervos son negros*” es falsa.<sup>113</sup> Aristóteles ya explicó que no es lícito pasar de la verdad de una proposición particular positiva a su correspondiente universal, pero que si lo es hacerlo de la falsedad de una a la de la otra.

La consecuencia de esto será para Popper que una hipótesis será científica si es falsable, si no está protegida contra la falsación. Y desde luego parece muy razonable. Si una descripción del mundo no es falsable supone que el mundo puede comportarse de cualquier manera, puede ocurrir cualquier cosa o puede tener cualquier propiedad sin entrar en conflicto con el enunciado. Y solo se puede considerar que una hipótesis proporciona algún conocimiento sobre el mundo si excluye algunas observaciones posibles

Bajo dicha consideración a continuación se expone las críticas y argumentos más relevantes, que sugieren que la carga probatoria dinámica no es apta para el proceso civil.

a) Constituye una invocación a la subjetividad del juez.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> POPPER, KARL, “La lógica de la investigación científica”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1980, pagina 27.

<sup>114</sup> BOTTO OACKLEY, HUGO, “La congruencia procesal”, Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2007, pagina 323.

- b) Afecta la seguridad jurídica, pues impide saber con antelación a la entrada en juicio a quién le incumbe la carga de la prueba.
- c) Se alza en contra de la garantía constitucional del debido proceso, en la medida que<sup>115</sup>:
  - o *Amenaza la imparcialidad del juzgador*, pues cuando el juez resuelve quién llevará el peso de la prueba preanuncia como juzgará la causa y, en consecuencia, quien será el favorecido por la resolución.
  - o *Conculca la presunción de inocencia*, que, de acuerdo con la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, rige no solo en materia penal, sino también en sede civil.
  - o *Se afecta el derecho a la libertad probatoria*, en la medida que se priva a cada una de las partes del control de su estrategia de defensa en juicio, obligándola en la práctica a realizar actuaciones que pueden resultar absolutamente contrarias a sus propios intereses.
- d) Atenta contra la igualdad formal de las partes, pues un mismo litigante en juicios del mismo tipo puede ser cargado o no con el peso de la prueba, según criterios diferentes.
- e) Viola la regla de contradicción y conculca el derecho de defensa de los litigantes.

---

<sup>115</sup> BENAVENTOS, OMAR, Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, p. 4. Disponible en formato electrónico en: [www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BENAVENTOS.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BENAVENTOS.pdf) [23 de octubre, 2018].

En lo que se refiere a la regla de contradicción, Michele Taruffo<sup>116</sup> ha señalado que: *“una decisión de este tipo parece particularmente injusta cuando ocurre al final del proceso, esto es, en un momento en el que la parte que ha resultado gravada por una carga que le es impuesta por el juez no está ya en condiciones de satisfacerla, ni siquiera en el caso de que dispusiera de una prueba idónea en tal sentido”*.

Por su parte, respecto del derecho de defensa, Adolfo Alvarado Velloso<sup>117</sup> ha señalado que: *“cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los jugadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es una actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!”*.

- f) Incentiva indebidamente la litigación, puesto que *“todo litigante, aunque no tenga pruebas de su pretensión ni sepa si puede obtenerlas, estará incentivado a intentar llegar al juicio y convencer al tribunal de que por dificultades de producción de la prueba la carga probatoria debe gravar a su oponente”*.<sup>118</sup>

## **6.2. ARGUMENTOS A FAVOR.**

- a) *Lógica del sistema general de distribución de la incumbencia probatoria.* Tanto la formulación de la regla general del onus probandi, como el establecimiento de reglas especiales de distribución de la carga de la prueba, responden al principio de la facilidad probatoria. En consecuencia, la aplicación automática e

---

<sup>116</sup> TARUFFO, MICHELE, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, página 265.

<sup>117</sup> ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, *La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal*, Librotecnia, Santiago, 2009, Página 69.

<sup>118</sup> CORRAL, HERNÁN, “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil”, en Aguirrezabal, M. (Ed.), *Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2012, página 113.

indiscriminada de dichas reglas, sin atender las circunstancias especiales del caso concreto, puede resultar contraproducente, en la medida que se desvirtúa la propia finalidad que las inspira (la facilidad probatoria).<sup>119</sup>

- b) *Insuficiencia y, en consecuencia, necesaria flexibilización de las reglas clásicas de la carga de la prueba para una solución justa del caso concreto.* La aplicación estricta del onus probandi en aquellos casos en los cuales la prueba resulta de imposible o muy difícil concreción a quien se encuentra sujeto a la carga de la prueba, conlleva a dictar una sentencia formalmente válida, no obstante, intrínsecamente injusta; lo cual evidencia la insuficiencia de la abstracción de las reglas clásicas y la necesidad de complementar, corregir o flexibilizar dichas reglas. Dicha necesidad se satisface a través del principio de facilidad probatoria, pues permite referir el problema de la carga de la prueba al caso concreto y, en definitiva, aplicar la justicia al caso concreto<sup>120</sup>.
- c) *Deber de colaboración de las partes en el proceso.* En este sentido, se ha señalado que las cargas probatorias dinámicas se sustentan en el deber procesal que recae sobre las partes de conducirse con lealtad, probidad y buena fe<sup>121</sup>.

Por su parte, en España<sup>122</sup> los principios de disponibilidad y facilidad probatoria se conectan, además, con el deber constitucional de colaboración de las partes con los Tribunales de Justicia, consagrado en el Art. 118 de la Constitución de España.

---

<sup>119</sup> FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., pagina 142.

<sup>120</sup> TAVOLARI, RAÚL: “¿Confianza o desconfianza en los jueces?: Un alegato a favor de conferir mayores oportunidades a la justicia, a propósito de la polémica por las cargas probatorias dinámicas o principio de facilidad de la prueba”, 2012, p.5. Disponible en formato electrónico: [www.ichdp.cl/wp-content/uploads/respuesta-raultavolari.pdf](http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/respuesta-raultavolari.pdf) [1 de noviembre, 2018]

<sup>121</sup> Principios que según debemos recordar, se encuentran plenamente plasmados en la Ley No. 439.

<sup>122</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España 227/1991. Disponible en formato electrónico en: [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es) [4 de noviembre 2018].

- d) *Mantener la igualdad material y real de las partes en el proceso.* Mediante la aplicación del principio de facilidad probatoria se pretende que las partes cuenten en el proceso con igualdad de armas, de modo que factores externos como la mayor facilidad o disponibilidad de acceso a los medios de prueba de una de las partes no condicionen el resultado final del litigio.

Mediante la aplicación de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria no sólo se pretende que las partes cuenten en el proceso con igualdad de armas, sino también, según el profesor Hunter<sup>123</sup>, se pretende evitar la generación de una hipótesis de desigualdad técnica que conculque el derecho de defensa de uno de los litigantes.

En definitiva, la carga dinámica de la prueba, estimula e incentiva a la parte que dispone –o dispondría – con exclusividad –o con mayor facilidad – del material probatorio a incorporarlo al proceso con el objeto de reducir la asimetría informativa en el juicio y, en consecuencia, permitir que los litigantes transiten a través del proceso defendiendo sus intereses con paridad informativa.

- e) *Fortalece o refleja el principio de economía procesal.* Mediante su aplicación la actividad jurisdiccional presenta un menor desgaste, pues se incorporan pruebas al proceso, que de haberse aplicado las reglas tradicionales de la carga de la prueba no hubieran ingresado a éste. De este modo, el proceso se agiliza, ya que, en el evento en que el litigante que dispone del material probatorio decida satisfacer la carga de la prueba, el juez no se verá en la necesidad de realizar una valoración de los otros medios de prueba; valoración que sólo traería aparejada una mayor

---

<sup>123</sup> HUNTER, IVÁN, “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil”, en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Año 17, página 65. Según explica el profesor Hunter, “cuando una de las partes tiene el dominio completo respecto del hecho (conoce de mejor forma el hecho controvertido), y está en una situación de cercanía respecto de las fuentes de prueba (...) se genera una hipótesis de desigualdad, no económica, pero sí técnica”.

dilación en la resolución justa del conflicto ya que, probablemente, no le generaran una convicción total del caso

- f) *El Derecho de Defensa*. Particularmente, evita exigir una *probatio diabólica* al litigante que se encuentra imposibilitado de probar su pretensión por causa ajena a su voluntad.
- g) Contribuye a la búsqueda de la verdad.

La búsqueda de la verdad en el proceso civil no es irrelevante ni ajeno al proceso civil. Más aun actualmente en nuestra normativa constituye un paradigma lógico de la jurisdicción ordinaria bajo la previsión del art. 180 de la Constitución Política del Estado y la especie el Código Procesal Civil identifica a la misma como una verdadera labor del juez en su art. 1-16 y art. 134

## **7. DISPONIBILIDAD Y FACILIDAD PROBATORIA.**

Uno y otro criterio no son idénticos, ni expresiones sinónimas. De esta forma, en la doctrina española se ha entendido que entre ambos conceptos existe una relación de género a especie, afirmándose que, mientras el principio de facilidad probatoria tiene un carácter amplio y genérico, el de disponibilidad tiene un alcance restringido y particular.

## **8. CONCEPCIONES RESPECTO DE LA FACILIDAD Y DISPONIBILIDAD PROBATORIA.**

### **8.1. CONCEPCIÓN RESTRINGIDA.**

Mercedes Fernández, siguiendo a Asencio Mellado, entiende ambos criterios como sigue.<sup>124</sup>

En virtud de esta concepción, la facilidad probatoria se refiere a aquellos supuestos en que, *“aunque cada parte pueda probar los hechos que le son favorables, la parte contraria a la que le corresponde probar un determinado puede aportar dicha prueba al proceso más rápidamente o más fácilmente”*.

Por su parte, el principio de disponibilidad probatoria, al alero de esta concepción, *“implica que la parte contraria a la que, según las reglas generales, tiene la carga de probar es la que tiene en su poder la prueba necesaria para acreditar los hechos que fundamentan la pretensión de la contraparte”*.

Para esta concepción, además, el alcance del principio de facilidad probatoria ha de fijarse en atención a la posición que cada parte ocupa respecto de la prueba de un determinado hecho.

## **8.2. CONCEPCIÓN AMPLIA.**

Dentro de esta concepción se encuentra la propuesta de Muñoz Sabaté, quien entiende ambos criterios según se expone a continuación.<sup>125</sup>

Para el mencionado autor, el *principio de facilidad probatoria* no se reservaría sólo a los supuestos en los que es más fácil o rápido para la contraparte aportar una prueba, sino también comprendería a todos aquellos casos en los que ésta puede aportarla con un menor

---

<sup>124</sup> FERNANDEZ, MERCEDES: ob.cit., pagina 147.

<sup>125</sup> MUÑOZ SABATÉ, LUIS: Fundamentos de la prueba judicial civil, Ley 1/2000, JM, Bosch editor, Barcelona, 2001, p.179, citado por FERNÁNDEZ, MERCEDES, ob. cit., p.147.

coste económico, de forma más fiable o asegurando su práctica más que la parte a la que beneficia dicha prueba.

Acto seguido, entiende que el principio de *disponibilidad probatoria* alude a una situación de cercanía, acceso o contacto del litigante con la fuente o medio de prueba. Disponibilidad que, según distingue el referido autor, puede ser material (acceso exclusivo a la fuente o medio de prueba) o intelectual (cuando la parte es la única que conoce el dato que hay que incorporar al proceso).

Para esta segunda concepción, a diferencia de la anterior, el principio de facilidad probatoria no responde al posicionamiento procesal de las partes, sino al comportamiento que éstas tengan en la Litis, implicando una conducta procesal; razón por la cual el principio de facilidad trasciende de la esfera propia de la regla de juicio y, en consecuencia, se incardina, además, en el área de la valoración de la prueba.

## **9. MOMENTO DE APLICACIÓN.**

Generalmente, al tratar el tema que se analizará a continuación, se le denomina “*momento de aplicación*” de las cargas probatorias dinámicas; sin embargo, cabe destacar que, técnicamente, lo que está en discusión no es el momento de aplicación de la institución, sino más bien, la procedencia, o no, de alguna exigencia para su aplicación; específicamente, el aviso o noticia anticipada a la parte sobre la cual recaerán el riesgo de no esclarecimiento de él o los hechos inciertos, según las posibilidades de producir prueba (facilidad y disponibilidad probatoria).

Una vez efectuada la aclaración previa, es posible señalar que para la aplicación de la teoría de cargas probatorias dinámicas existen dos supuestos: Un primero, consistente en aplicar la institución en la sentencia misma, sin ninguna consideración. Y uno segundo,

en virtud de la cual la aplicación de ésta debe venir precedida por un aviso previo o noticia anticipada, cuya ocurrencia debe verificarse con antelación a la sentencia.

Esta discusión se ha dado principalmente en la doctrina argentina. Es por ello que, en las líneas que siguen, expondremos las razones, generales, que se han dado en el país trasandino, tanto a favor como en contra de cada una de las opciones para la aplicación de la carga dinámica de la prueba.

En el año 1993, en relación a este punto, en el XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal argentino, en su cuarta conclusión, se señaló lo siguiente:

*“Se estima que la invocación judicial oficiosa al momento de sentenciar de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o de concepciones afines, puede prima facie, entrañar algún riesgo para la garantía de la defensa en juicio. Empero, tal aplicación, quedaría cohonestada, por constituir aquella un corolario de las reglas de la sana crítica en materia de valoración de la prueba: preceptos que pueden y deben meritarse los tribunales. Además, contribuye en el mismo sentido la normativa legal que consagra la posibilidad de apreciar la conducta procesal de las partes. Igualmente la adopción en el futuro de la audiencia preliminar (oportunidad en que se advertirá a ambas partes sobre los especiales esfuerzos probatorios que deberán encarar), eliminaría el riesgo indicado (...).”<sup>126</sup>*

## **9.1. APLICACIÓN DE LA TEORÍA EN LA SENTENCIA, SIN MÁS.**

---

<sup>126</sup> CARBONE, CARLOS, “Cargas probatorias dinámicas: una mirada al Derecho Comparado y novedosa ampliación de su campo de acción”, en Peyrano, Jorge .W (dr.) y Lépori, Inés (cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004, página 214.

Según Sergio José Barbeiro<sup>127</sup>, nada soluciona que el juez fije de antemano, en la audiencia preliminar, a cuál de las partes le corresponderá la carga probatoria. Para sostener lo anterior, dicho autor se sustenta en dos argumentos. En primer lugar, en que las cargas probatorias dinámicas son sana crítica y, en tal sentido, valoración y razonamiento judicial. Por lo tanto, no podría arribarse a tal juicio sino al sentenciar, a la postre de analizar todo el material probatorio. Y, en segundo lugar, que aceptar el aviso previo como solución (no habiendo que solucionar) implicaría darle a la dinámica probatoria un cariz de pauta *a priori* que, justamente, el instituto repudia. Razón por la cual, sólo se generaría un cambio aparente, pues todo quedaría tal como estaba.

Por su parte el autor Edgar Baracat<sup>128</sup> señala que el aviso temprano de las cargas probatorias dinámicas implicaría situar al juez en un camino del que no tendría retorno o del que le resultaría difícil volver, ya que si, luego de producida totalmente la prueba por los litigantes, el juez advierte pruebas suficientes para dirimir el conflicto de conformidad a la reglas tradicionales: la institución de las cargas dinámicas de la prueba no ha de aplicarse. Lo cual, induciría al juez a desdecirse de aquél anuncio y reconocer que el litigio se ha de componer conforme a las reglas clásicas de la prueba.

Por su parte, Luis Eduardo Sprovieri<sup>129</sup> sostiene que el mencionado aviso del juez a las partes con anterioridad a la sentencia es innecesario, peligroso y, en algunos casos, hasta de imposible concreción práctica. Innecesario, ya que la doctrina tiene el carácter de doctrina recibida, por lo tanto, nadie puede alegar sorpresa ante su aplicación. Peligroso, puesto que de la omisión del aviso derivaría la imposibilidad de aplicar la institución, con lo cual la decisión justa del caso quedaría sometida al cumplimiento de una formalidad

---

<sup>127</sup> BARBEIRO, JOSÉ, “Cargas probatorias dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?”, en Peyrano, Jorge (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004, Pagina 106 y 107

<sup>128</sup> *Ibíd.*, pagina 282

<sup>129</sup> SPROVIERI, LUIS EDUARDO: “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”. Disponible en formato electrónico: [www.fsdalegal.com.ar/index.php/audiencia-preliminar-y-cargas-probatorias-dinamicas/](http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/audiencia-preliminar-y-cargas-probatorias-dinamicas/) [3 de septiembre de 2018].

absolutamente innecesaria. Y, finalmente, de imposible concreción práctica, atendido el momento procesal.

Finalmente, Jorge Peyrano <sup>130</sup>sostiene una posición ecléctica. No se opone a la advertencia previa a las partes, sin embargo, estima que es sobreabundante, pues la sorpresa que pretendería evitar mediante su utilización no son tales; atendido el carácter de doctrina recibida de la institución.

## **9.2. APLICACIÓN DE LA TEORÍA PREVIO AVISO.**

Según Roberto Berizonce<sup>131</sup>, el anoticiamiento de la adjudicación del onus probandi a una de las partes en el transcurso de la audiencia preliminar, salvaguarda la garantía del contradictorio en un doble aspecto: por un lado, evita la adjudicación sorpresiva *ex post* en la sentencia y, por otro lado, les confiere a ambas partes la posibilidad de ser oídas y argumentar sobre dicha adjudicación en la audiencia y, en su caso, ofrecer nuevas pruebas sobre los hechos en cuestión.

Según Michelle Tarufo<sup>132</sup>, el juez que pretendiera ejercer su supuesto poder de intervenir sobre las cargas de la prueba debiera al menos comunicar esta intención a las partes con la mayor anticipación posible, a fin de permitirles preparar sus actividades defensivas y probatorias teniendo en cuenta la regla de juicio que el juez prevé adoptar..

De la comunicación anticipada o aviso previo para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, es posible señalar lo siguiente: ´

---

<sup>130</sup> PEYRANO, JORGE, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en Peyrano, Jorge .W (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004, p. 96.

<sup>131</sup> BERIZONCE, ROBERTO, “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias (a propósito de las reformas procesales en Argentina), en Revista de Derecho de Daños, N°5, La prueba del Daño – II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1999

<sup>132</sup> TARUFO, MICHELLE, Simplemente la verdad, ob. cit., p. 266.

Evita que la aplicación del principio de facilidad probatoria implique una sorpresa para los litigantes en el caso concreto. En consecuencia, fortalece la seguridad jurídica en el de indefensión. Es coherente con el carácter excepcional de la institución.

Estimula la actividad probatoria de las partes y, en el caso de que se satisfaga la carga dinámica de la prueba, permite la incorporación, efectiva, de fuentes de prueba que resultan indispensables para el esclarecimiento de la verdad sobre hechos relevantes para la solución justa de la controversia.

En aquellos casos en que el juez aplica la institución de oficio, le permite a las partes incorporar dentro de su estrategia y argumentación la facilidad probatoria y, en definitiva, controlar la decisión del tribunal.

Y, finalmente, desde un punto de vista institucional, permite extender el conocimiento de esta novedosa institución.

## **10. CONDICIONES DE PROCEDENCIA.**

Habiendo previamente desentrañado varios aspectos fundamentas sobre la teoría de cargas probatorias dinámicas podemos aducir que la misma tendrá los siguientes requisitos de procedencia: ‘

- a) ***Incetidumbre respecto de un hecho relevante***. Esta condición viene implícita en la naturaleza de carga de la prueba de la teoría objeto de estudio. En el caso que exista certeza, y por lo tanto certidumbre, ya sea de la existencia o de la inexistencia del hecho relevante materia del juicio, el asunto se zanjará en el estadio –previo a la carga de la prueba – de la valoración probatoria.

b) **Asimetría informativa verosímil y sustancial o relevante**. Para dar lugar al aviso previo, y probablemente aplicar el principio de facilidad probatoria, no se requiere la acreditación fehaciente de la asimetría informativa, sino que se requiere, al menos – o bastaría –, prueba sobre la verosimilitud de la misma. Lo anterior, se explica por dos razones:<sup>133</sup>.

- En primer término, pues el sujeto cuya carga se aligera debe arrimar algún esfuerzo y desarrollar también actividad probatoria. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objetamos no habrá hecho más que cambiar de manos.
- Y, en segundo término, porque atendida la etapa procesal (previa a la fase probatoria), no se puede exigir un estándar mayor, toda vez que se incurriría en el supuesto que la misma doctrina de las cargas probatorias dinámicas intenta evitar: exigir una prueba imposible o extremadamente difícil, a quien no dispone del material probatorio que le permitiría fundamentar su pretensión.
- La asimetría informativa tiene una triple importancia para efectos del principio de facilidad probatoria: el ser un fundamento de la institución; una condición de procedencia; y, a la vez, un límite respecto a su aplicación.

c) **Aviso previo o noticia anticipada**. El aviso previo a la sentencia definitiva, es una garantía del contradictorio y, particularmente, del derecho de defensa del litigante sujeto a la carga de la prueba según las mejores posibilidades de producir prueba.

---

<sup>133</sup> Mientras la primera razón intenta responder a la pregunta ¿cómo se explica la exigencia de verosimilitud?; la segunda, por su parte, intenta responder a la interrogante ¿Por qué se exige verosimilitud y no un estándar mayor?

Por lo tanto, su omisión acarrea la imposibilidad de aplicar la institución. Su realización no implica que indefectible e insoslayablemente la carga dinámica de la prueba recibirá aplicación, sólo permite que ambos litigantes, en el evento en que la teoría de la carga dinámica de la prueba se aplique, hayan podido argumentar, aportar prueba y, en general, contradecir a su contraparte.

## 11. LÍMITES.

Según María Gonzales Coulon, aun cuando éstos deben ser analizados caso a caso, es posible reconocer un límite general y absoluto: el *principio de no autoincriminación*<sup>134</sup>. De este modo, para saber si la carga dinámica de la prueba puede ser aplicada, se deberá proceder a una ponderación de los derechos que se presenten en el caso particular. Ponderación que, según la conclusión a la que arriba la autora, se debe sustentar en el principio de proporcionalidad y, consecuentemente, en los tres criterios que componen dicho principio, esto es: idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente.

El segundo límite para la aplicación del principio de facilidad probatoria es la *simetría informativa*. La verosimilitud de asimetría informativa es el presupuesto de aplicación que permite dar operatividad a la facilidad probatoria, particularmente al aviso previo. Luego, si durante el curso del proceso no se logró acreditar que la asimetría informativa entre ambos litigantes era tal, o que tanto uno como el otro se encontraban en igual disponibilidad o facilidad probatoria: la institución no recibirá aplicación, pues de hacerlo se conculcaría la igualdad material y el derecho de defensa de los litigantes.

---

<sup>134</sup> GONZÁLEZ COULON, MARÍA, La carga dinámica de la prueba y sus límites, Legalpublishing, Santiago, 2013, Pagina 8 y 9. En este sentido, la autora explica que el principio de no autoincriminación, a partir del cual se derivan – en términos generales – el derecho a no prestar juramento y el derecho al silencio, tiene un ámbito de aplicación amplísimo, que no se limita al ámbito penal. Tesis que – según ella misma argumenta –se fundamenta en el Art. 8 N°2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición en la cual se reconoce sin especificación respecto al ámbito de aplicación: “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Y finalmente, el derecho de defensa, pues *“sólo la desigualdad técnica capaz de lesionar el derecho de defensa provocando indefensión es susceptible de justificar el empleo de esas herramientas correctoras”*.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> HUNTER, IVÁN, “La iniciativa probatoria...”, ob. cit., p. 65, nota a pie de página n° 33.

## **CAPITULO IV**

### **“LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA”**

*“Una cosa no es justa no porque sea ley, pero debe ser ley porque es justa.”*

Barón de Montesquieu

## **1. LEGISLACION NACIONAL.**

### **1.1. CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO.**

#### **ARTÍCULO 8.**

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

#### **ARTÍCULO 115.**

I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones.

#### **ARTÍCULO 119.**

I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina

#### **ARTÍCULO 180.**

I. La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez.

### **1.2. LEY DEL ORGANO JUDICIAL No. 025.**

#### **ARTÍCULO 30. (PRINCIPIOS).**

Además de los principios esenciales y generales del Órgano Judicial, la jurisdicción ordinaria se sustenta en los siguientes:

**11. VERDAD MATERIAL.** Obliga a las autoridades a fundamentar sus resoluciones con la prueba relativa sólo a los hechos y circunstancias, tal como ocurrieron, en estricto cumplimiento de las garantías procesales.

**12. DEBIDO PROCESO.** Impone que toda persona tenga derecho a un proceso justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la ley.

**13. IGUALDAD DE LAS PARTES ANTE EL JUEZ.** Propicia que las partes en un proceso, gocen del ejercicio de sus derechos y garantías procesales, sin discriminación o privilegio de una con relación a la otra.

### **1.3. CODIGO CIVIL BOLIVIANO.**

#### **ARTÍCULO 1283. (CARGA DE LA PRUEBA).**

I. Quien pretende en juicio un derecho, debe probar el hecho o hechos que fundamentan su pretensión.

II. Igualmente, quien pretende que ese derecho sea modificado, extinguido o no es válido, debe probar los fundamentos de su excepción.

#### **ARTÍCULO 1284. (INVERSIÓN DE LA PRUEBA).**

Los acuerdos que invierten o modifiquen la carga de la prueba son nulos, excepto cuando los disponga o permita la ley.

### **1.4. CODIGO PROCESAL CIVIL**

## **ARTÍCULO 1. (PRINCIPIOS).**

El proceso civil se sustenta en los principios de:

**4. Dirección.** Consiste en la potestad de la autoridad jurisdiccional para encaminar las actuaciones procesales de manera eficaz y eficiente, y ordena a las partes, sus apoderados y abogados al cumplimiento de las disposiciones legales.

**5. Inmediación.** Permite a la autoridad jurisdiccional, el contacto personal y directo con las partes en las audiencias, con la prueba y los hechos que se alegan en el proceso, excepto en los actos procesales que deban cumplirse por comisión fuera de la jurisdicción de Juzgado.

**13. Igualdad procesal.** La autoridad judicial durante la sustanciación del proceso tiene el deber de asegurar que las partes, estén en igualdad de condiciones en el ejercicio de sus derechos y garantías procesales, sin discriminación o privilegio entre las partes.

**15. Contradicción.** Las partes tienen derecho a exponer sus argumentos y rebatir los contrarios.

**16. Verdad material.** La autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aún cuando no hayan sido propuestas por las partes.

## **ARTÍCULO 6. (INTERPRETACIÓN).**

Al interpretar la Ley Procesal, la autoridad judicial tendrá en cuenta que el objeto de los procesos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva. En caso de vacío

en las disposiciones del presente Código, se recurrirá a normas análogas, la equidad que nace de las leyes y a los principios generales del derecho, preservando las garantías constitucionales en todo momento.

#### **ARTICULO 24. (PODERES).**

La autoridad judicial tiene poder para:

3. Ejercitar las potestades y deberes que le concede este Código para encausar adecuadamente el proceso y la averiguación de la verdad de los hechos y derechos invocados por las partes.

4. Disponer en cualquier momento del proceso, hasta antes de sentencia, la presencia de las partes, testigos o peritos, a objeto de formular aclaraciones o complementaciones que fueren necesarias para fundar la resolución.

#### **ARTÍCULO 134. (PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL).**

La autoridad judicial en relación a los hechos alegados por las partes, averiguará la verdad material, valiéndose de los medios de prueba producidos en base a un análisis integral.

#### **ARTÍCULO 135. (NECESIDAD DE PRUEBA).**

I. Las afirmaciones de hecho efectuadas por una parte que fueren relevantes o controvertidas, deben ser probadas.

#### **ARTÍCULO 136. (CARGA DE LA PRUEBA).**

I. Quien pretende un derecho, debe probar los hechos constitutivos de su pretensión.

II. Quien contradiga la pretensión de su adversario, debe probar los hechos impositivos, modificatorios o extintivos del derecho de la parte actora.

III. La carga de la prueba que el presente Código impone a las partes no impedirá la iniciativa probatoria de la autoridad judicial.

## **2. LEGISLACIÓN COMPARADA EN LATINOAMÉRICA.**

### **2.1. CODIGO CIVIL ARGENTINO.**

#### **ARTICULO 1735. FACULTADES JUDICIALES.**

No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

### **2.2. BRASIL – CÓDIGO DO PROCESO CIVIL.**

**Art. 373.** O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

### **2.2.1. TRADUCCIÓN.**

**Art. 373. La carga de la prueba incumbe:**

I - al autor, en cuanto al hecho constitutivo de su derecho;

II - al reo, en cuanto a la existencia de hecho impeditivo, modificativo o extintivo del derecho del autor.

§ 1º En los casos previstos en la ley o ante las peculiaridades de la causa relacionadas imposibilidad o la excesiva dificultad de cumplir la carga en virtud del caput o la mayor facilidad de obtención de la prueba del hecho contrario, podrá el juez atribuir la carga de la prueba de modo diverso, siempre que lo haga por decisión motivada, en cuyo caso deberá dar a la parte la oportunidad de deshacerse de la carga que le fue atribuida.

§ 2 La decisión prevista en el artículo 1 de este artículo no puede generar una situación en la que el incumplimiento de la carga por la parte sea imposible o excesivamente difícil.

§ 3º La distribución diversa de la carga de la prueba también puede ocurrir por convención de las partes, salvo cuando:

I - recaer sobre derecho no disponible de la parte;

II - hacer excesivamente difícil a una parte el ejercicio del derecho.

§ 4 El convenio de que trata el artículo 3 puede celebrarse antes o durante el procedimiento.

## **2.3. URUGUAY – CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.**

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

139.1 Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

139.2 *La distribución de la carga de la prueba* no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación, conforme *con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias de la prueba*.

## **2.4. PARAGUAY – (ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL).**

### **Art. 116.I.- (Cooperación en la Prueba. Carga de la Prueba)**

116.1 Todos los litigantes y el juez o tribunal *deben cooperar lealmente* en el esclarecimiento de los hechos controvertidos y relevantes, procurando arribar, en lo posible, a la verdad objetiva.

116.2. *Si pese al esfuerzo probatorio*, aquellos hechos no fueron esclarecidos, en todo o en parte, el litigio podrá ser resuelto según el siguiente principio, de la carga de la prueba.

116.3. Cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto factico de la norma o normas aplicables a su pretensión, defensa o excepción.

116.4. *La negativa de una parte a aportar alguna probanza que estuviere en su disponibilidad*, constituirá *una presunción simple* contra su posición en el litigio.

## **2.5. COLOMBIA - CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO.**

## **ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA.**

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, *distribuir la carga al decretar las pruebas*, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, *exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

## **2.6. GUATEMALA - PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL.**

El Proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial (que proyecto forma parte del Programa de Modernización del Organismo Judicial de Guatemala) contempla la siguiente norma:

**“Artículo 148. Carga de la prueba.**

148.1 Quien pretende algo ha de probar los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradice la pretensión del adversario ha de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión.

148.2 *La distribución de la carga de la prueba no obstará a la apreciación, conforme a las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba.*

148.3 Para la aplicación de lo dispuesto en los numerales anteriores el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que *corresponda a cada una de las partes del litigio.*

Artículo 149. Iniciativa probatoria del tribunal. El tribunal tendrá iniciativa probatoria respecto de los hechos invocados y controvertidos por las partes.

**Artículo 150. Valoración de la prueba.**

150.1 Las pruebas se apreciarán tomando en cuenta cada una de las producidas y en su conjunto, racionalmente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

150.2 El tribunal indicará concretamente, en qué medios de prueba funda principalmente su decisión

150.3 A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, para los efectos del proceso, de otro hecho. La presunción judicial debe ser consecuencia directa, precisa y lógicamente deducida de un hecho comprobado; debe ser grave y concordar con las demás pruebas rendidas en el proceso.

**Artículo 151. Producción de la prueba y deber de colaboración en su práctica.**

- a) Todas las pruebas deben ser producidas en audiencia y conforme con lo que se disponga para cada proceso en particular, salvo disposición especial en contrario.
- b) Los terceros y las partes tienen el deber de prestar la máxima colaboración para la efectiva y adecuada realización de los medios de prueba”.

## **2.7. PERU – CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL (1993).**

El Código Procesal Civil y Comercial de Perú (1993) contiene una norma a fin a las ideas que se vienen exponiendo.

**“Artículo 282.- Presunción y conducta procesal de las partes. –**

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas”.

## **2.8. COSTA RICA – PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

El Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil de aquel país, en su artículo 41, luego de reflejar la regla clásica de distribución de la carga de la prueba, contempla el siguiente párrafo:

“Para la aplicación de lo dispuesto en los incisos anteriores de este artículo se deberá tener presente la *disponibilidad y facilidad probatoria* que corresponde a cada una de las partes, de acuerdo con la naturaleza de lo debatido”.

## **2.9. CHILE - ANTEPROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2012).**

**Art. 294.- Carga de la prueba.** Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar.

## **3. LEGISLACIÓN COMPARADA EN IBEROAMÉRICA.**

### **3.1. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA (2004).**

**“Art. 11. Audiencia preliminar. -**

Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir.

Par. 1°. El juez oirá a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero.

Par. 2°. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

Par. 3°. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.

Par. 4°. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.

Par. 5°. Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada:

I – decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II – podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso;

III – fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso.

IV - esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12”.

**“Art. 12. Pruebas.**

Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º - La *carga de la prueba* incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º - Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

Par. 3º - El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio”.

### **3.2. CÓDIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBEROAMÉRICA (1988).**

**“Art. 129. (Carga de la prueba).**

Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión. *La distribución de la carga de la prueba* no obstará a la iniciativa probatoria del Tribunal *ni a su apreciación, conforme con las reglas de la sana crítica, de las omisiones o deficiencias en la producción de la prueba*”.

## **4. LEGISLACIÓN COMPARADA EN EUROPA.**

### **4.1. ESPAÑA – LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000.**

**“Artículo 217. Carga de la prueba.**

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente **la carga de probar la certeza de los hechos** de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

4. **En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado** la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[Este apartado ha sido añadido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)]

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán **siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales** la carga de probar los hechos relevantes.

[Este apartado pasa a ser el apartado 6 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)].

7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este *artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.*

[Este apartado pasa a ser el apartado 7 del artículo 217 de la LEC según lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (BOE núm. 71, de 22-03-2007, pp. 12611-12645)]”.

## **4.2. FRANCIA – NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL, SEGÚN LA MODIFICACIÓN OPERADA POR DECRETO 2003-542 DEL 23/06/03 (JO 25/06/03).**

### **Artículo 9**

Las partes tienen la carga de probar conforme a la ley los hechos necesarios para la estimación de sus pretensiones.

### **Artículo 11**

Las partes tienen la *obligación de colaborar* en la práctica de las pruebas; el tribunal operará las consecuencias oportunas en caso de que se abstengan o rechacen hacerlo.

Si *una parte tuviera en su poder un elemento de prueba*, el tribunal, a petición de la parte contraria, podrá requerirle para que lo aporte, bajo apercibimiento de multas coercitivas. El tribunal también podrá, a petición de una de las partes, solicitar u ordenar, bajo idéntico

apercibimiento, la aportación de todos aquellos documentos que estuvieran en poder de un tercero, si no existe impedimento legítimo.

## **Sección VI: La contradicción**

### **Artículo 15**

*Cada una de las partes debe poner en conocimiento de la contraria, con antelación suficiente, los elementos de hecho en que funde sus pretensiones, las pruebas que aporta y los fundamentos de derecho invocados, a fin de que cada una esté en condiciones de organizar su defensa”.*

## **4.3. ITALIA**

### **“Art. 2697 Onere della prova**

Chi vuol far valere un diritto in giudizio (Cod. Proc. Civ. 163) deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (Cod. Proc. Civ. 115).

Chi eccepisce l’inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l’eccezione si fonda.

### **Art. 2698 Patti relativi all’onere della prova**

Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l’onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o **quando l’inversione o la modificazione** (1341) ha per effetto di rendere a una delle parti **eccessivamente difficile l’esercizio del diritto”.**

### **4.3.1. TRADUCCIÓN.**

#### **“Art. 2697 Carga de la prueba**

Cualquier persona que desee hacer valer un derecho en un tribunal (Código Procesal Civil 163) debe probar los hechos que constituyen su fundamento (Código de Procedimiento Civil 115).

Cualquier persona que se oponga a la ineficacia de tales hechos o reclame que el derecho ha sido modificado o extinguido debe probar los hechos en los que se basa la excepción.

#### **Art. 2698 Pactos relativos a la carga de la prueba.**

No hay pactos con los que se invierta o modifique la carga de la prueba, cuando se trata de derechos que las partes no pueden disponer o *cuando la inversión o modificación* tiene el efecto de hacer que a una de las partes le sea *excesivamente difícil el Ejercicio su derecho* “.

## **4.4. PORTUGAL – CÓDIGO PROCESAL CIVIL (2003).**

#### **“ARTIGO 516.º (Princípio a observar em casos de dúvida)**

A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

### **4.4.1. TRADUCCIÓN.**

**“ARTÍCULO 516 (Principio a observar en casos de duda)**

La duda sobre la realidad de un hecho y sobre el reparto de la carga de la prueba se *resuelve contra la parte a la que el hecho aprovecha*”.

**CAPÍTULO V**  
**“ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE COMPATIBILIDAD  
NORMATIVA”**

*“A mí, el derecho nunca me impidió hacer justicia.”*

Santiago Sentis Melendo

## **1. CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Los capítulos precedentes, han cumplido con la labor a la cual estaban destinados, generando una convicción y panorama claros de lo que es la Carga de la Prueba como imperativo del propio interés de las partes y lo que la Teoría de Cargas Probatorias dinámicas implica como concepción moderna y -debemos repetirlo siempre- “*excepcional*” dentro de lo que es la distribución de los esfuerzos probatorios.

Una vez expuesto el esquema que la doctrina, la teoría y jurisprudencia internacional han otorgado a la carga dinámica de la prueba, podemos apreciar que es un instrumento útil para configurar un acercamiento más certero a la verdad *sobre todo en situaciones de difícil probanza*. Su utilidad y *además consagración legislativa* se ha visto en países como Argentina, Colombia, Brasil y España, de donde provienen en su gran mayoría los profesores y juristas que se han dado a la difícil tarea del desarrollo y justificación de la nueva teoría.

Sin embargo, no podemos pasar por alto – y menos en la investigación que requiere una Tesis de Grado – el hecho de que, si bien es cierto que las normas y teorías generadas dentro de entornos sociales internacionales es de grandiosa utilidad dentro de los países

en que fueron conformados, no es menos evidente que la recepción “como tal<sup>136</sup>” de dichas normas y teorías internacionales dentro de un estado que fue ajeno a la concepción de los ideales que dieron a lugar a la construcción teórica, podría generar aspectos degenerativos y disvaliosos dentro del ordenamiento del estado receptor, desnaturalizando el verdadero objetivo al cual estaba destinada la aclamada norma internacional.

Y es que alcanzar ese razonamiento es puramente lógico, toda vez que el entorno social, cultural, económico y político que vive el capital humano de un determinado país a diario, suele ser totalmente antagónico al de otro. Jurídicamente hablando, la consecuencia de generación de normas en entornos antagónicos, supone pues que la misma norma no operara en otro país, con la misma concepción que el espíritu del legislador le ha otorgado al momento de sancionarla, puesto que durante el proceso de elaboración el mismo se inspiró en la otorgación de soluciones que contribuyan a la solución de los problemas que particularmente aprecia en su entorno, cuya situación –debemos aclarar- no es una deficiencia, si no más al contrario es la concepción más correcta de las normas, puesto que el legislador vera a su entorno beneficiado con la norma que el mismo construyo para él. Solamente se realiza la puntualización de esta problemática, con la finalidad de establecer que en el caso particular de la presente investigación nos constituimos el “*el entorno receptor*” de la teoría desarrollada en Argentina por el Profesor Peyrano.

Bajo esa óptica, en el presente Capitulo se intentará demostrar la armonización y operatividad de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas con los ordenamientos jurídicos bolivianos “*pertinentes*”. Se hace un énfasis en la pertinencia, toda vez que el alcance de las cargas probatorias dinámicas, internacionalmente, ha superado el ámbito del derecho privado en general y del proceso ordinario en particular, llegando a extender sus concepciones al proceso ejecutivo, al Derecho Penal, al Derecho Administrativo, al Derecho Ambiental entre otros. En ese entendido en cuanto a pertinencia se refiere para

---

<sup>136</sup> Cuando decimos “Como Tal”, hacemos alusión a la recepción sin los reparos correspondientes que implica la asimilación de una norma extranjera.

la presente investigación, como bien se ha delimitado en el diseño de investigación, se hará incursión en el Derecho Procesal Civil, cuya expresión normativa en nuestro país se encuentra en la Ley No. 439 – Código Procesal Civil, sancionado el año 2013.

Indudablemente con carácter previo a la incursión en el procedimiento civil, se desarrollará los tópicos constitucionales que armonizan con la teoría objeto de estudio, en aras de ser severamente respetuosos a la propugna de la supremacía constitucional (*art. 410*) que emerge de la propia concepción del Estado Constitucional de Derecho.

Queda la razonable posibilidad de que la interpretación y justificación personal que pueda realizarse en torno al alcance de las normas nacionales no cumpla con los estándares que nuestro ordenamiento jurídico ha concebido para cada supuesto de hecho. Es por tal motivo que se usara como fuente auxiliar de interpretación la Jurisprudencia emitida por los máximos tribunales de la jurisdicción ordinaria en la materia como así también la jurisdicción constitucional; hablamos claro, del Tribunal Supremo de Justicia y el Tribunal Constitucional Plurinacional, ambos con sede en Sucre. De seguro que el razonamiento de ambos tribunales (*como últimos interpretes en materia civil y constitucional*) en relación a los tópicos a considerar en el presente capítulo, darán luces más útiles al desarrollo de una verdadera demostración de la armonía que guardan las Cargas Probatorias Dinámicas con el ordenamiento jurídico boliviano.

## **2. COMPATIBILIDAD DE LA TEORÍA CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA.**

En el Capítulo III pudimos apreciar como diferentes profesores han sustentado la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas sobre bases sólidas emergentes del Derecho

Constitucional, haciendo alusión a al derecho-Garantía de la Tutela Judicial Efectiva, y a la Igualdad de las partes.

La justificación de sustentar cualquier postulado normativo en la Constitución se consagra a través de la operatividad del Estado Constitucional de Derecho, puesto que de nada serviría fundar teóricamente un nuevo postulado omitiendo la consideración de la supremacía Constitucional.

En ese sentido podemos apreciar como el art. 410 de la Constitución Boliviana, refiere expresamente que ninguna norma podrá sobrepasar las disposiciones contenidas en la Constitución, formando el bloque de Constitucionalidad la propia C.P.E., el Derecho convencional (*a través de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos*) y el Derecho Comunitario.

En ese entendido se pasa a desarrollar los que, a juicio propio, producto de la investigación realizada, se consideran bases constitucionales de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico

## **2.1. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO FUNDAMENTO.**

La Tutela judicial efectiva ha sido uno de los tópicos constitucionales iniciales para considerar la posibilidad de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas.

La tutela judicial efectiva o el derecho de acceso a la justicia, es reconocido e incorporado de manera expresa en la CPE de 2009, en el art. 115, dentro del capítulo dedicado a las garantías jurisdiccionales, ambos contenidos en la Primera Parte del texto constitucional, intitulado “*Bases fundamentales del estado, derechos, deberes y garantías*”; de ahí,

emerge su importancia dentro de la gama de derechos y garantías que ciñen y sientan los fundamentos del Estado Plurinacional de Bolivia.

La disposición Constitucional señalada refiere de forma expresa:

*“I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.*

Tanto la doctrina como diversa jurisprudencia boliviana son coincidentes en afirmar que la tutela judicial efectiva consiste de manera general en la protección oportuna y realización inmediata de los derechos e intereses legítimos de las personas por parte de las autoridades que ejercen la función jurisdiccional; en consecuencia, es el derecho otorgado al ciudadano de exigir al Estado haga efectiva su función jurisdiccional.

Para entender un poco más el alcance de esta garantía exponemos la interpretación que Tribunal Constitucional le ha otorgado:

*“Así el art. 115.I de la CPE, refiere de forma textual “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, paralelamente a dicho precepto constitucional, el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 8 expresa: “GARANTIAS JUDICIALES, 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. [...] Por su parte, la SC 0492/2011-R de 25 de abril, que cita a la SC 0600/2003-R de 6 de mayo, estableció que: “...toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecidas con anterioridad por la ley, en la sustanciación*

*de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como podrá advertirse la norma transcrita consagra dos derechos humanos de la persona: 1) el derecho de acceso a la justicia; y 2) el derecho al debido proceso, entendiéndose por aquélla la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica. Conocido también en la legislación comparada como «derecho a la jurisdicción» (art. 24 de la Constitución Española), es un derecho de prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia; por lo mismo, tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley. Finalmente, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y la igualdad procesal''<sup>137</sup>*

Es interesante rescatar que el Tribunal Constitución Plurinacional, utiliza como factor auxiliar de interpretación, las concepciones sobre la Tutela Judicial Efectiva realizadas por la doctrina española, la cual -es importante recordar- acoge de forma plena la valoración de los factores de Facilidad y Disponibilidad sobre la prueba a través de la Tutela Judicial Efectiva; debiendo recordar que son el punto aplicativo de la teoría de cargas probatorias dinámicas en dicho país. Este tópico da lugar a tener la verosimilitud que la concepción española sobre la tutela judicial efectiva no difiere por creces a la concepción boliviana sobre dicha garantía.

---

<sup>137</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0404/2013-L, Expediente: 2011-24216-49-AAC, 28 de mayo de 2013.

Sin embargo, pasando por alto lo puntualizado líneas arriba, es menester precisar que la interpretación que nuestra jurisprudencia otorga esta garantía se centra en la protección oportuna y eficaz de los derechos de las personas por parte de la autoridad judicial. Esto quiere decir que el estado garantiza el acceso a la justicia a las personas, para que las mismas puedan ejercer el reclamo de sus derechos ante la jurisdicción como representante del estado, siendo además deber de este último otorgar una protección que permita conceder al tutelado la seguridad de que el aparato jurisdiccional es el medio pleno y eficaz para el reclamo de sus derechos; esto a través de su interacción con el principio de igualdad y del debido proceso.

Se aprecia con claridad la dualidad que la tutela judicial efectiva tiene en relación a su naturaleza, por un lado, podemos verlo como un derecho de acceso a la justicia y por otro como garantía de que el aparato estatal tiene todos los reparos necesarios para tutelar los derechos subjetivos.

Ahora bien, con la finalidad de encontrar el punto neurálgico de armonización que buscamos cabe hacer la siguiente problematización: *¿podrá el Estado garantizar la tutela judicial efectiva si el aparato que el mismo estado ha creado para la tutela de los derechos permite que una persona no tenga la más mínima posibilidad de probar los derechos que reclama?*

Para entender un poco más la trascendencia de la pregunta podemos recordar el aforismo relacionado en el Capítulo II: *“Tanto vale NO tener un derecho, como tenerlo y no poder probarlo”*

Desde luego que la pregunta planteada, no ocurre en la mayoría de los casos, si no en casos excepcionales, y quizá es el motivo por el cual la propia normativa vigente ha descuidado la tutela de los derechos de aquellos que se encuentran en una posición desventajosa. Actualmente el aparato estatal boliviano posee como regla la rigidez de la

distribución de la carga de la prueba bajo el clásico sistema Chiovendano, el cual -debemos aceptar- funge para la mayoría de los casos. Sin embargo, siendo deber del estado asumir la protección de *todos* sus habitantes, no puede conformarse con aceptar la rigidez de una regla, aun sea esta un 90% eficaz, puesto que es su deber garantizar también la tutela de los derechos del otro 10% que no encuentra solución en el aparato que el estado ha creado para dar tutela.

En ese sentido encontramos la armonía de la Tutela Judicial Efectiva desde la concepción boliviana, con la teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas, puesto que esta última constituye un instrumento de complementación para el aparato estatal, que se encargara de otorgar tutela en aquellos casos excepcionales de difícil o imposible probanza, a través de un sistema de flexibilización de la Carga de la Prueba que impedirá que el propio aparato estatal exija pruebas imposibles so pena de causar indefensión.

Así, la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas puede operar como expresión de la Tutela Judicial Efectiva, la cual además funge en complemento con otros principios y valores como el de Igualdad, cuyo fundamento será desarrollado en el siguiente punto.

## **2.2. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO.**

La Igualdad -en términos generales- parece el fundamento constitucional más consistente y practico de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas. Sin embargo, recordando lo expuesto en las consideraciones previas del presente capítulo, no debemos olvidar que a veces lo que funge de forma eficiente en una realidad puede no tener las mismas bondades en otra. En ese entendido pasaremos a considerar si los fundamentos de la *Igualdad* que la Constitución Boliviana propugna son análogos o contrarios a los que internacionalmente fundan la teoría de cargas probatorias dinámicas

La Constitución Política del Estado considera en materia de igualdad las siguientes disposiciones:

*“Artículo 8.*

*II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.*

*Artículo 119.*

*I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina*

*Artículo 180.*

*La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez.”*

De dichas normas podemos apreciar tres partidas del principio que analizamos. En primer lugar, la Igualdad pura como tal, seguidamente la Igualdad de Oportunidades y finalmente la Igualdad de partes ante el Juez. No obstante, la distinción en su denominación - como veremos de la interpretación asumida por la jurisprudencia sobre estos puntos- todos juegan un rol de interrelación, propugnando al unísono la consideración de la igualdad de las personas frente al Estado y frente a los demás.

*“La Constitución Política de Estado, define los valores de sociedad en su art. 8, disponiendo que el Estado Plurinacional de Bolivia se sustenta entre otros, en el valor de la justicia social, para vivir bien; en tal sentido, el texto constitucional, establece en los arts. 178.I y 180.I que la administración de justicia se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de partes ante el juez; por su parte, el art. 7 de la Declaración Universal de derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, dispone: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”, precepto normativo de orden internacional aplicable en mérito al bloque de convencionalidad establecido en el art. 410.II con relación al 13.IV CPE. El contexto normativo precedente, se materializa a través de la previsión contenida en el art. 14.V de la CPE, que determina que las leyes se aplican a todas las personas dentro del territorio boliviano; estableciendo en el art. 119 superior que las partes en conflicto gozarán de iguales oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y derechos que les asistan, siendo oídas por autoridad jurisdiccional competente, independiente e imparcial (art. 120.I CPE); de donde se extrae que todas las personas tienen derecho a acceder de forma igualitaria ante los jueces, no solamente en el sentido estricto de una idéntica oportunidad para acudir a los estrados judiciales sino también como la posibilidad cierta y evidente de recibir de los juzgadores idéntico tratamiento ante situaciones similares, a no ser que el juez de la causa exprese razones serias que justifiquen su posición.<sup>138”</sup>*

Es inevitable observar que la jurisprudencia nacional tiene una concepción bastante pura de la igualdad en su tónica constitucional, acercándose a lo que en el Capítulo III habíamos identificado como *Igualdad Formal*. Se llega a esta conclusión de los matices que

---

<sup>138</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 1149/2014, Expediente: 05514-2013-12-AAC, 10 de junio de 2014.

desprenden las palabras usadas por los magistrados, quienes hablan de la igualdad como sinónimo de “identidad” de trato, lo cual supone una aplicación *in abstracto* del este principio-valor.

Sin embargo, bajo el principio de indivisibilidad de las resoluciones judiciales, no podemos dejar escapar las palabras descritas en la última parte de la jurisprudencia citada la cual sugiere que la autoridad judicial puede alejarse de la *Igualdad formal* que propugna la C.P.E. “*bajo razones que justifiquen su posición*”. Este postulado nos lleva a recordar la analogía que, realizada el Expresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Eduardo Oteiza, de la “*Ley de la Ventaja*” como expresión de la aplicación de una regla distinta ante situaciones distintas. Así mismo nos lleva a recordar los postulados del Profesor Barbeiro quien advertía la existencia de una igualdad diferente a la formal a la cual denomino *Igualdad Material* la cual emergía de la consideración de un trato diferente fundado en la razón concreta de erradicar la manifiesta disparidad de una persona frente a otra en el ejercicio concreto de un derecho.

Justamente en ese camino nos encontramos con una interpretación jurisprudencial del Tribunal Constitucional Plurinacional que recoge los fundamentos más certeros de la igualdad material, propugnando un trato desigual en cuanto el estado aviste una situación donde una persona se halle en desventaja o en situación de vulnerabilidad:

*“III.1.1. La complementación, compatibilización y conciliación constitucional de la igualdad en sus dos vertientes: La igualdad formal y la igualdad material*

*El fundamento de la protección constitucional reforzada de los derechos de las personas pertenecientes a sectores en condiciones de vulnerabilidad es la igualdad en su múltiple dimensión, valor-principio-derecho, fuertemente proclamada en el nuevo orden constitucional, que debe ser comprendida en sus dos vertientes: La igualdad formal y la igualdad material, que se hallan complementadas, compatibilizadas y conciliadas en el*

*texto constitucional. [...] Ahora bien, el principio de igualdad formal que nos recuerda el aforismo de que “Todas las personas son iguales ante la ley”, propio del Estado Liberal de Derecho, es conciliado, compatibilizado y complementado con el principio de igualdad material afianzado a partir del Estado Social de Derecho, cuando la propia Constitución Política del Estado contiene normas para conseguir la igualdad efectiva entre todas las personas. Normas constitucionales aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores en situación de inferioridad, reconociendo por ejemplo, que sectores en condiciones de vulnerabilidad [...] son formalmente iguales respecto del resto de las otras personas pero al encontrarse materialmente en desventaja dentro de nuestra realidad social, es decir, tener otra posición social, económica o de otra índole requieren de disposiciones constitucionales específicas para una protección reforzada por parte del Estado a través de diversas concreciones para ser coherentes con el valor justicia consagrado como principio, valor y fin del Estado (art. 8.II de la CPE).” [...] “La igualdad material está constitucionalizada a través de una normativa de discriminación positiva o que disciplina políticas o acciones afirmativas, que implica tratar desigualdad a los desiguales, es decir a aquellos grupos o sectores que se encuentran en desventaja y, por tanto, en una situación desigual y desfavorable, para equilibrar la balanza y dar oportunidades a los grupos menos favorecidos para que puedan estar en igualdad de condiciones a través de normas jurídicas que busquen ese equilibrio tratando de evitar así detrimentos a grupos que se encuentran en desventaja.”<sup>139</sup>*

*“En primer lugar, debe tomarse en cuenta que la igualdad, en su genuino sentido, no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones diferentes, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad, pues respecto de estas, la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad- sino primordialmente al equilibrio que impone un trato*

---

<sup>139</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0846/2012, Expediente: 00915-2012-02-AAC, 20 de agosto 2012.

*diferente para circunstancias no coincidentes, lo que significa que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más entes, es decir, en dar a cada cual lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar.<sup>140</sup>”*

Con esta interpretación no cabe la menor duda que la visión constitucional de Igualdad del Estado Plurinacional de Bolivia, se encuentra acorde a los postulados de la Igualdad Material realizado por Barbeiro, quien no debemos olvidar uso los mismos con la finalidad de sustentar las bases axiológicas y constitucionales de las cargas probatorias dinámicas.

En atención a la evidencia de que nuestro país propugna como mandato constitucional la Igualdad Material, podemos arribar a concebir que la teoría de Cargas Probatorias Dinámicas se encuentra en armonía con dicho precepto constitucional *siendo además una expresión del mismo*, toda vez que –como hemos desarrollado ampliamente en el Capítulo III- esta teoría es por excelencia el estabilizador de las situaciones de manifiesta disparidad.

La doctrina de cargas probatorias dinámicas, se funda en dejar la carga de la prueba “Excepcionalmente” en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de probar bajo las concepciones de disponibilidad y facilidad probatoria, cuando a una de las partes se le hace imposible o extremadamente difícil aportar por sí misma la prueba que demuestra la fundabilidad de su pretensión. En su interrelación con la igualdad podemos decir que las cargas probatorias dinámicas generan un estabilizador ante la vulnerabilidad de una de las partes en materia probatoria, de no poder probar su derecho sea por motivos económicos, sociales, técnicos, profesionales, etc., ayudando a equilibrar *materialmente*, los riesgos que ambas partes deben correr con relación a la prueba, para de esa forma

---

<sup>140</sup> Tribunal Constitucional, Sucre, Sentencia Constitucional No. 0083/2000, Expediente: 2000-01524-04-RDI, 24 de noviembre de 2000.

evitar que la parte que materialmente se encuentra en mejor posición pueda hacer uso y abuso de su posición de privilegio ante la otra.

En ese entendido bajo el paraguas axiológico de igualdad material esta teoría se armoniza con los postulados constitucionales de igualdad al brindar “*aquel trato diferente para situaciones diferentes*” que en materia carga de la prueba se identifican como los casos de extrema dificultad probatoria de una parte, que bajo el sistema rígido de distribución del *onus probandi*, por lo general se veía perdidosa al no cumplir con carga imposible que se había impuesto.

### **2.3. LA VERDAD MATERIAL COMO FUNDAMENTO.**

Este es un punto ajeno a los que tocamos en el Capítulo III al momento de justificar bajo la doctrina internacional las cargas probatorias dinámicas; sin embargo, no por ello deja de ser relevante (*y quizá el más importante de todos*).

La doctrina nacional de los últimos años ha reparado en implementar legislativamente un principio muy interesante como directriz dentro de la jurisdicción ordinaria y en específico dentro de la actividad probatoria. Hablamos por supuesto del Principio de Verdad Material el cual, bajo los postulados del antiguo, pero aún vigente, procedimiento administrativo fue considerado como *la antítesis de la verdad formal*.

Para acercarnos un poco a lo que implica este importantísimo principio traeremos a colación la definición esbozada por el Profesor José Cesar Villarroel Bustios, quien - por cultura jurídica sabemos - fue Responsable de la Comisión redactora del Código Procesal Civil Boliviano. Al respecto señala conceptualmente sobre esta verdad: “*Por verdad material, debe entenderse aquella que se alcanza procediendo humanamente a la*

*investigación de los hechos, con las posibilidades, los métodos y los medios que son propios de la condición humana, siguiendo la vía de la lógica objetiva de la acción y de la ley. Modernamente el ordenamiento jurídico establece la previsión de las consecuencias que, deben acarrear las acciones humanas y en consonancia puede también preceptuar un cierto método de investigación para constatar los hechos concretos a los cuales están ligadas aquellas consecuencias jurídicas, de tal modo que la una verdad posible, dentro de la Lógica del sistema, es la señalada en el ordenamiento jurídico, frente a esta no existe otra verdad material más verdadera y pura. Esa es la verdad denominada material.”<sup>141</sup>*

Con la noción aportada por uno de los juristas bolivianos más importantes, proseguimos a señalar que la Constitución Política del Estado consagra al principio *procesal* de verdad material como propio de la jurisdicción en su art. 180. Su alcance e interpretación según la jurisprudencia constitucional es dado bajo las siguientes palabras:

*“III.5. Verdad Material consagrado como principio procesal en la Constitución Política del Estado*

*El art. 180.I de la CPE, establece como principio jurisdiccional, el de verdad material, donde el juzgador deberá tomar en cuenta este principio al momento de emitir sus resoluciones, así lo señala la SC 0713/2010-R de 26 de julio, asumiendo que: “...la jurisdicción ordinaria se fundamenta, entre otros, en el principio procesal de verdad material, que abarca la obligación del juzgador, a momento de emitir sus resoluciones, de observar los hechos tal como se presentaron y analizarlos dentro de los acontecimientos en los cuales encuentran explicación o que los generaron; de ello, se infiere que la labor de cumplimiento de este principio, refiere a un análisis de los hechos*

---

<sup>141</sup> VILLARROEL BUSTIOS, JOSE CESAR: “Principios en el Proceso Civil”, citando a Spinelli Michele: Fundamentos y exención de las pruebas civiles, en las Pruebas Civiles, Brebarios de Derecho, EJEA, Buenos Aires, 1973, Pg. 24, en MOSTAJO BARRIOS, JORGE OMAR (Coord.): “Curso sobre el Código Procesal Civil”, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pag. 48.

*ocurridos en la realidad, anteponiendo la verdad de los mismos antes que cualquier situación, aunque, obviamente, sin eliminar aquellas formas procesales establecidas por la ley, que tienen por finalidad resguardar derechos y garantías constitucionales” (las negrillas nos pertenecen).*

*De la misma forma la SC 0747/2010-R de 2 de agosto, al referirse a este principio dice: “...Empero, siempre partiendo de un equilibrio, debe tenerse en cuenta que dicha autoridad o tribunal de garantías está supeditada al principio de certeza o de verdad material, lo cual implica que para conceder o denegar la tutela, debe partir de la revisión y análisis de los aspectos fácticos, en base a las pruebas objetivas, para luego establecer la norma constitucional, legal o jurisprudencia aplicable, y en definitiva llegar a una determinación no sólo correcta sino justa” (las negrillas son nuestras), así también la SC 1125/2010-R de 27 de agosto, refiere: “El ajustarse a la verdad material, genera la primacía de la realidad fáctica sobre la aparente verdad que pueda emerger de los documentos; aplicando este principio, debe prevalecer la verificación y el conocimiento de los hechos, sobre el conocimiento de las formas”.<sup>142</sup>*

Podemos ver que, como concepto abstracto, la verdad material sugiere ser aquella más cercana a lo que es la “verdadera consecución de hechos suscitados sobre una determinada situación”, puesto que según el Profesor Villarroel es aquella obtenida mediante procedimientos humanos armonizados con la ley, vale decir es la búsqueda de la verdad a través de la ponderación de la condición humana como tal, entendiendo por condición humana el uso del sentido común sobre la apreciación de los hechos, pero desde luego sin dejar de lado el procedimiento y los métodos fijados por la ley como límites en el proceso de búsqueda.

---

<sup>142</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 0426/2012, Expediente: 2010-21543-44-AAC, 22 de junio de 2012.

Por otro lado, como aspecto *procesal* la jurisprudencia nacional deja entrever que encuentra en el principio de verdad material, el deber de la autoridad judicial de apreciar, en el ejercicio de la jurisdicción, la situación fáctica antes de la formalidad de las normas procesales, sujetar sus decisiones apreciando los hechos tal y como sucedieron según las pruebas dentro del proceso. Impone un apego no circunstancial si no -entendemos- *absoluto* a la situación fáctica del proceso, en aras de “llegar a una determinación no sólo correcta sino justa”.

En ese entendido se desprende que la verdad material implica, buscar el valor de *justicia*, el valor de lo que es *justo* dentro del proceso y no solo cumplir con las formas procesales como si fueran un recetario o un conjunto de imperativos que por sí mismos alcanzaren la composición justa del proceso. Durante mucho tiempo se ha considerado que basta con el cumplimiento ciego de las formas, para poder anunciar a la sociedad en general que se ha hecho justicia, vale decir, que el juez tenía la única tarea de velar que la sucesión de actos desarrollados dentro del proceso, hayan estado acorde lo predispuesto en la norma positiva en sentido gramatical. La C.P.E. a través del principio de verdad material, busca la superación de esa tradicional concepción, buscando la prevalencia de lo material ante lo formal.

Es evidente que la consideración de este principio es bastante subjetiva y filosófica, sin embargo, dentro de los límites de interpretación jurisprudencial y conceptual usados como medio auxiliar, podemos decir que el Principio de Verdad Material comprende (*a juicio propio*), “*la apreciación plena de los hechos*” y la “*obligación de preponderar la situación de hecho antes de la formal*”.

Finalmente- y esto extraído del texto procesal civil<sup>143</sup>- podemos apreciar la verdad material también conforma un “*instrumento*” para la autoridad judicial el cual le confiere adoptar las medidas necesarias dentro de los límites de la ley para alcanzar plena certeza de los hechos que sirven de motivo a sus resoluciones.

Para la identificación de la verdad material como fundamento constitucional de la teoría de Cargas Probatorias Dinámicas, nos apoyaremos en las reflexiones de la Profesora Ines Lepori White, quien en su ensayo intitulado “Cargas Probatorias Dinámicas” – de forma crítica al sistema judicial formal emergente de la concepción liberal y dispositiva del proceso - expreso las siguientes palabras:

*“¿Es Acaso importante para el proceso de concepción liberal y dispositivo conocer la verdad real? ¿o en homenaje a la seguridad jurídica lo único que importa es que se dicte una sentencia? ¿no se ha afirmado como lo hace Calamadreï, que lo que vemos en el proceso no es verdad si no verosimilitud, o, lo que es lo mismo, solamente apariencia? ¿no se ha dicho una y otra vez a lo largo de los años que la cosa juzgada es capaz de tomar lo blanco en negro y lo cuadrado en redondo? Pero los hechos aun después de ls sentencia continúan siendo los mismos. Y lo blanco sigue siendo blanco y el cuadrado no se hace redondo, muy a pesar de la cosa juzgada Entonces ¿de que adolece este proceso? ¿Qué olvido la doctrina procesal, con sus dogmas y sus construcciones jurídicas tan célebres y tan aplaudidas a lo largo de un siglo, para que sintamos cada vez en mayor medida, la insuficiencia de las soluciones propuestas en la que el tema de la carga de la prueba se refiere? Creo que se olvidó de varias cosas [...]*

*Porque, en cuarto lugar, se olvidó de la justicia. La doctrina se ocupó tanto de resguardar y proteger el bien denominado Libertad, en todas sus formas y expresiones, que olvido*

---

<sup>143</sup> El art. 1 Numeral 16 del Código Procesal Civil señala: “La autoridad judicial deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por las partes”

*que muchas veces este ideal no alcanza cuando las partes que son beneficiadas por él no se encuentran en igualdad de condiciones. Olvido que lo libre, lógico razonable e incluso justo puede no ser equitativo. Y olvido acompañar los cambios por los que el derecho sustantivo transito durante los últimos cien años. Esta Doctrina Procesal, tan ocupada en hablar de los derechos y las garantías de las partes o mejor dicho, de garantizar los derechos de las partes, como por ejemplo el de defensa, paso por alto el detalle de justicia. Pues bien, yo me pregunto: ¿es acaso posible garantizar el derecho de defensa sin asegurar antes la justicia? ¿Qué garantía de defensa tiene la parte que queda a merced de la contraria por que no está al alcance de sus posibilidades materiales la prueba del caso, como en una mala praxis médica o un acto simulado? La **justicia** aplicada al caso concreto, es decir, la equidad, resulta entonces a mi entender, el principal fundamento de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas.<sup>144</sup>”*

Luego de tan amplia reflexión a manera de corolario, se expresó en el mismo ensayo tres páginas después:

*“Los fundamentos dados por distintos tribunales del país (haciendo referencia a Argentina), al aplicar la teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas en sus respectivas resoluciones, puede resumirse en la siguiente forma: concepción dinámica del proceso, brindar la objetiva concreción de la justicia, perseguir una resolución justa, búsqueda de una solución justa para el caso, hallar el justo equilibrio entre las partes, criterio de equidad en la relación procesal.<sup>145</sup>”*

---

<sup>144</sup> LEPORI WHITE, INES: “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, JORGE (Dir.), LEPORI WHITE, INES (Coord.): “Cargas Probatorias Dinámicas”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, Pag. 63-66.

<sup>145</sup> LEPORI WHITE, INES: “Cargas probatorias dinámicas”, en PEYRANO, JORGE (Dir.), LEPORI WHITE, INES (Coord.): “Cargas Probatorias Dinámicas”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, Pag. 69.

Como se puede apreciar la profesora Lepori White, describe como un fundamento trascendental de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas el valor de *Justicia aplicada al caso concreto*, vale decir una justicia que pondere y no se aparte de las particularidades del caso concreto, un proceso que permita una clara apreciación de los hechos para la composición de una sentencia justa y no solo formal.

Con las precisiones realizadas, pasamos a determinar de forma plena como la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas se presenta como una expresión del principio Procesal de Verdad Material, haciendo énfasis en los tres matices encontradas anteriormente de su definición e interpretación.

Bajo la *apreciación plena de los hechos* como expresión de la verdad material, podemos decir que la teoría de Cargas Probatorias dinámicas posee un sistema cuya tarea exclusiva es la apreciación de los hechos dentro del proceso, puesto que aprecia y pondera los actos de postulación (*como demanda, reconvención, excepciones*) de una manera más amplia y útil para identificar la situación de facilidad o dificultad de las partes con relación a la prueba, además el juez observa la conducta procesal de las partes con relación a los medios de prueba, las afirmaciones, negaciones u omisiones manifiestas.

Como se puede observar la naturaleza de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas es apreciar los hechos para en forma plena para así llegar a una composición justa del proceso.

Bajo la *obligación de preponderar la situación de hecho antes de la formal* que propugna la verdad material, podemos decir que – tal y como se señaló en Capítulos anteriores- Peyrano formulo las bases de esta teoría entendiendo que su esencia es *Flexibilizar las normas rígidas de distribución de carga de la prueba*, vale decir que preponderan las situaciones de hecho de las partes ante la prueba, antes que la distribución que las normas procesales señalan a raja tabla y apriorísticamente, con la finalidad de realizar una

distribución alejada de las reglas clásicas como la de Chiovenda o la Rosenberg, e imponer una regla única que se adecue al caso concreto.

Finalmente, bajo la concepción de la verdad material como *“Instrumento esclarecedor de la autoridad judicial”*, podemos decir que las cargas probatorias dinámicas pueden conformar un instrumento que el juez pueda usar para alcanzar una mayor certeza sobre los hechos que fundan su decisión final, toda vez que sus características que ponderan la situación fáctica antes que la impuesta de forma a priori, tienen el potencial para encontrar hechos que las partes pudieran haber ocultado maliciosamente. Vale decir que esta teoría puede operar como auxiliar ante el fracaso, del procedimiento probatorio y la comunidad de la prueba.

Sobre este último punto, siendo claro que la Teoría que es objeto de investigación puede ser un instrumento que emana del principio del Verdad Material, es menester precisar que la Jurisprudencia Nacional ha determinado que dicho principio *“como instrumento”* no es ilimitado. Situación que nos parece lógica puesto que incita a un alto nivel de discrecionalidad en la autoridad judicial. En ese entendido es imprescindible determinar como punto final si los límites impuestos, enervan o no el sistema de la teoría de cargas probatorias dinámicas:

*“Ahora bien, en el marco de la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, debe señalarse que el principio de verdad material, tiene un límite objetivo: La vigencia y respeto del principio de “bilateralidad del impulso”.”*

*En el contexto antes mencionado, debe precisarse que la bilateralidad del impulso, es un eje directriz propio de un sistema procedimental democrático, en virtud del cual, se asegura la publicidad de los actos impulsados por la autoridad encargada del procesamiento disciplinario.*

*En el orden de ideas expresado, es imperante indicar que el principio de bilateralidad del impulso, tiene fundamento jurídico-constitucional en el proceso justo, el cual se caracteriza por contemplar dos ejes esenciales: el principio de contradicción y el tratamiento igualitario.*

*Por lo señalado, el principio de contradicción, asegura que el procesado, debe conocer de manera real y efectiva todas las actuaciones impulsadas por el juzgador disciplinario para poder así rebatirlas y ejercer un amplio derecho a la defensa.*

*En este marco, es preciso establecer que debe existir un “equilibrio armónico” entre el ejercicio del principio de verdad material y el resguardo al principio de bilateralidad del impulso, para asegurar así una real vigencia del Estado Constitucional de Derecho.<sup>146</sup>”*

La jurisprudencia nacional determina que el límite de la Verdad Material es nuestro sistema normativo es *la Bilateralidad del Impulso*, el cual, al fundarse el principio de contradicción y trato equitativo, dispone que la autoridad judicial que quiera hacer uso de instrumentos esclarecedores debe previamente asegurar que las partes tengan un conocimiento real y efectivo de todos los mecanismos que esta pretenda usar en aras en buscar la verdad.

En ese entendido conforme se desarrolló en el Capítulo IV, la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas posee un sistema en el cual se han determinado dos supuestos sobre el momento en cual debe aplicarse. El primero denominado “*En la sentencia sin más*” y el segundo denominado “*Previo aviso*”. Claramente nuestro sistema constitucional, solo permite la aplicación del segundo supuesto denominado “*Previo aviso*”, ya que al ser esta teoría una manifestación instrumental de la Verdad Material, debe ser necesariamente

---

<sup>146</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional, Sucre, Sentencia Constitucional Plurinacional No. 1462/2013, Expediente: 02915-2013-06-AIC, 21 de agosto de 2013.

comunicada a las partes con la antelación pertinente, con la finalidad de consagrar el derecho a la defensa u la igualdad de oportunidades.

Por tanto, podemos encontrar que la teoría objeto de estudio, no es contraria a nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, si posee ciertas particularidades para su aplicación concreta en nuestro medio.

### **3. OPERATIVIDAD DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS BAJO LA LEY No. 439 – CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Habiendo ya demostrado que la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas se encuentra en armonía con las disposiciones de la Constitución Política del Estado, teniendo como fundamentos a la Tutela Judicial Efectiva, la Igualdad y la Verdad Material, quedará pues -en base a dicho análisis- exponer algunas de las pautas sobre las cuales la teoría objeto de estudio podrá operar por sobre la actual Ley No. 439, demostrado que las normas procesales bolivianas en vigencia no son un impedimento para su implementación, más al contrario prevén un sistema que acoge de forma plena sus diferentes características.

#### **3.1. LA CORRECTA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO.**

Ya veíamos como en las críticas de los profesores Ines Lepori White y Eduardo Oteiza, se describía el lado perjudicial del Principio dispositivo. Ambos autores coincidían en que la concepción errónea del principio dispositivo, ha permitido que el mismo opere como principal patea de los sistemas procesales denominados como *Liberales*, al determinar que

el proceso se construye en toda su vasta extensión –incluyendo la actividad procesal- sobre el interés de las partes.

Al alcance desmedido de aquel “*interés de las Partes*” había llegado a enmarcar dentro de sus límites a una parte muy importante de la actividad probatoria, como lo es el ofrecimiento de prueba. En ese sentido las partes al controlar el ofrecimiento probatorio, tenían la potestad de controlar la probanza de los hechos y por tanto indirectamente determinar que hechos le importan probar o no; puesto que no debemos olvidar que el principio dispositivo también confiere la potestad de postulado y de delimitación de la pretensión en relacion a la *causa pretendí*, que contiene la razón de pedir fundada en los hechos, la *causa*, fundada en los derechos y el *Petitum*, fundado en la petición en términos claros y positivos.

Avistando tal problema, como relacionamos en el Capítulo III, Eduardo Oteiza estimo hacer una plena distinción entre el principio dispositivo y el ofrecimiento probatorio, entendido al primero como la disposición de los derechos meramente y al segundo como parte de la actividad procesal fundamental ajena al principio dispositivo.

Es necesaria hacer esta distinción desde la óptica boliviana para la implementación de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas, toda vez que al parecer la Ley No. 439 es la única norma procesal dentro del cuadro latinoamericano que propugna el principio dispositivo, estando alejado en este aspecto de sus fuentes más cercanas, las cuales prefieren hablar de un *iniciativa de partes*<sup>147</sup>.

En ese entendido la jurisprudencia boliviana se ha encargado de delimitar el alcance del principio dispositivo, el cual asumimos, es clave para la operación de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas:

---

<sup>147</sup> Hablamos claro, del Código General del Proceso Uruguayo, del Código General del Proceso Colombiano, del Código Modelo para Iberoamerica y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.

*“El Auto Supremo N° 516/2014 de 08 de septiembre, en lo concerniente al principio objeto de análisis en este punto ha razonado que: “...el principio dispositivo es reconocido por la doctrina como un principio básico e informador del proceso civil estrechamente ligado a la naturaleza privada de los derechos subjetivos que se controvierten en él. Así, si el Estado reconoce a los ciudadanos un derecho subjetivo de libre disponibilidad, es evidente que sólo al titular de ese derecho subjetivo le compete discernir y decidir si desea instar la tutela jurisdiccional de tal derecho dando inicio a un proceso; definir el contenido y alcance de la tutela que solicita y; disponer del derecho poniendo fin al proceso.*

*En ese sentido, puede decirse que el principio dispositivo está integrado esencialmente por los siguientes elementos: 1) el poder de disposición que se reconoce a la persona para la iniciación del proceso, en virtud al cual la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición del interesado, manifestación recogida por el art. 86 del Código de Procedimiento Civil; 2) el poder de definir el contenido y alcance de la pretensión cuya satisfacción intenta, en virtud al cual los límites del objeto del proceso son dados por las partes, careciendo el Juez de la facultad de modificarlos, debiendo resolverse la controversia en el marco de la debida congruencia con los límites impuestos por la pretensión y la defensa, manifestación consagrada en el art. 190 del adjetivo civil; y 3) el poder de disponer libremente del derecho subjetivo cuya protección pretenden, en mérito al cual, si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional también son las únicas que pueden ponerle término en cualquier instante.*

*Dicho de otra manera, el contenido del principio dispositivo reconoce a las partes el derecho de iniciar el proceso, de determinar el objeto litigioso y de concluir el mismo por acto de parte.” (Las negrillas y subrayados pertenecen a la presente resolución).<sup>148</sup>”*

---

<sup>148</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sucre, Auto Supremo No. 297/2018, Expediente: P-1-17-S, 26 de abril de 2018.

Como podemos apreciar el principio dispositivo bajo la interpretación del Tribunal Supremo de Justicia compone tres elementos: *La iniciativa* para accionar la jurisdicción, la *delimitación* de la pretensión y la *disposición* de los derechos cuya protección se pretende. Vale decir que el ofrecimiento de prueba en nuestro sistema procesal, no corresponde a una vertiente del principio dispositivo, por tanto, la Operación de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas es posible en nuestro tráfico jurídico.

### **3.2. LA IMPORTANCIA DEL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN.**

El Art. 1 Numeral 5 del Código Procesal Civil, dispone como principio procesal la *Inmediación* por la cual se permite a la autoridad jurisdiccional, el contacto personal y directo con las partes en las audiencias, con la prueba y los hechos que se alegan en el proceso.

Con la puesta en vigencia plena del Código Procesal Civil en 6 de febrero de 2016, se produjo un cambio del sistema procesal vigente desde 1976. Se introdujo la Oralidad dentro del procedimiento y el principio de audiencia para los procesos civiles. En ese entendido la Inmediación cumple una función importante dentro de la Articulación del proceso por audiencias, puesto que funge como instrumento de contacto directo con las partes, los hechos, la prueba, las particularidades que rodean a las partes, su profesión, su estado civil, su edad, su género, etc.

Dentro de la Teoría de Cargas Probatorias dinámicas, la Inmediación constituye un importante instrumento para verificar los presupuestos de este novísimo instituto procesal. A través de la inmediación el Juez podrá avistar, la situación de las partes con relación a

---

la prueba, observando quien de las dos se encuentra en mejores condiciones de producirla. Así mismo podrá observar la conducta que ambas partes denotan en su intervención ante la jurisdicción, pudiendo catalogar la misma bajo los esquemas de buena fe y lealtad procesal con la finalidad de establecer si la misma ha sido útil dentro del proceso o de lo contrario solo ha servido para entorpecer la actividad probatoria y por tanto el esclarecimiento de la verdad.

Como de deja entrever, este principio contribuye y funda la operación de las Cargas Probatorias dinámicas.

### **3.3. LA REVALORIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROBIDAD, BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL, COMO TÓPICO DE APRECIACIÓN DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES.**

El art. 4 del Código Procesal Civil dispone preponderar de los principios de buena fe y lealtad procesal, por lo cuales las autoridades judiciales están en la obligación de impedir y sancionar toda forma de fraude procesal, colusión, dilación, y en suma cualquier manifestación de inconducta procesal; y por otro lado las partes y en general quienes intervienen en el proceso, se encuentran obligados a actuar en forma honesta, de buena fe, con lealtad y veracidad sobre la base del conocimiento cierto de los hechos y el entender racional del derecho aplicable, respetando a la autoridad judicial y los derechos del adversario.

Muchas veces la importancia de ambos principios es disminuida, omitiendo las partes considerar que la norma procesal *ordena de forma expresa* el *deber* que tiene con la jurisdicción de enmarcar su conducta bajo un esquema que aporte resultados positivos

dentro del proceso y no de entorpecimiento. De la misma forma la autoridad judicial en nuestro país omite la aplicación de ambos principios, olvidando que la Ley No. 439 dispone que es una *obligación* para la autoridad judicial.

Recordando la importancia de la información colectada en el Capítulo II sobre al Teoría de Imperativos Jurídicos, podemos decir que a diferencia de las cargas que son dadas en función del propio interés, *los deberes y obligaciones procesales*, son dados como tal en función del beneficio y realización de la propia jurisdicción, vale decir que ambos cumplen la función de llevar a cabo el proceso de una forma correcta o lo que es lo mismo articular de forma adecuada el aparato estatal de la jurisdicción.

En ese entendido muchas veces no se concibe la verdadera importancia de los *deberes-obligaciones* de buena y fe y Lealtad procesal dentro del proceso, relegando su uso a un estándar prácticamente nulo. Aspecto que es totalmente disvalioso a los fines del proceso, puesto que, al conformar paradigmas lógicos dentro de nuestra norma procesal, desde luego que el espíritu del legislador -al disponer de los favores de dicha norma- ha sido pues concebir que la conducta de las partes se guie bajo dicho esquema y que la conducta de la autoridad judicial sea proactiva a avistar dicha actividad.

Para las Cargas Probatorias Dinámicas la importancia de estos principios es trascendente, puesto que la conducta de las partes es uno de los tópicos a apreciar para disponer la mayor facilidad o disponibilidad de una de las partes. Así misma obligación de la autoridad judicial de avistar dichos parámetros de conducta constituye base fundamental para la aplicación de la justicia al caso concreto, base de la aplicación “Excepcional” de la teoría objeto de estudio

### **3.4. LOS PODERES DEBERES DE LA AUTORIDAD JUDICIAL Y SU INTERACCIÓN CON LOS**

## PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y VERDAD MATERIAL.

Finalmente llegamos a uno de los tópicos que forman parte del nuevo sistema procesal que funge en nuestro país desde 2016. “*los poderes deberes del juez*”.

Bajo las disposiciones del abrogado Código de Procedimiento Civil, se ha podido observar como operaba la actitud de Juez propio del sistema liberal, el cual solo era un veedor de formas sin tener ningún interés en la composición justa del proceso, si no únicamente en usar “*Facultativamente*” los medios a su alcance para dar cumplimiento a las normas procesales, toda vez que la mismas eran consideradas de orden público y cumplimiento obligatorio y por tanto un fin en sí mismas, vale decir que su estricto cumplimiento era sinónimo de haber cumplido con los estándares que la jurisdicción ofrece a los tutelados.

Las deficiencias de ese sistema del juez liberal, permitió un sinnúmero de atropellos durante varios años, verbigracia las determinaciones de nulidad de veinte años de proceso judicial por el mero hecho de apreciar que en los actos de comunicación procesal no se estipulo el segundo apellido de una de las partes y por tanto el aparato de la jurisdicción seria defectuoso al no haberse llevado *sacramentalmente como lo dispone la norma procesal*. La perfección dentro del proceso es una somera utopía, y lo es solamente por que el proceso mismo es una producción humana.

Con ese antecedente la visión y nueva óptica procesal, tuvo como primera tarea superar los estándares pasados y avanzar hacia un sistema procesal que prepondere la verdadera finalidad que tiene el proceso, *la efectivizacion de los derechos reconocidos en la ley sustantiva*<sup>149</sup>. El cambio de paradigma a simple vista no parece extenso, sin embargo, a

---

<sup>149</sup> Tal y como lo dispone el art. 6 del Código Procesal Civil

medida que se avanza en practicidad se puede evidenciar lo importante de este nuevo esquema, toda vez que a partir de ese momento todo el procedimiento debe servir a hacer efectivos los derechos reclamados por las partes, y no viceversa.

Dentro del cambio paradigmático tenemos al nuevo juez de los “Poderes-Deberes”, que es el producto del esquema teleológico del nuevo procesal civil, dejando atrás al juez liberal y “Facultativo”.

Dentro del alcance de los llamados poderes deberes de la autoridad judicial, podemos encontrar que algunos de ellos se encuentran en plena sincronía con la teoría de Cargas Probatorias dinámicas, dando lugar a su operación dentro del Código Procesal Civil, y que los restantes no impiden bajo ninguna forma su aplicación. Así podemos apreciar la disposición de los arts. 26 y 27 que de forma expresa contienen el siguiente texto:

*“Ejercitar las potestades y deberes que le concede este Código para encausar adecuadamente el proceso y la averiguación de la verdad de los hechos y derechos invocados por las partes.*

*“Disponer las medidas necesarias para asegurar la efectiva igualdad de las partes.”*

De **la primera** que corresponde a un *poder* de la autoridad judicial, podemos apreciar que la misma emerge del principio de verdad Material, previsto por el art. 1-16 del Código Procesal Civil en su contexto de *instrumento esclarecedor*. En el punto anterior se realizó un análisis del principio de verdad material como fundamento Constitucional de la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas. En ese entendido cabe señalar que dichos fundamentos son totalmente aplicativos al Código Procesal Civil, bajo la previsión de la Supremacía Constitucional. En ese entendido en el proceso civil las cargas probatorias dinámicas, fungen como un *poder* de la autoridad judicial, cuya adopción solo obedece a la finalidad

de esclarecer de una mejor manera los hechos y así obtener una decisión no solo correcta si no también justa.

Desde luego que los reparos de especialización del derecho procesal civil, requieren “*más límites*” a dicho poder. Así que además de la Bilateralidad del Impulso tratada en un punto anterior habrá que agregar las disposiciones del Protocolo de Aplicación del Código Procesal Civil aprobado por acuerdo de Sala Plena No. 189/2017 de fecha 13 de noviembre de 2017, el cual en su art. 47 Parágrafo II, se dio a la tarea de consignar los límites más certeros a la verdad material como *instrumento esclarecedor*, siendo aquellos límites los siguientes: 1. *No desconozca el principio dispositivo.* 2. *No vulnere derecho o garantía fundamental.* 3. *No desconozca la cosa juzgada.* 4. *No desconozca los derechos adquiridos.* 5. *No supla la negligencia probatoria de las partes.* 6. *No transgreda la naturaleza del proceso.*

Dichos límites no enervan la teoría de cargas probatorias dinámicas en el entendido de que:

- Con relación al *principio dispositivo* se tiene plenamente establecido que el mismo no alcanza al ofrecimiento de prueba.
- Con relación a la *vulneración de derechos o garantías*, la teoría objeto de estudio no vulnera garantías, al contrario, es la expresión de una de las más importantes como lo es la Tutela Judicial Efectiva. No pudiendo la parte que posee facilidad probatoria procurar que se vulneren sus derechos, puesto que el instrumento esclarecedor sirve a la finalidad del proceso y el proceso es un instrumento del estado y no de las partes, no pudiendo las mismas acomodar sus aspiraciones a las normas procesales de orden público que buscan la composición justa del proceso.

- Con relación a la *Cosa Juzgada, Derechos Adquiridos*, podemos decir que conforman límites a la Teoría objeto de estudio, que no enervan su operación sobre el proceso civil, debiendo asimilarlas para su correcta incursión dentro del proceso civil boliviano.
- Con relación a *no suplir la negligencia de las partes*, desde luego que es un límite certero y hasta parece hecho propiamente para la teoría de cargas probatorias dinámicas, toda vez que la obligación del juez de avistar la conducta de las partes no solo alcanza a la que se encuentra en mejor posición y si no a ambas partes. En ese entendido si se observa que la aparentemente débil no realizó ni el más mínimo reparo en intentar probar los hechos que sirven de sustento a su pretensión, podrá decirse que no se evidenció su dificultad probatoria y por tanto por *sindéresis* lógica tampoco la facilidad de la otra.
- Con relación a *no desnaturalizar el proceso*, se tiene que la Teoría objeto de estudio se encuentra en armonía con la finalidad del proceso, puesto que, al buscar una composición justa de las partes con relación a la prueba, busca además una solución que se funde en una mayor convicción sobre los hechos y de esa manera componer una sentencia que irradie justicia.

Por otro lado, *de la segunda* disposición, podemos ver que la misma es un *deber* de la autoridad judicial y esta propiamente identificado con el principio de igualdad procesal.

Al respecto en un punto anterior se realizó de forma extensa la igualdad como fundamento de la Teoría objeto de estudio, en ese entendido remitiéndonos a dichos argumentos cabe señalar que en el proceso civil, el juez debe buscar la composición equitativa de las partes en *forma material*, según el mandato constitucional. En ese entendido la teoría de cargas probatorias dinámicas surge como un instrumento *estabilizador de la posición de las partes*, en aras de nivelar las oportunidades de las partes con relación a la prueba y evitar

que la parte empoderada haga uso malicioso de su mejor posición con la prueba para entorpecer el proceso.

En ese entendido se evidencia claramente que la teoría objeto de estudio es además una expresión de los poderes deberes de la autoridad juncial, encontrando además en complementación con los demás puntos arribados, la verosimilitud de que dicha teoría se encuentra en armonía con nuestro sistema procesal, debiendo por tanto usar nuestro Código sus bondades con la finalidad de alcanzar verdadera justicia en los casos de difícil probanza.

## **CAPITULO VI**

### ***“PROPUESTA DE INCLUSIÓN NORMATIVA”***

*“Las leyes, los códigos no deben ofrecer ningún interés. Se aprende a leer con imágenes y se aprende la vida con hechos. Figuraos siempre hombres y debates entre los hombres. Los códigos no existen en sí mismos. Procure ver y observar. Estudie la importancia de los intereses en la vida humana. La ciencia de la humanidad es la verdadera ciencia”*

Alphonse Daudet

## **1. PROPUESTA.**

**ANTEPROYECTO DE LEY N° 001**

**DICIEMBRE DE 2018**

**EVO MORALES AYMA**

**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DEL ESTADO PLURINACIONAL DE  
BOLIVIA**

**Por cuanto, la Asamblea Legislativa Plurinacional, ha sancionado la siguiente Ley:**

## **LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL**

### **DECRETA:**

**ARTÍCULO 1. (OBJETO).** - La presente ley tiene por objeto la modificación de la Ley No. 439 de 19 de noviembre de 2013 – Código Procesal Civil, realizado una inclusión de la llamada “Teoría de cargas Probatorias Dinámicas”, la cual establece nuevas pautas en cuanto a los esfuerzos probatorios que deben realizar las partes dentro del proceso civil en función de preponderar el principio de verdad material.

**ARTÍCULO 2.- (MODIFICACIÓN).** - Se modifica el artículo 136 de la Ley No. 439 de 19 de noviembre de 2013, con el siguiente texto:

Artículo 136.- (Carga de la Prueba). -

...IV. Sin perjuicio de lo relacionado en los párrafos I, II y III, según las particularidades del caso, donde la autoridad judicial pueda evidenciar una manifiesta o al menos verosímil imposibilidad o excesiva dificultad en el cumplimiento de la carga de la prueba, podrá excepcionalmente, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga de la prueba de modo diferente, considerando cuál de las partes posee mayor facilidad o disponibilidad para producir la prueba. Se considera que una parte ostenta facilidad y disponibilidad cuando:

- a) Tiene cercanía con el material probatorio sea material o intelectual.
- b) Tiene en su poder el objeto de prueba.
- c) Por circunstancias técnicas, profesionales, científicas especiales.
- d) Por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio.
- e) Entre otras circunstancias similares.

V. La oportunidad para que la autoridad judicial pueda hacer uso de la potestad conferida por el párrafo anterior será hasta antes de los Alegatos Conclusivos, bajo pena de nulidad.

VI. La resolución que determiné la distribución de la carga en función del párrafo IV, deberá ser notificada en domicilio procesal en caso de ser dictaminada fuera de audiencia y podrá ser recurrida únicamente mediante Apelación en el efecto diferido, sin recurso ulterior.

## **DISPOSICIÓN ABROGATORIA Y DEROGATORIA**

**ÚNICA.** Se abrogan todas las disposiciones contrarias a la presente Ley

Remítase al Órgano Ejecutivo, para fines Constitucionales.

Es dada en la Sala de Sesiones de la Asamblea Legislativa Plurinacional en el mes de diciembre de dos mil dieciocho.

Fdo. Senador, Senadora, Diputado, Diputada,

Por tanto, la promulgo para que se tenga y cumpla como Ley del Estado Plurinacional de Bolivia.

Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, en el mes de diciembre del año dos mil dieciocho.

**FDO. EVO MORALES AYMA**

Presidente Constitucional de Estado Plurinacional de Bolivia

# ***“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”***

## **CONCLUSIONES**

A partir de los resultados obtenidos en cada uno de los capítulos de esta investigación (**I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONCEPCIONES GENERALES DEL SISTEMA PROBATORIO EN LOS PROCESOS JUDICIALES, II. LA CARGA PROCESAL EN GENERAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA EN PARTICULAR: CONCEPCIONES HISTÓRICAS Y TEÓRICAS, III. LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, IV. LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA, V. ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA, VI. PROPUESTA DE INCLUSIÓN NORMATIVA**), iremos en forma sistémica, examinando la consecución de los objetivos (General y Específicos) trazados por la tesis, para la realización completa del estudio.

### **1. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- a) Analizar los Antecedentes, la estructura y los conceptos teórico doctrinales de la Prueba judicial y Carga de la Prueba.

En cuanto a este objetivo específico en la investigación se llegó a las siguientes conclusiones:

- Dentro de la categoría general de los “imperativos jurídicos”, según ha entendido la doctrina, se encuadran tres nociones distintas y autónomas: las cargas, los deberes y las obligaciones procesales; siendo la primera de ellas, la predominante actualmente.

- Dentro de las cargas procesales, la más conocida y de mayor importancia en el ejercicio de la función jurisdiccional es la carga de la prueba o, también llamada, doctrina de la decisión sobre el hecho incierto. Dicha institución, desempeña una doble función. Preliminarmente, distribuir los esfuerzos probatorios entre los litigantes y, principalmente, determinar quién asume el riesgo de no esclarecimiento sobre los hechos controvertidos en el juicio.
- En nuestro ordenamiento jurídico, la norma que establece la regla general sobre el onus probandi es el Art. 136 del Código Procesal Civil. En dicha disposición se consagra la teoría de la distribución Chiovendana según la cual al actor le corresponde la carga de probar los hechos constitutivos de la pretensión y al demandado los hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica.
- En el Derecho Comparado se han elaborado diversas técnicas encaminadas a facilitar o aligerar las dificultades que un litigante puede encontrar para levantar la carga de la prueba, tal como ésta resulta tras aplicar las reglas que rigen su asignación ordinaria. Entre dichas técnicas se encuentran, principalmente: la alteración o inversión de las reglas de distribución de la carga probatoria; el establecimiento de presunciones legales; y la disminución del estándar de certeza.
- La alteración o inversión de la carga de la prueba, puede ser de origen legal, convencional o judicial. Dentro de ésta última, en el último tiempo, y ante la insuficiencia de las distintas teorías y criterios de distribución de la carga de la prueba para englobar todos los casos posibles y ofrecer soluciones justas ante hipótesis de imposibilidad o dificultad probatoria, principalmente en España y Argentina, surge un mecanismo de flexibilización de las reglas de la carga de la prueba. Mecanismo conocido como teoría de las cargas probatorias dinámicas.

Por consiguiente, podemos mencionar que la investigación alcanzo en su integridad la consecución de este objetivo específico.

- b) Demostrar que, en algunos casos la parte que afirma hechos verdaderos, no tiene posibilidades reales de producir la prueba de dichas afirmaciones, sino, que la tiene la otra parte quien no produce la prueba porque no es su carga o porque no le conviene.
- Bajo el desarrollo de los capítulos II y III, pudimos apreciar que existen sistemas de distribución de la carga de la prueba determinados a priori, vale decir de forma general para todos los casos, tales como el sistema de Chiovenda y el Sistema de Rosenberg, siendo ambos los más utilizados. No obstante, si bien ambos sistemas son útiles en la mayoría de los casos existen aquellos de difícil o imposible probanza donde los sistemas apriorísticos no funcionan en razón de preponderar el valor de justicia, más al contrario se convierten en grilletes que menoscaban el acceso a la justicia de quien está en menores condiciones de probar.
- c) Demostrar que flexibilizar las reglas de la distribución de la carga de la prueba es posible doctrinalmente sin atentar contra los derechos fundamentales de la contraparte.
- Bajo el Capítulo III, se desarrolló la construcción teórica y doctrinal de las cargas probatorias dinámicas, trayendo a colación las reflexiones realizadas por diversos profesores entre ellos: Peyrano, Michelli, Oteiza, Barbeiro, Bentham, Carnelutti, llegando a la plena convicción de que la Teoría objeto de estudio tiene una base muy sólida y que en definitiva se armoniza con el orden constitucional que defiende los derechos fundamentales.

- En concreto, el principio la Teoría de Cargas Probatorias dinámicas es una norma complementaria de la carga de la prueba, que implica un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, y que hace recaer el riesgo de no esclarecimiento de los hechos sobre aquél litigante que se encontraba en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producir prueba. En definitiva, sobre quien tenía el dominio del hecho o se encontraba más próximo a las fuentes de prueba.
- d) Demostrar que, en la legislación y doctrina internacional, se encuentra teorizado y regulado, el tema de las cargas probatorias dinámicas.

Como se puede apreciar en el Capítulo IV de nuestra investigación, el estudio de la legislación extranjera a través del método de derecho comparado dio resultados que nutrieron y guiaron el Anteproyecto de Ley. Podemos señalar la consecución íntegra de este objetivo específico

- e) Estructurar los aspectos doctrinales y técnicos pertinentes que debieran regir en el Código Procesal Civil, en cuanto a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y su legislación expresa como nueva facultad del juez de distribución de la carga de probar sobre la cabeza de quien se encuentra en mejores condiciones de producirla.
- Sobre la aceptación y la consagración de las cargas probatorias dinámicas la doctrina nacional se pudo establecer que no existe legislación que contenga algún principio o matiz de esta teoría y que solo existe dos precedentes del Tribunal Supremo de Justicia. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar lo siguiente. En primer lugar, que la institución canaliza una serie de principios y derechos actualmente operativos. En segundo lugar, que su aplicación es un evento probable, inminente y de fundamentación plausible; en base al derecho actualmente vigente, sobre todo con los paradigmas constitucionales y la óptica de

la Ley No. 439. Ante dicho escenario, la mejor opción pareciera ser incluir la Teoría de Cargas Probatorias Dinámicas en el Código Procesal Civil, como un instrumento de uso excepcional al caso concreto que así lo amerite

- f) Demostrar que, la implementación legislativa de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Procesal Civil, está en consonancia de la Constitución Política del Estado que prevé como principio la realización de la verdad material y regula el derecho a la tutela judicial efectiva.
- Bajo el Capítulo V se desarrolló las bases constitucionales de la teoría de estudio, desde la óptica nacional, demostrando que las cargas probatorias dinámicas en nuestro tráfico jurídico se encuentran armonizadas con la Tutela Judicial Efectiva, la Igualdad y la Verdad Material.

## **2. OBJETIVO GENERAL.**

En la apertura de nuestra investigación, bajo el diseño metodológico se planteó como finalidad: *“Desarrollar las bases jurídicas y doctrinales para la elaboración de un anteproyecto de ley que incluya en el Código Procesal Civil Boliviano, la facultad del juez de distribución de la carga probatoria, sobre la cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla, como medio que coadyuve para llegar a la verdad material e instrumento de realización de la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso.”*

Consumado todos los objetivos específicos de esta tesis, expuestas en cada uno de los capitulados, planteamos en nuestra Propuesta de inclusión normativa un Anteproyecto de

ley, que consta de dos artículos, disposiciones abrogatorias y derogatorias, en las cuales se plasma toda la investigación.

## RECOMENDACIONES.

- Para la inclusión normativa del anteproyecto propuesto se recomienda realizar una difusión teórica doctrinal amplia sobre el contexto y alcance de la teoría de cargas probatorias dinámicas, dirigida a profesionales en abogacía y especialmente a todos los funcionarios que conforman la judicatura dentro de nuestro país, ya que la simple positivización sin difundir el contexto podría generar una aplicación e interpretación errada, llegando a configurarse como una figura más disvaliosa y contraria a las garantías constitucionales, que como un instrumento de verdadera justicia.
- Tomando en cuenta la amplia aceptación de esta teoría por países limítrofes (*como Argentina, Brasil, Colombia*), se recomienda la incorporación de esta teoría en el Código Procesal Civil.
- En caso de Positivización, se recomienda la apertura de un registro interno dependiente de los Tribunales Departamentales de Justicia, bajo el cual se registren todas las causas en las cuales se hizo efectivo el uso de la teoría de cargas probatorias dinámicas. Esto con la finalidad de uniformar el criterio de aplicación como así también las acciones judiciales y supuestos de hecho que mayor beneficio encuentran en la misma, a través de circulares.

## **“BIBLIOGRAFÍA”**

ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, La prueba judicial. Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal, Librotecnia, Santiago, 2009.

ALZATE NOREÑA: Pruebas Judiciales, Bogotá. Librería. Siglo XX, 1994.

ARAZI ROLAND: La prueba en el proceso civil, Ediciones La Roca, Buenos Aires 1998.

AREAL LEONARDO JORGE, FENOCHIETTO CARLOS EDURDO: Manual de Derecho Procesal, Editorial e impresora La Ley, Buenos Aires Argentina 1970.

BARBEIRO, JOSÉ, “Cargas probatorias dinámicas. ¿Qué debe probar el que no puede probar?”, en Peyrano, Jorge (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS: “La igualdad de las partes en el proceso civil”, en “Revista do Processo”, São Paulo, oct-dic 1986, Año 11, N° 44.

BARROS BOURIE, ENRIQUE, Tratado de Responsabilidad extracontractual, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BENAVENTOS, OMAR, Visión crítica de las cargas probatorias dinámicas, ponencia presentada ante el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal. Disponible en formato electrónico en: [www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BENAVENTOS.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/BENAVENTOS.pdf) [23 de octubre, 2018].

BENTHAM, JEREMIAS; Tratado de las pruebas judiciales, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1959.

BERIZONCE, ROBERTO, “Colaboración procesal, método del contradictorio y régimen de la prueba en el proceso por audiencias (a propósito de las reformas procesales en Argentina), en Revista de Derecho de Daños, N°5, La prueba del Daño – II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1999.

BIDART CAMPOS, GERMÁN, “El derecho constitucional del poder”, t.II, 1967, Ed. Ediar.

BONNIER: De las pruebas en el derecho civil y penal, Madrid, Edit. Reus, 1913.1914, Tomo I.

BOTTO OACKLEY, HUGO, La congruencia procesal, Editorial de Derecho de Chile, Santiago, 2007.

CALAMANDREI, PIERO, “Proceso y justicia”, Revista de Derecho Procesal, año X, n.1, 1er. Trim. de 1952.

CAMPOS MURILLO WALTER EDUARDO: Aplicabilidad de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al proceso civil peruano. apuntes iniciales, Perú, Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013

CARBONE, CARLOS, “Cargas probatorias dinámicas: una mirada al Derecho Comparado y novedosa ampliación de su campo de acción”, en Peyrano, Jorge .W (dr.) y Lépori, Inés (cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004.

CARNELUTTI, FRANCESCO: “Sistema de Derecho Procesal Civil”, ed. UTEHA Argentina, Buenos Aires 1944, Tomo II.

CARRETTA, FRANCESCO, “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno: referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia”, en Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXI-N°1, Julio 2008.

CORRAL, HERNÁN, “Sobre la carga de la prueba en el proyecto de Código Procesal Civil”, en Aguirrezabal, M. (Ed.), Justicia civil: perspectivas para una reforma en la legislación chilena, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2012.

COUTURE, EDUARDO, Fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, Depalma, Buenos Aires, 1993.

CUENCA, H.: Derecho Procesal Civil, 8° Edición, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Pagina 233.

DE SANTO, VÍCTOR. El Proceso Civil Tomo II Editorial Universidad Buenos Aires 1988.

DEVIS ECHANDIA HERNANDO: “Nociones de Derecho procesal civil”.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO, Teoría General de la Prueba Judicial, Tomo I, Sexta edición, Zavalía, Buenos Aires, 1988.

DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO. Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

DURAN, MARLENE CAROLINA: “Consecuencias jurídicas derivadas del principio reversión de la carga de la prueba en los procesos de filiación y pensión alimenticia.”, Universidad ed. El Salvador, El Salvador.

EISNER, ISIDORO: Desplazamiento de la Carga de la Prueba, En: L.L. 1994 – C-846/849.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MERCEDES, La carga de la prueba en la práctica judicial civil (Madrid, La Ley, 2006).

GARECA PERALES PEDRO: La Prevaricación Judicial y Fiscal en Bolivia, Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L. 2007 Sucre Bolivia.

GOLDSCHMIDT, JAMES: Teoría general del proceso, Editorial Labor, Barcelona, 1936.

GOMEZ POMAR, FERNANDO, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, Indret 1/2002. Disponible en formato electrónico en: [www.indret.com](http://www.indret.com) [19 de noviembre, 2018].

GONZÁLEZ CASTILLO, JOEL, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 33, N° 1, 2006.

GONZÁLEZ COULON, MARÍA, La carga dinámica de la prueba y sus límites, Legalpublishing, Santiago, 2013.

GROIA ADRIAN GUSTAVO: Cargas Probatorias Dinámicas, Rosario – Argentina, 2003

GUASP, Derecho procesal civil, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

HERNÁNDEZ ENRIQUEZ, ALIER: “Responsabilidad de las entidades oficiales prestadoras del servicio de salud en la jurisprudencia del Consejo de Estado”, en Edición de la Revista del Congreso de Derecho Médico, Bogotá D.C.

HITTERS JUAN CARLOS: Revisión de la Cosa Juzgada, Librería Editorial Platense S.R.L., Segunda Edición Argentina 2001.

HUNTER, IVÁN, “La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil”, en Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, Año 17,

LARA BONILLA, RODRIGO: Técnicas Probatorias, Escuela Judicial, Colombia 1987.

LEPORI WHITE, INES (Coord.): “Cargas Probatorias Dinámicas”, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

LESSONA, CARLOS: Teoría general de la prueba en derecho civil, Editorial Reus. Madrid. MICHELI: La carga de la prueba, Buenos Aires, Edit. Ejea, 1961, núm. 17.

LUNA YERGA, ALVARO, “Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria”, Working Paper N° 165, Barcelona 2003, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

MICHELLI, GIAN ANTONIO: “La carga de la prueba”, ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1989.

MONTERO AROCA, JUAN, La prueba en el proceso civil, Arazandi, Navarra, 2005.

MORALES GUILLEN CARLOS: Código de Procedimiento Civil Concordado y Anotado, La Paz Bolivia.

MORELLO, AUGUSTO MARIO: “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba (La cooperación con el órgano sin refugiarse en el solo interés de la parte), E.D. 132-953/957.

MORILLO, A. M.: “El sistema de la justicia en la Constitución de la Prov. De Buenos Aires reformada en 1994 (el proceso civil)”, J.A. 1995-I-918.

MUÑOZ SABATÉ, LUIS: Fundamentos de la prueba judicial civil, Ley 1/2000, JM, Bosch editor, Barcelona, 2001.

OCHOA MONZÓ, VIRTUDES, Las obligaciones procesales. Especial referencia a la localización de bienes, Tesis doctoral de la Universidad de Alicante, 1995.

OTEIZA EDUARDO (Coordinador): “La Prueba en el Proceso Judicial”, 1º Edición, Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2009.

PALACIO, LINO ENRIQUE: Manual de Derecho Procesal Civil, 17º Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004.

PÉREZ RESTREPO JULIANA: La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica –decaimiento de su aplicabilidad-, Colombia, 2009.

PEYRANO Jorge W y CHIAPPINI Julio O.: Cargas Probatorias Dinámicas, en “Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinamicas” Editorial Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires Argentina.

PEYRANO, JORGE W., “Carga de la prueba. Actualidad. Los dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal”, en “Procedimiento civil y comercial”, t. 3, 1994, Ed. Juris.

PEYRANO, Jorge W.; “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III.

PEYRANO, JORGE WALTER: “Compendio de reglas procesales”, 1999, Ed. Zeus.

PEYRANO, JORGE, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir en materia jurídica”, en Peyrano, Jorge .W (Dr.) y Lépori, Inés (Cord.), Cargas probatorias dinámicas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Vol. XLVII, 2004.

PLANIOL y RIPERT: Tratado teórico practico de derecho civil, La Habana., Edit. Cultural, t. VII..

POPPER, KARL, “La lógica de la investigación científica”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1980, pagina 27.

RICCI: Tratado de las pruebas, Madrid, Edit. La España Moderna, Tomo I , núm. 1.

RIOSECO, EMILIO, La prueba ante la jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil, Tomo I, Cuarta edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

RIVERA, RODRIGO, La prueba: un análisis racional y práctico, Marcial Pons, Madrid, 2011.

ROSENBERG, LEO, La carga de la prueba, Editorial B de f, Buenos Aires, 2002..

RUIZ DURAN PABLO: Nulidades procesales, Talleres Gráficos Tupac Katari, Sucre Bolivia.

SANTA CRUZ Y SCHUKCRAFFT, A.: “Administración de Santa Cruz”, en Vida y obra del Mariscal de Santa Cruz y Cala Humana. La Paz: Ediciones Casa de la Cultura, 1991.

SENTIS MELENDO SANTOS: La Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires Argentina.

SEOANE SPIEGELBERG, JOSE LUÍS, La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones, Segunda edición, Editorial Arazandi, Navarra, 2007.

SPROVIERI, LUIS EDUARDO: “Audiencia preliminar y cargas probatorias dinámicas”. Disponible en formato electrónico: [www.fsdalegal.com.ar/index.php/audiencia-preliminar-y-cargas-probatorias-dinamicas/](http://www.fsdalegal.com.ar/index.php/audiencia-preliminar-y-cargas-probatorias-dinamicas/) [3 de septiembre de 2018].

TARUFFO, MICHELE, Simplemente la verdad, Marcial Pons, Madrid, 2010.

VALETTA MARIA LAURA, Diccionario Jurídico. Valetta Ediciones. Buenos Aires. 1999

VILLARROEL BUSTIOS, JOSE CESAR: “Principios en el Proceso Civil”, en MOSTAJO BARRIOS, JORGE OMAR (Coord.): “Curso sobre el Código Procesal Civil”, Editorial Hebdo, La Paz, Bolivia, 2016, Pag. 48.

YAÑEZ CORTES ARTURO: Excepciones e Incidentes, Talleres Gráficos Gaviota del Sur S.R.L. 2009.

***“ANEXOS”***

## **ANEXO 1: AUTO SUPREMO NO. 154/2017 DE 20 DE FEBRERO DE 2017.**

### **TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA**

### **SALA CIVIL**

**Auto Supremo:** 154/2017

**Sucre:** 20 de febrero 2017

**Expediente:** SC-43-16-S

**Partes:** Eduardo Enrique Gutiérrez Romero y otra. c/ María Roxana Taceo Rojas.

**Proceso:** Resolución de contrato y otros.

**Distrito:** Santa Cruz.

**VISTOS:** El recurso de casación de fs. 143 a 146 formulado por María Roxana Taceo Rojas contra del Auto de Vista N° 110/2015 de 11 de diciembre que cursa de fs. 139 a 140 vta., pronunciado por la Sala Civil Familiar del Menor y Violencia Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz, dentro el proceso de resolución de contrato y otros seguido por Eduardo Enrique Gutiérrez Romero y otra en contra de María Roxana Taceo Rojas, la concesión de fs. 151, la admisión de fs. 157 y vta., y todo lo inherente:

#### **I. ANTECEDENTES DEL PROCESO:**

El Juez de Partido Primero en lo Civil y Comercial, pronuncia la **Sentencia** N° 20/15 de 14 de mayo que cursa de fs. 118 a 122, declarando **PROBADA** la demanda de fs. 9 a 10 formulada por Eduardo Enrique Gutiérrez Romero y Danny Alan Gutiérrez Romero, disponiendo la resolución del contrato, otorgando el plazo de 20 días luego de la ejecutoria del fallo para que la demandada entregue el inmueble desocupado bajo prevención de librar mandamiento de desapoderamiento; asimismo señaló que los daños y perjuicios se cuantificarán en ejecución de Sentencia.

Apelada la Resolución de primera instancia se pronuncia el **Auto de Vista** de fs. 139 a 140 vta., que **CONFIRMA** el Auto de 27 de octubre de 2014 y la Sentencia apelada, con el **argumento** de que la demanda se apersonó en diferentes oportunidades al proceso, describiendo las fojas 24 y 27 en cuyos escritos no ha efectuado reclamo alguno sobre la citación, habiendo consentido la irregularidad que ahora reclama; asimismo refiere que el contenido de la carga de la prueba exponiendo que si el demandado alega diversos hechos de los que describe el actor está obligado a probarlos, asimismo cita el art. 397 del Código de Procedimiento Civil; señala que en relación al primer agravio, la apelante no ha observado en forma oportuna la documentación presentada por el demandante, describiendo las fojas 41 tenida como tal mediante providencia de fs. 42 con la que fue notificada en fs. 43, también describe que en el escrito de fs. 57 no observa la prueba de contrario, tampoco objeta las pruebas propuestas del actor relativas a la testifical y documental, momento especial para ejercer ese derecho, resultando extemporáneo dicho reclamo. Describe que sobre la prueba testifical de cargo producida a fs. 79 a 81, el Juez no la tomó en cuanto como prueba esencial, sino como indicio que sustenta aprueba ya aportada como señala el art. 476 del Código de Procedimiento Civil. Señala que en cuanto al incidente de nulidad promovido el mismo ya mereció análisis jurídico correspondiente a tiempo de resolver el incidente en efecto diferido; finalmente describe que el Juez ha cumplido con el principio de verdad material, que basó su decisión en la reconstrucción fiel a la realidad de los hechos y circunstancias.

## **II. CONTENIDO DEL RECURSO DE CASACIÓN:**

Acusa infracción al debido proceso y la legítima defensa por incumplimiento de los art. 75.I y 105.II del Código Procesal Civil, alegando que en vez de citarla personalmente, se efectuó mediante cédula a una menor de 18 años, que conforme a la diligencia de fs. 17, fue entregada a su hija de 17 años, alegando que la citación no cumplió su objeto ya que no tuvo conocimiento del proceso, no teniendo oportunidad de plantear excepciones ni contestar la demanda, cita los arts. 115.II, 117.I y 180.I de la Constitución Política del Estado asimismo describe la Sentencia Constitucional N° 1602/2003-R de 10 de noviembre.

Refiere violación en la aplicación e interpretación del art. 375 del Código de Procedimiento Civil, refiere que la parte demandante no produjo prueba para probar su demanda, refiere que Sala Civil Tercera incurre en la misma apreciación falsa; respecto a la falta de reclamo refiere que dicha Sala toma en cuenta todos los argumentos de la parte actora, y que toda la prueba arrimada son simples recibos que no cuentan con reconocimiento de firmas, y que las planillas de cuotas de pagos y impagos son efectuados por los trabajadores de los demandantes, y no llevan la firma de sus propietarios, menos la firma de la recurrente y no tiene valor legal. Refiere que la prueba testifical, no indica que, existieran deudas pendientes, por lo que no se acredita incumplimiento de la obligación, refiere que lo único probado es la existencia de un contrato y no el incumplimiento.

También acusa violación en la aplicación e interpretación del art. 3 inc. 3) del Código de Procedimiento Civil, respecto al principio de igualdad de las partes pues en reiteradas ocasiones ofreció el pago, sin conseguir la aceptación de los demandantes, alega que dicho ofrecimiento no fue tomado en cuenta.

Por lo que solicita se case el Auto de Vista o se anule el mismo hasta que se practique una correcta citación.

## **III. DOCTRINA APLICABLE AL CASO:**

### **III.1.- Prueba del incumplimiento de una obligación pecuniaria.-**

Cuando se trata de acreditar el incumplimiento de una obligación que contiene una prestación de sumas de dinero, se debe tomar en cuenta que la obligación se encuentra acreditada con lo pactado en el contrato y su condición o plazo, y en caso de esta última, solo se debe acreditar el transcurso del tiempo para acreditar el plazo vencido; pues no puede probar que el demandado ha incumplido su obligación de pago, no se puede probar algo que no existe, algo que no ha ocurrido, de ahí que al activarse una demanda de incumplimiento de obligación de pago pecuniario, surge una presunción judicial de que el reclamo resulta ser evidente, frente a tal postura del actor el demandado tiene dos opciones de aceptar la misma en caso de que sea evidente o denegar la pretensión en caso de que la versión de su adversario sea falsa, caso para el cual puede alegar haberse efectuado el pago en forma total o en forma parcial, para que se consideren los presupuestos de la Resolución del contrato o su cumplimiento forzoso.

En la doctrina se describe que el incumplimiento contractual es calificado como una presunción, sin que se señale que la misma es legal o judicial; nosotros entendemos que de aplicarse dicha presunción, siempre se entenderá que la misma es una presunción iuris tantum, pues puede darse

el caso de que la mora (*automática o sin intimación, o en su mediante requerimiento o interpelada*) incurrida por el deudor pueda estar sujeto a variantes que lo eximan de responsabilidad, al efecto corresponde citar la obra de Federico Arnau Moya, quien en su obra Lecciones de derecho civil II (Obligaciones y contratos) Editora Universita Jaume 2008/2009, en la página 88 señala lo siguiente: “5.3. *La prueba del incumplimiento contractual... En materia de incumplimiento contractual existe la presunción de culpa del deudor; se parte de que si el deudor no cumple la obligación lo hace porque quiere, y, por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento. De este modo al acreedor le basta probar la existencia de la obligación y su incumplimiento; de modo que será el deudor al que corresponderá destruir su presunción de culpabilidad para eximirse de responsabilidad, teniendo que demostrar que el incumplimiento no fue debido a su comportamiento culposo (Castán, 1992). Así se deduce del artículo 1.183 cc, que establece que: «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa, y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario». El criterio varía con la prueba de la existencia del dolo, pues a diferencia de la culpa, este no se presume y, en todo caso, habrá de ser probado por el acreedor (Díez-Picazo y Gullón, 2001). De modo similar al dolo en la culpa extracontractual o aquiliana la carga de prueba de la culpa también recae sobre el demandante. La sts 19 julio 2006 (rj 3993) establece que: «el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quién lo alegue (ssts de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (sts de 25 de mayo de 1945)...”*

#### **IV. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN:**

En cuanto a la acusación de no haberse procedido con una correcta citación con la demanda, en la que alega haberse entregado la citación a la hija de la recurrente de 17 años, en la que refiere infringirse los arts. 115.II, 117.I y 180.I de la Constitución Política del Estado; corresponde señalar que de la revisión del proceso, a fs. 17 cursa diligencia de 24 de abril de 2014 de citación con la demanda y admisión del proceso en contra de la recurrente, en la que consta que participa como testigo de actuación María Yuhana Velarde Taceo, asimismo se adjunta la fotografía del momento de practicarse dicha diligencia y el croquis de la ubicación del inmueble; luego de dicho actuado consta la declaratoria de rebeldía conforme al Auto de fs. 21, posteriormente cursa el memorial presentado por la recurrente de fs. 24 y de fs. 27, en los cuales no llegó a formular el incidente de nulidad por indefensión, sino que el mismo fue presentado en forma posterior (fs. 48 y vta.) cuando debió hacerlo en el primer momento procesal del que tuvo conocimiento, y no aguardar para luego de emitirse el Auto de apertura de termino de prueba (fs. 32), el art. 17.III de la Ley N° 025, señala lo siguiente: “*La nulidad sólo procede ante irregularidades procesales reclamadas oportunamente en la tramitación de los procesos*”, la irregularidad procesal debió ser acusada en forma oportuna, y en el caso presente la recurrente alega en el escrito de fs. 24, que fue notificada con la Resolución de declaratoria de rebeldía en fecha 09 de julio, o sea que desde la referida fecha tomó conocimiento del proceso que fue instaurado por Eduardo Enrique y Danny Alan Gutiérrez Romero, y el incidente conforme al cargo de fs. 48 señala que fue presentado en fecha 14 de octubre de 2014, cuando el proceso ya se encontraba en fase probatoria, lo que quiere decir que no se cumplió con el reclamo oportuno que refiere el art. 17.III de la Ley del Órgano Judicial, consiguientemente se deduce que los de instancia al haber desestimado el supuesto vicio de procedimiento han obrado correctamente; consiguientemente no se evidencia infracción del art. 75.I y 105.II del Código Procesal Civil, ni de los arts. 115.II, 117.I y 180.I de la Constitución Política del Estado, por lo que al no haberse activado el reclamo en forma oportuna, no

corresponde considerar el contenido del fondo sobre este punto. En cuanto a la Sentencia Constitucional N° 1602/2003-R de 10 de noviembre, corresponde señalar que la misma no resulta ser vinculante al presente caso, pues la misma trata de vulneración del derecho al trabajo y la seguridad jurídica, que en ese entonces se encontraban regulados por la anterior Constitución Política del Estado.

En cuanto a la infracción del art. 375 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la acusación de que la parte demandante no produjo prueba; corresponde señalar que en este tipo de procesos de Resolución de contrato por falta de pago de precio, el actor demostró la existencia de una obligación a cargo de la demandada, como se extrae del contrato de fs. 3 a 6 suscrito por Eduardo Enrique Gutiérrez Romero en su calidad de vendedor y María Roxana Taceo Rojas denominada como compradora (deudora) en cuya cláusula octava se señala que la deudora debe efectuar el pago del precio descrito en su cláusula quinta, mediante 180 cuotas mensuales computables a partir de la fecha de suscripción de dicho contrato que data de 25 de octubre de 2006, que en su cláusula décima cuarta que describe la mora y resolución de contrato ante la falta de pago de dos cuotas, asimismo debe constar que de acuerdo al plan de pagos de fs. 35 a 37 (*cuya primera fecha de pago de 26 de noviembre de 2006 concuerda con la fecha de suscripción del contrato, literal que no fue observada por la recurrente, y fue asimilada conforme al art. 346 inc. 2) del Código de Procedimiento Civil y la regla de la lógica componente de la sana crítica*), por lo que, para acreditar el incumplimiento el actor debe demostrar el transcurso del tiempo, pues alega que no hubo pago o que el pago es inexistente, siendo así la inexistencia de la prestación ya se encuentra probada, pues en el proceso no consta elemento de prueba sobre la existencia del pago, ello implica que el impago es evidente; consiguientemente no se evidencia infracción del art. 375 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a la acusación de infraccionarse el art. 3 inc. 3) del Código de Procedimiento Civil, respecto a la petición de ofertas de pago, sin conseguir la aceptación de los actores; corresponde señalar que el pago se la debe efectuar conforme a lo establecido en el contrato, y en caso de que el acreedor no quiera recibir el mismo, podía la deudora efectuar un proceso de oferta de pago al acreedor conforme al art. 706 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, no siendo válido el argumento como para modificar el decisorio de los de instancia.

En cuanto a la prueba testifical de cargo las que no refieren existencia de deudas; corresponde señalar que el contrato y plan de pagos por si solas ya describen la existencia de deudas imputables a la demandada, y sumado el tiempo transcurrido se tiene demostrado deudas impagas (obligación incumplida), al margen de ello, para el presente caso se debe considerar las cartas notariadas de fs. 60 a 61 que acreditan el cobro de las obligaciones incumplidas. Ahora si la recurrente refuta la postura del demandante, y en su defensa considera existente pagos efectuados en forma total o parcial, debió hacerlos valer en el proceso para que la autoridad judicial pueda cotejar si el pago fue efectuado en su totalidad o en forma parcial *–para el caso de considerar la magnitud del incumplimiento–* para ver la forma de aplicar el art. 572 del Código Civil, todo esto en función a la *“teoría de la carga dinámica de la prueba”*, por ella se entiende como la forma de imponer la carga de la prueba a aquella parte que se encuentra en una menor posición de promoverla.

Por lo expuesto corresponde, emitir Resolución en la forma prevista en el art. 220.II del Código Procesal Civil.

**POR TANTO:** La Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con la facultad conferida en el art. 42.I num. 1) de la Ley N° 025 y lo dispuesto por el art. 220.II. del Código Procesal Civil, declara **INFUNDADO** el recurso de casación de fs. 143 a 146 formulado por María Roxana Taceo Rojas contra el Auto de Vista N° 110/2015 de 11 de diciembre que cursa de fs. 139 a 140 vta., pronunciado por la Sala Civil Familiar del Menor y Violencia Tercera del Tribunal Departamental de Justicia de Santa Cruz. Con costas y costos.

Se regula honorario del abogado que contestó el recurso en casación en la suma de Bs. 1.000.-

Regístrese, hágase saber y devuélvase.

**Relator:** Mgdo: Rómulo Calle Mamani.

## **ANEXO 2: SENTENCIA No. 47/2015 DE 10 DE MARZO DE 2015.**

### **SALA PLENA**

**SENTENCIA:** 47/2015.  
**FECHA:** Sucre, 10 de marzo de 2015.  
**EXPEDIENTE N°:** 472/2008.  
**PROCESO :** Contencioso Administrativo.  
**PARTES:** Cooperativa de Telecomunicaciones Santa Cruz (COTAS LTDA.) contra la Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE).

**MAGISTRADO RELATOR:** **Rómulo Calle Mamani.**

Pronunciada en el proceso contencioso administrativo seguido por la Cooperativa de Telecomunicaciones Santa Cruz COTAS LTDA. contra el Superintendente General del Sistema de Regulación Sectorial.

**VISTOS EN SALA PLENA:** La demanda contencioso administrativa de fs. 213 a 224, impugnando la Resolución Administrativa N° 1740, pronunciada por la Superintendencia General del SIRESE; los antecedentes procesales y de emisión de la resolución impugnada.

**CONSIDERANDO I:** Que la Cooperativa de Telecomunicaciones Santa Cruz COTAS LTDA. representada legalmente por Luis Fernando Soria Cuellar, en tiempo hábil y de acuerdo al art. 778 y sgtes. del Código de Procedimiento Civil, interpone demanda contencioso administrativa contra la Resolución Jerárquica emitida por la Superintendencia General del SIRESE, con los siguientes argumentos:

Que la Resolución N° 1740 de 29 de abril de 2008, contravendría las normas, principios y garantías constitucionales, al confirmarse resoluciones emitidas por la SITTEL, desconociendo funciones que hacen a su competencia, en virtud a que como órgano regulador e investigador, debiera aplicar el principio de verdad material, aun cuando COTAS LTDA., es la cabeza visible en cuanto al origen de la reclamación, sin embargo no consideró la interconexión que dio lugar a la participación activa de un tercer actor (COTEOR), con el cual, no se tenía un contrato de interconexión homologado por el ente regulador al momento de la emisión de la Resolución N° 1740, por tanto este tercero tendría la misma calidad de presunto infractor; por consiguiente las pruebas remitida por COTEOR, serian fundamentales y no debieron ser soslayadas en sede administrativa, actitud que dio lugar a la no verificación de los hechos que motivaron la resolución impugnada, infringiéndose el art. 4 inc. d) de la Ley N° 2342, conllevando a total indefensión de COTAS LTDA., tomándose en cuenta solo a un presunto infractor y no así a COTEOR.

Refiere que el principio de confidencialidad previsto por el art. 261 del DS N° 24132 Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones, impide realizar el intercambio de información personal relativa a los abonados de otros operadores como COTEOR.

Manifiesta que la SITTEL, al ordenar mediante Auto de Apertura de Termino Probatorio, la producción de prueba a COTAS LTDA., no se encontraba a su alcance técnico ni contractual,

causándole indefensión por ser COTEOR dueño de la red local a la que pertenece el usuario Ubaldo Wilcarani Villca; que sin embargo solicitó la documentación pertinente que fue obtenida oportunamente y presentada como consta en obrados, no considerándose que el detalle de llamadas o la información requerida se expondría a quien maneja tal información, al ser objeto de cuestionamiento u observación por parte del titular de la línea telefónica, y que COTAS LTDA. solamente prestó el servicio a través de su conexión al carrier de larga distancia “12” COTAS, por la cual se canalizó las llamadas nacionales con destino a teléfonos celulares, originándose las llamadas en la RED LOCAL de COTEOR, por tanto COTAS LTDA. no tendría control ni responsabilidad sobre las redes de un tercer operador, al no tener acceso físico a la red de estos y no estar especificado en la fecha, el marco legal-contractual necesario, al no existir participación activa de la SITTEL, emitiendo una Reglamentación que establezca los parámetros y condiciones del intercambio entre operadores, y que en estricta sujeción del art. 261 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, DS N° 24132 de 27 de septiembre de 1997, el proveedor de Servicios de Telecomunicaciones sería el directo responsable por las violaciones que sus funcionarios cometan y ser sujetos de sanciones.

Afirma que mediante Resolución RAR 2007/2680, confirmada por Resolución N° 1740, que determinó la devolución de los montos reclamados a pesar de encontrarse las pruebas y elementos de convicción en el expediente (Acta de Inspección Técnica que desestimaría la posibilidad de manipulación o robo de llamadas), y por otro lado el detalle de llamadas proporcionado por COTEOR confirmaría que las llamadas fueron cursadas desde la RED de COTEOR, a través del carrier de “12” COTAS y que el fallo emitido en su contra se basó en dos llamadas faltantes en detalle, sin considerar que el mismo se dio por problemas de configuración de la central, que no registra llamadas de una determinada cantidad de tiempo equivalente a milisegundos, por tanto no tendría que castigarse la totalidad de la deuda de los meses de marzo y abril de 2007, al estar demostrada la correcta prestación, facturación y cobranza del servicio, mediante acta de inspección técnica y los detalles CDR y AMA.

Refiere que por lo expuesto precedentemente, la Superintendencia no formuló los cargos contra COTAS LTDA., conforme al ordenamiento jurídico vigente, transgrediendo a la vulneración de los siguientes principios y normas legales:

- Denuncia la infracción al derecho a la defensa y al principio del debido proceso, por el incumplimiento de lo dispuesto por los arts. 61 y 62 del DS N° 27172, manifestando que al haberse presentado la prueba requerida mediante traslado con la reclamación administrativa por parte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, no se hubiese aplicado el principio de la sana crítica en la valoración de la prueba aportada por COTAS y COTEOR, y que el SIRESE en la Resolución N° 1740, no observó este aspecto, emitiéndose un fallo alejado de la realidad, fundamentándose en presunciones, con exigencias en fase administrativa de pruebas que no se encontrarían reglamentadas para su obtención, y que una vez obtenidas por COTAS LTDA de manera informal y presentadas oportunamente, tampoco fueron consideradas suficientes pese a que desvirtúan las inconsistencias técnicas supuestamente existentes, vulnerándose los principios de verdad material e imparcialidad, consagrados en los incs. d) y f) del art. 4 de la Ley N° 2341, en virtud que la SITTEL no determinó el escenario técnico en el que se desarrolla la reclamación, obviando requerir elementos de convicción de la totalidad de actores que intervienen en la prestación objetada.

- Además denuncia la vulneración del principio del Impulso de Oficio, consagrado en el inc. n) del art. 4) de la Ley N° 2341, en virtud que el regulador no asignó ningún valor a las pruebas de descargo presentadas, y que debió servir de base para la realización de otras acciones de oficio para salvar las deficiencias en la información proporcionada o a la falta de elementos de convicción que le hubiesen permitido llegar a una resolución motivada y fundamentada en hechos comprobados.
- Ostenta la violación al principio de presunción de inocencia por parte del SIRESE, al haber fundamentado la resolución impugnada, sobre la supuesta falta de información remitida por COTAS LTDA., y no asignar el valor a la prueba presentada en obrados, que demuestra la correcta prestación del servicio, facturación y cobranza del servicio al usuario Ubaldo Wilcarani Villca.
- La vulneración del principio de proporcionalidad, previsto en el inc. p) del art. 4 del Procedimiento Administrativo, por no haberse cumplido por parte del ente regulador el mandato que le asigna la norma, y a la vez la instancia superior en jerarquía, que mediante jurisprudencia la Superintendencia de Telecomunicaciones debería constituirse en el punto de equilibrio entre los administrados.

Concluye solicitando se declare PROBADA la demanda contencioso administrativa y consecuentemente se anule la Resolución N° 1740, ordenando a la SITTEL que previo a la emisión de una nueva resolución, valore todas las pruebas aportadas por su parte y las obtenidas de COTEOR.

**CONSIDERANDO II:** Corrido en traslado y citada legalmente la Autoridad demandada, en tiempo hábil se apersona Luis Sanchez-Gomez Cuquerella Superintendente General a.i. del Sistema de Regulación Sectorial, quién por memorial de fs. 251 a 258, contesta la demanda en forma negativa, expresando en síntesis:

Que la Resolución Administrativa Regulatoria N° 2007/2680 de 17 de septiembre de 2007, se basa en la reclamación administrativa presentada por facturación y/o cobro indebido del servicio de la larga distancia nacional a la línea telefónica 5274311, por llamadas con destinos a celulares de Cochabamba, Oruro y La Paz a través del “12 de COTAS”, registrados en los meses de marzo y abril de 2007.

Manifiesta que la Superintendencia de Telecomunicaciones solicitó el Acta de Inspección técnica de la línea telefónica e informe que establezca si la línea contaba con algún servicio de restricción de llamadas en los meses observados; además se hubiese solicitado el registro de llamadas salientes de la línea telefónica 5274311 de los meses de marzo y abril de 2007, por cuanto COTAS LTDA, no remitió la documentación suficiente que acredite la facturación o cobro por el servicio de larga distancia nacional, en virtud de que presentaría varias inconsistencias y diferencias en la cantidad de llamadas registradas, por lo que la Superintendencia de Telecomunicaciones declaró fundada la reclamación, instruyendo a COTAS LTDA., la devolución en caso de haber cobrado los montos facturados.

Denota que en la Resolución Jerárquica N° 1740, concluyó que la parte demandante tuvo la oportunidad de presentar toda la prueba durante la etapa probatoria dentro la tramitación de la reclamación administrativa, y que la misma no presentó prueba alguna que desvirtuó los cargos y la verdad de sus argumentos, por tanto las pruebas aportadas fueron compulsadas y valoradas conforme al principio de la sana crítica, insuficientes para desvirtuar el hecho de que COTAS LTDA., no hubiese incurrido en la facturación y/o cobro indebido del servicio de larga distancia nacional, en virtud del art. 65. I inc. b) del DS N° 27172.

Que el art. 54. I del DS N° 27172 establecería que el usuario tendría derecho a recibir por parte de la empresa o entidad regulada, a través de ODECO la atención y procesamiento de sus reclamos, y solicitar la devolución de los importes indebidamente pagados.

Menciona que COTEOR, no fue quien facturó o cobró indebidamente por las llamadas registradas en la línea telefónica 5274311, enrutadas a través del Código multiportador “12 “ COTAS en los meses de marzo y abril de 2007, por tanto no tendría que considerarse como presunto infractor y también por no ser parte en el proceso, además que COTEOR es operador interconectado, quien registra las llamadas facturadas, consecuentemente era importante contar con ese registro para una contrastación con los registros de COTAS LTDA., por tanto era de su interés presentar los elementos de convicción para desvirtuar los cargos formulados en su contra. Notificado con el auto de apertura del término probatorio en sede administrativa, se dio la oportunidad de presentar la prueba pertinente, por tanto la argumentación de indefensión formulada es infundada.

Declara que existen contradicciones en la argumentación en la demanda contencioso administrativa por parte de COTAS LTDA., referente a la imposibilidad de presentar la prueba requerida por Auto de Apertura de Término probatorio, toda vez que a fs. 44 a 59 del Anexo, la parte demandante hubiese remitido a la Superintendencia de Telecomunicaciones la información requerida.

Respecto a la argumentación de inviolabilidad prevista por la Ley N° 1632, con referencia al Reglamento a la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante DS N° 24132 de 27 de septiembre de 1995, que tal inviolabilidad de las telecomunicaciones se refieren al contenido de las comunicaciones entre dos puntos y a la protección de datos personales de los usuarios, por tanto la información requerida por el ente regulador no corresponde a ninguno, por tanto el registro detallado de llamadas (CDR) no supone violación a la confidencialidad de llamadas del usuario, si no a la duración, origen y destino con la factura aplicada, por tanto tal denuncia carece de fundamento, máxime si el art. 61 del DS N° 24132 establece los casos en los que se levanta tal confidencialidad.

Conforme el art. 9 del Reglamento de Interconexión, aprobado mediante DS N° 26011 de 1 de diciembre de 200 y art. 23 del referido Decreto, evidencia que COTAS LTDA., pretende interpretar la norma a su conveniencia y eludir responsabilidades.

Con referencia a la falta de acceso físico a la red de terceros operadores (COTEOR) y no estar estipulado en el marco legal-contractual, se tiene que el Reglamento de Interconexión establece en su Capítulo IV, arts. 23 y 24 el contenido de los acuerdos de interconexión, aspectos técnicos, económicos y comerciales, así como los aspectos jurídicos y administrativos, por tanto la parte demandante pretende desconocer esta normativa legal, aspirando a que sea la administración

Publica la que efectuó los pagos que le corresponden a COTAS LTDA., vulnerándose el art. 47. V de la Ley N° 2341.

Considera con relación a la denuncia de contravención, lo establecido en el art. 5. num. 1 inc. a) de la O.B.I., que la SITTEL hubiese solicitado a través del auto de 10 de agosto de 2007 la documentación tendiente a resolver la reclamación administrativa, y que la parte demandante no efectuó el procedimiento establecido en el punto 5. num.1 de la O.B.I. durante la reclamación directa efectuada por el usuario, y que tenía toda la atribución de solicitar a los Operadores interconectados la información que sea necesaria para dilucidar tal reclamación, por tanto no eximiría de culpa a COTAS bajo el argumento que la SITTEL tendría facultades de solicitar documentación que considere pertinente, al encontrarse COTAS interconectado con COTEOR.

Como las pruebas fueron valoradas en su conjunto, la totalidad de la facturación de larga distancia nacional del mes de marzo y abril de 2007, no se realizó un análisis individual, al encontrarse inconsistencias entre los registros de COTAS LTDA. y los de la central local COTEOR, referentes a la cantidad de llamadas registradas y cobradas; estas diferencias afectan a la prueba en su totalidad, evidenciándose diferencias relacionadas con la duración de las mismas, habiéndose facturado por 1910 segundos en el mes de marzo de 2007 y 4374 segundos en el mes de abril de 2007 y que COTEOR hubiese registrado 1879 segundos en el mes de marzo y 3521 el mes de abril, por lo que existe una diferencia de 32 segundos en el mes de marzo y 853 en el mes de abril, inconsistencias que no podían pasar por alto, en virtud que ya se encontraba en vigencia el DS N° 28994 que modificó el art. 140 del DS N° 24132 en su parágrafo II, por lo expuesto la sanción fue impuesta conforme normativa legal vigente.

Concluye que contesta negativamente a la demanda contencioso administrativa, solicitando se declare IMPROBADA al no haber desvirtuado los sólidos argumentos contenidos en la Resolución Administrativa N° 1740.

Aceptada la respuesta a la demanda por decreto de fs. 265, se corrió traslado a la entidad demandante para la réplica, quien responde por memorial de fs. 267 a 275, sin haberse presentado la dúplica, y por proveído de fs. 281 se decretó Autos para Sentencia.

**CONSIDERANDO III:** Que la naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo, reviste características de juicio ordinario de puro derecho, cuyo conocimiento y resolución esta atribuido por mandato de los arts. 4 y 6 de la Ley N° 620 de 29 de diciembre de 2014, en concordancia con los arts. 778 a 781 del Código de Procedimiento Civil, siendo el objeto de acuerdo a las circunstancias acreditadas o no, conceder o negar la tutela solicitada por el demandante, por cuanto el trámite en la fase administrativa se agotó en todas sus instancias con la resolución del recurso jerárquico; por consiguiente, corresponde a este Tribunal analizar si fueron aplicadas correctamente las disposiciones legales con relación a los hechos sucedidos en fase administrativa, y realizar control judicial de legalidad sobre los actos ejercidos por la entonces Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial.

**CONSIDERANDO IV:** Que del análisis y compulsas de lo anteriormente señalado, los datos procesales y de la resolución administrativa impugnada, se establecen los siguientes extremos:

De la revisión de los antecedentes cumplidos en sede administrativa, se establece que la Superintendencia de Telecomunicaciones formuló Cargos mediante Resolución Administrativa Regulatoria N° 2007/1867 contra COTAS LTDA., por la presunta comisión de la infracción prevista en el art. 15. II inc. a) del DS N° 25950, otorgándole el plazo de 7 días, a efecto de que pueda presentar los descargos correspondientes.

Una vez tramitada la reclamación en sede administrativa, mediante Resolución Administrativa Regulatoria N° 2007/2680 de 17 de septiembre de 2007 la SITTEL resuelve declarar fundada la reclamación administrativa presentada por el usuario Ubaldo Wilcarani Villca contra COTAS LTDA., por facturación y/o cobro indebido del servicio de larga distancia nacional a la línea telefónica 5274311, por llamadas a celulares de las ciudades de Cochabamba, La Paz y Oruro, enrutadas a través del Código multiportador "12" de COTAS LTDA., de los meses de marzo y abril de 2007. Alternativamente instruye a COTAS LTDA., a proceder a dar de baja o realizar la devolución, en caso de haber cobrado los montos facturados, más el interés legal aplicable en efectivo.

Contra la referida Resolución la parte demandante interpone Recurso de Revocatoria, resuelto por Resolución Administrativa N° Regulatoria N° 2007/3548 de 21 de noviembre de 2007, rechazando la impugnación, por tanto es objeto de recurso Jerárquico que es resuelto por Resolución Administrativa N° 1740 de 29 de abril de 2008, que confirma las Resoluciones Administrativas Regulatorias N° 2007/3548 de 21 de noviembre de 2007 y N° 2007/2680 de 17 de septiembre de 2007, emitidas por el Superintendente de Telecomunicaciones.

Establecidos los antecedentes de hecho y de derecho, a efecto de pronunciar resolución, se desprende de los reiterativos argumentos, que el objeto de controversia, se circunscribe a lo siguiente:

1. *Que la Superintendencia de Telecomunicaciones no hubiese otorgado el valor probatorio a las pruebas aportadas mediante Carta COTAS GG N° 382/2007 de 26 de julio de 2007 y GG N° 460/2007 de 4 de septiembre de 2007, por la supuesta afectación de una inconsistencia existente relacionada a la diferencia de una llamada en el detalle de llamadas en los periodos observados, infringiéndose el art. 61 y 62. II del DS N° 27172 y por consiguiente los principios del debido proceso, verdad material, del impulso de Oficio, de imparcialidad, presunción de inocencia y de proporcionalidad, previstos en el art. 4) de la Ley del Procedimiento Administrativo.*

Del examen de los antecedentes del proceso y de sus anexos, e identificado el punto de controversia, se establecen los siguientes extremos:

***La demanda contencioso administrativa se funda en la denuncia formulada, con referencia a que la Superintendencia de Telecomunicaciones no hubiese otorgado valor probatorio a las pruebas aportadas mediante Carta COTAS GG N° 382/2007 de 26 de julio de 2007 y GG N° 460/2007 de 4 de septiembre de 2007, por la supuesta afectación de una inconsistencia existente, relacionada a la diferencia de una llamada en el detalle de llamadas en los periodos observados, infringiéndose el art. 61 y 62. II del DS N° 27172, y por consiguiente los principios del debido proceso, verdad material, del impulso de Oficio, de imparcialidad, presunción de inocencia***

***y de proporcionalidad, previstos en el art. 4) de la Ley del Procedimiento Administrativo, es menester referir lo siguiente:***

A efectos de resolver esta controversia, es pertinente acudir a la doctrina para un mejor entendimiento del concepto de debido proceso en el derecho administrativo, así el entendimiento del Congreso Internacional de Derecho Administrativo llevado a cabo en Arequipa-Perú, que manifiesta: “*El debido proceso y la defensa en el procedimiento administrativo o en la vía administrativa previa, es un derecho fundamental de primer orden que asegura la predictibilidad de la actividad formal de las administraciones públicas. Asimismo, garantiza que cuando la administración pública ejerce sus potestades, se explique y sea intangible para el administrado... (...)*”. (Derecho Administrativo en el Siglo XXI, Volumen I, ADRUS D&L Editores S.A.AC., Lima-Perú, 2013, pág. 581).

En mérito a ese entendimiento, el debido proceso es un principio que es alimentado a su vez por otros principios como el de ***previa formulación de cargos*** y el ***derecho a las pruebas***. Con referencia a la primera es inmanente al derecho a la defensa en el procedimiento administrativo sancionador, y por tanto toda persona tiene derecho a ser informada de los cargos en su contra, principio consagrado constitucionalmente en el art. 180 de la Constitución Política del Estado y la Ley N° 2341, por lo que sin cargos previos no se abriría el procedimiento administrativo, por el cual la autoridad podrá delimitar el objeto del proceso, posibilitar una defensa eficaz y fijar anticipadamente los límites de la decisión administrativa. En cuanto al *derecho de las pruebas*, significa que el administrado puede acceder a los medios probatorios e impugnarlos en su caso, por tanto este derecho no puede ser incumplido por la Administración, en virtud que toda persona acusada de alguna infracción o ilícito, tiene derecho a la producción de las pruebas pertinentes para sus descargos respectivos, como así también tiene derecho a que esas pruebas sean debidamente valoradas o complementadas ante inconsistencias y deficiencias, por disposición de la Autoridad Administrativa; además otro elemento constitutivo del debido proceso es que la resolución emitida por la Autoridad, como acto administrativo sea debidamente fundamentada.

En el caso en trámite, si bien se declaró cargos contra COTAS LTDA., comunicándole que en el plazo otorgado presente los descargos a efectos de desvirtuar la reclamación administrativa, de antecedentes se tiene que cuando se dispuso mediante Resolución N° 2007/1867 de 11 de julio de 2007, COTAS LTDA, en el plazo de 7 días conteste y presente prueba pertinente, de conformidad al art. 63. II del DS N° 27172. La empresa demandante a efectos de dar cumplimiento a la referida resolución en plazo, mediante CARTA COTAS GG N° 382/2007 de 26 de julio de 2007, formula la contestación, adjuntando la documentación requerida, con la siguiente argumentación: “*Dando respuesta al auto de formulación de cargos establecidos en la R.A..R. 2007/1867 de 11 de julio de 2007, notificado legalmente el 18 de julio del año en curso, dentro la Reclamación administrativa interpuesta por el señor Ubado Wilcarani Villca en contra de COTAS por la presunta facturación y/o cobro indebido de tarifas, por llamadas de larga distancian nacional enrutadas a través del Código multiportador “12” con destino a diferentes celulares del territorio nacional, registradas en la línea telefónica 5274311 en los meses marzo y abril de 2007, remitimos a su despacho las pruebas de descargo que demuestran la correcta prestación de servicios y cobranza por parte de COTAS LTDA., del servicio objetado por el reclamador...(..), evidenciándose que entre la prueba aportada, se adjuntó los CDR´s y AMA de la línea 5274311 correspondientes a los meses de marzo y abril de 2007 (detalle de llamadas) y*

*el informe de la Unidad de Análisis. Por consiguiente COTAS LTDA., no recayó en lo previsto en el art. 61 y 62-II del D.S. N° 27172 de 15 de noviembre de 2005, que esta última claramente establece: **ARTICULO 62...sic...sic...II.** En caso de que la empresa prestadora del servicio no responda al traslado de los cargos en el plazo establecido, se dará por admitidos los cargos y probada la reclamación”; por consiguiente al haberse considerado que esa observación de inconsistencia existente en el detalle de llamadas, amerite que la Superintendencia de Telecomunicaciones excluya todas las pruebas aportadas por COTAS LTDA., y por el operador COTEOR, vulnera el principio del debido proceso, legalidad y seguridad jurídica.*

Posteriormente, si bien mediante auto de 10 de agosto de 2007, la Superintendencia de Telecomunicaciones sujetó la causa a término probatorio de 10 días, en observancia del art. 10 inc. a) de la Ley N° 1600-SERESE, art. 4 inc. d) de la Ley N° 1632 de Telecomunicaciones, art. 28 y 63. I del DS N° 27171, manifestando que para desvirtuar la facturación indebida y/o cobros realizados, COTAS LTDA. presenta las siguientes pruebas como mínimo: “**1. Informe si la línea telefónica 5274311** contaba con algún servicio de restricción de llamada en los meses de marzo y abril de 2007...sic... **2. Acta de Inspección de la línea telefónica 5274311**...sic...**3. Registro de llamadas salientes de la línea telefónica 5274311**”, según registros de la central local, correspondientes al objeto de la presente reclamación para los meses de marzo y abril de 2007.

Ahora la resolución impugnada contiene una fundamentación apoyada en el art. 63. II del DS N° 27172, con la argumentación que COTAS LTDA., no hubiese aportado prueba que desvirtúe la indebida facturación, mismas que serían insuficientes por existir diferencias en la cantidad de llamadas registradas por COTAS LTDA. y COTEOR, que dieron lugar a que toda la prueba sea afectada por tal observación. Sin embargo, se debe tener presente que la parte demandante cumplió con la carga de la prueba, exigida por auto de 10 de agosto de 2007, máxime si mediante CARTA COTAS GG N° 460/2007 de fecha 4 de septiembre de 2007, presentó la prueba complementaria solicitada por el ente regulador, misma que fue remitida por la Cooperativa de Telecomunicaciones “Oruro” Ltda. (COTEOR) en atención a la nota COTAS GG N° 430/2007; en consecuencia la empresa demandante en el caso de autos, no actuó con negligencia o descuido en la presentación de medios probatorios, tal como manifiesta la Superintendencia General-SIRESE.

COTAS LTDA., con el fin de cumplir con la carga de la prueba, solicitó al operador COTEOR la prueba pertinente, requerida a su vez por la Autoridad Administrativa. Por consiguiente no existe razonamiento lógico para que la Superintendencia General del SIRESE, funde su resolución con la simple argumentación que los Órganos de la Administración no se encontrarían sujetos a ningún régimen de valoración de prueba legal, incursas en obrados, ni que debiera invocarse el *principio de verdad material*. La argumentación de la autoridad del SIRESE, no se enmarca en el nuevo ordenamiento Constitucional del Estado Plurinacional de Bolivia, ni en el art. 4 (principio generales de la actividad administrativa) de la Ley N° 2341.

Además la CPE en su art. 119 establece: “*Las partes en conflicto gozarán de igual oportunidad para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan ...(...)*”, concordante con el art. 115. II de la alusiva Carta Magna, que refiere: “*El Estado garantiza el debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, gratuita, transparente y sin dilaciones*”, preceptos constitucionales soslayados por la Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial SIRESE.

Los principios más importantes que inspiran el procedimiento administrativo es el ***principio de verdad material***, según el cual la Autoridad Administrativa competente *deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones, para lo cual deberá munirse de todos los medios probatorios necesarios, y si estos no son lo suficientemente válidos según su sana crítica*, la Autoridad Administrativa queda facultada a razonar bajo el principio de verdad material.

El tratadista Juan Carlos Cassagne manifiesta: “... *En el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado. De esta manera, el acto administrativo resulta independiente de la voluntad de las partes*”. (*Derecho Administrativo II-Abeledo-Perrot-Buenos Aires Argentina, pag. 321*).

Lo dispuesto por el art. 63 del Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESE, aprobado por el DS N° 27172, no significa jurídicamente inobservancia del principio de verdad material, bajo el fundamento erróneo que la carga procesal recae sobre el proveedor, más aun cuando este haya aportado prueba, que como en el presente caso fue considerada insuficiente, desestimándose los elementos de convicción en su totalidad ante supuestas “inconsistencias”, sin realizar la Administración mayor aclaración de sus fundamentos.

Sin embargo deberá tenerse en cuenta, que en el procedimiento administrativo rige el principio de la oficialidad e instrucción, *que faculta a la administración a requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones a las personas individuales o jurídicas*, que proveen servicios de telecomunicaciones; esta facultad se encuentra prevista en el art. 4 inc. d) de la Ley de Telecomunicaciones N° 1632 de 5 de julio de 1995, que establece: “***(Funciones y atribuciones de la Superintendencia de Telecomunicaciones)***. *La Superintendencia de Telecomunicaciones es un órgano del Sistema de Regulación Sectorial, creado mediante Ley N° 1600 de 28 de octubre de 1994, que regula el servicio público de telecomunicaciones, a cuya cabeza se encuentra el Superintendente de Telecomunicaciones y cuyas atribuciones específicas, además de las establecidas en dicha ley, son las siguientes: ...sic...sic... C) Requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones a las personas individuales y colectivas que provean servicios de telecomunicaciones. En el caso de Proveedores de Servicios de Radiodifusión o Difusión de Señales, se requerirá únicamente información técnica; ...(...)*).

La normativa citada precedentemente es concordante con los art. 27 y 28 del Reglamento de la Ley de procedimiento Administrativo para el SIRESE aprobado mediante DS N° 27172, esta última refiere:”***(INFORMES)***. *El superintendente podrá requerir por escrito a cualquier Entidad u órgano administrativo, se la remitan informes, dentro de los cinco (5) días siguientes, sobre hechos que consten en documentos, registros o expedientes cursantes en dichas reparticiones, bajo responsabilidad que corresponda en caso de incumplimiento*”, e incluso tiene relación con el art. 30 del referido reglamento. De lo que se deduce que con estas atribuciones o facultades que la Ley le otorga a la Autoridad Administrativa, se concreta la función de cooperación de la administración hacia el administrado o particular respectivamente, cuando las pruebas aportadas por estos adolezcan de alguna inconsistencia referente a un dato o información, siempre con el fin de llegar a la verdad histórica de los hechos y así emitir una resolución que ofrezca seguridad jurídica, tomando en cuenta que en el procedimiento administrativo, prima la verdad material

sobre la verdad formal, siendo necesario para el esclarecimiento de aquella verdad, un criterio de amplitud, a fin de facilitar de este modo el control de la legalidad de la administración pública. Es en mérito a esa atribución, que se instituye el principio de verdad material a través del art. 4 de la Ley del procedimiento administrativo N° 2341, que refiere: "... *d) Principio de verdad material: La administración pública investigara la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil... (...)*".

Actualmente nuestro ordenamiento jurídico constitucional y la doctrina procesal, ya no es formalista, se inclinan a enfatizar "*los deberes del juez o la Autoridad Administrativa*" para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, porque se trata de una facultad que se torna irrenunciable para los jueces y autoridades administrativas en casos donde la prueba es decisiva para la solución del litigio, como es en el caso de autos, de este modo se confiere mayor flexibilidad al juez o Autoridad Administrativa y colaboración de ambas partes en la etapa probatoria, lo que se conoce como "cargas probatorias dinámicas", lo que significa que no interesa quién introduce la prueba, aunque el hecho se encontrare a *prima facie* "probado," si el juez o Autoridad, no obstante tiene duda o existe alguna inconsistencia sobre los hechos, antes de fallar con esa duda tiene el deber de utilizar todos los medios a su alcance para disiparla, y así pueda contener una fundamentación fáctica la respectiva resolución, la cual sea congruente con los medios probatorios incursos en el expediente, y la tasa legal otorgada a cada elemento de convicción.

***El art. 46 de la Ley N° 2341, establece: " I. El procedimiento administrativo se impulsará de oficio en todas sus etapas y se tramitara de acuerdo con los principios establecidos en la presente Ley...II. En cualquier momento del procedimiento, los interesados podrán formular argumentaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, los cuales serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente resolución ... "*** De lo que se deduce que la Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial, no observó lo dispuesto por esta normativa al momento de la emisión de la resolución impugnada.

Si bien COTAS LTDA. argumenta que la información requerida no se encontraba a su alcance conforme al art. 261 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el D.S. N° 24132 de 27 de septiembre de 1997, se debe tener presente que COTAS LTDA., demostró que realizó las diligencias respectivas a objeto de requerir información al operador de origen COTEOR, a objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto por la SITTEL, demostrando su interés de cumplir con la carga impuesta por el art. 63. II del DS N° 27172 de 14 de septiembre de 2003 (Reglamento de la Ley de Procedimiento Administrativo para el SIRESI), agotando los medios a su alcance, a efectos de desvirtuar la presunta comisión de la infracción establecida en el art. 15. I, inc. a) del DS N° 25950; en definitiva COTAS LTDA., no incumplió con la aportación de los medios de prueba fase administrativa, y no resultan razonables los argumentos expuestos por la Superintendencia General del SIRESE en la resolución hoy impugnada.

En ese orden, la Superintendencia de Telecomunicaciones, al realizar la verificación de las llamadas cuestionadas, generadas en la línea telefónica 5274311, concluyó de manera contradictoria al manifestar que de la compatibilización del registro detallado de llamadas CDR, estas fueron consistentes entre sí, en cuanto a la fecha, origen, destino y duración. Sin embargo cuando se realizó la comparación del registro de llamadas salientes de la línea telefónica 5274311, emitida por el operador COTEOR (AMA) central local, con el detalle de llamadas facturadas

emitidas por COTAS LTDA.(CDR), concluyó que concurrían inconsistencias con relación a diferencias en la cantidad de llamadas registradas y no así en cuanto a las llamadas salientes de la línea telefónica, fecha, origen, destino y duración; primando de este modo para la SITTEL, la diferencia de una llamada en los periodos de marzo (*37 llamadas en el registro de llamadas de COTEOR y 38 llamadas en el detalle de llamadas facturadas por COTAS LTDA.*) y abril de 2007 (*41 llamadas en el detalle de llamadas de COTAS LTDA., y 41 llamadas en el registro de la central local COTEOR*).

En mérito, a la existencia de esa diferencia de una llamada en los periodos observados, la Superintendencia de Telecomunicaciones, debió valorar de forma exhaustiva cada prueba aportada por el proveedor o en su caso requerir información complementaria que permita aclarar tales observaciones, al tratarse de un problema estrictamente técnico y no descartar la prueba en su totalidad, bajo el fundamento que *“el elemento probatorio que demostró inconsistencia, hubiese afectado a los demás elementos de convicción, por considerarlos como un todo, en cuanto a su resultado y finalidad”*, desechándose los demás medios probatorios que fueron exigidos por la Superintendencia de Telecomunicaciones y presentados por el operador demandante como ser: Detalle y registro de llamadas salientes - AMA y CDR de COTAS y COTEOR, Acta de Inspección técnica, además evidenciándose que la Cooperativa de Telecomunicaciones Oruro Ltda., manifiesta expresamente en la literal de fs. 44 del Anexo (*Nota: A. LEGAL N° 463/2007 de 31 de agosto de 2007*) lo siguiente: *“En atención a su nota COTAS GGN° 430/2007, tomando en cuenta lo previsto en el art. 261 inc. c) del DS N° 24132 y bajo el principio de cooperación, lealtad reciprocidad mutua, es que tengo a bien remitir a Ud. La información solicitada bajo el siguiente detalle: Línea telefónica N° 5274311...- Formulario de Solicitud para Servicios Especiales N° 96559...- Acta de Inspección n° 56/2007...- Reporte de llamadas originadas en el teléfono 5274 311 periodo marzo y abril 2007...Cabe aclarar que la línea telefónica de referencia durante los meses de marzo y abril de 2007 no contaban con servicio de restricción de llamadas”*.

De lo que se infiere que a solicitud de COTAS LTDA., el operador COTEOR, remitió la prueba solicitada por la SITTEL, por Auto de Apertura de Término Probatorio de 10 de agosto de 2007, detallada en la nota de 31 de agosto de 2007, cada una de estas pruebas debían ser valoradas debidamente por la Autoridad Administrativa, lo cual no aconteció.

En consecuencia la falta de valoración precisa de cada elemento probatorio, considerando que uno de los elementos probatorios afectó automáticamente al resto de los elementos de convicción por “ser un todo”, evidencia falta de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad, siendo lo correcto compulsar cada medio probatorio según el valor que le asigna la norma, y de ser insuficiente, disponer la presentación de otros elementos de convicción, conforme la atribución que le confiere la Ley, a efectos de aclarar esas diferencias existentes de una llamada por periodo observado, y no como se procedió en el caso de autos, a desestimar en su totalidad e integridad, afectando en su derecho a la defensa a COTAS LTDA.

Por consiguiente al confirmarse las Resoluciones Administrativas Regulatorias N° 2007/2680 de 17 de septiembre de 2007 y N° 2007/3548 de 21 de noviembre de 2007 con los argumentos expuestos, la Autoridad del SIRESE convalidó resoluciones que carecen de fundamentos fácticos y legales, que apoyen el soslayamiento de los medios probatorios, disponiendo la exoneración del pago total de la facturación de los meses observados, más el pago de intereses en favor del usuario Ubaldo Wilcarani Villca, infringiendo el principio de proporcionalidad, también denominado

“exceso de punición”, porque no se consideró que la sanción administrativa tiene que respetar una base de razonabilidad o guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada; principio consagrado en el art. 75 de la Ley N° 2341 (Ley del Procedimiento administrativo).

Por consiguiente se infiere la vulneración a los principios denunciados en la demanda contencioso administrativa, advertido de aquello corresponde conceder la pretensión del exordio de la demanda interpuesto por COTAS LTDA.

**POR TANTO:** La Sala Plena a del Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, en ejercicio de la atribución conferida por los arts. 4 y 6 de la Ley N° 620 del 29 de diciembre de 2014 y lo dispuesto en los arts. 778 y 781 del Código Procedimiento Civil, declara **PROBADA** la demanda contencioso administrativa de fs. 213 a 224, en su mérito se deja sin efecto la Resolución Administrativa N° 1740 de 29 de abril de 2008, pronunciada por la entonces Superintendencia General del Sistema de Regulación Sectorial SIRESE, actualmente a cargo del Ministerio de Obras Públicas, Servicios y Vivienda, debiendo emitirse una nueva resolución en base a los razonamientos expuestos en la presente sentencia.

No suscriben las Magistradas Rita Susana Nava Durán y Maritza Suntura Juaniquina por emitir votos disidentes.

**Procédase a la devolución de los antecedentes administrativos remitidos a este Tribunal por la autoridad demandada.**

*Regístrese, notifíquese y archívese.*

Fdo. Jorge Isaac von Borries Méndez  
**PRESIDENTE**

Fdo. Rómulo Calle Mamani  
**DECANO**

Fdo. Antonio Guido Campero Segovia  
**MAGISTRADO**

Fdo. Pastor Segundo Mamani Villca  
**MAGISTRADO**

Fdo. Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano  
**MAGISTRADO**

Fdo. Norka Natalia Mercado Guzmán  
**MAGISTRADA**

Fdo. Fidel Marcos Tordoya Rivas  
**MAGISTRADO**

Fdo. Sandra Magaly Mendivil Bejarano  
**Secretaria de Sala**  
**Sala Plena**

**ANEXO 3: REVISTA JURISPRUDENCIAL DE DICIEMBRE DE 2015 – ENSAYO DEL DR. GONZALO MIGUEL HURTADO ZAMBRABA, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. PAGINAS 15-16.**



## LA DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA PROBATORIA LA PRUEBA

La prueba es una de las instituciones más importantes del Derecho.

“El *onus probandi* (carga de la prueba) es una expresión latina del principio jurídico que señala quien es el obligado a probar ante los tribunales. El fundamento del *onus probandi* radica en un viejo aforismo de derecho que expresa que lo normal se presume, lo anormal se prueba. Por tanto, quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, debe probarlo (“*affirmanti incumbit probatio*”: a quien afirma, incumbe la prueba)” .

El derecho a hacer uso de los medios probatorios, consiste en la admisión de los medios de prueba que sean pertinentes y no pretendan desconocer u obstaculizar la averiguación de los hechos, inclinándose por el acceso en la admisión de estas antes que la restricción en caso de duda.



Dr. Gonzalo Miguel Hurtado Zamorano  
MAGISTRADO  
TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### LA CARGA DINAMICA DE LA PRUEBA.

Lo relativo a la carga de la prueba, en los últimos tiempos concentra mayor atención de los estudiosos del derecho, por la profunda significancia que tiene con el deber que la ley impone a los jueces, de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos.

En términos jurídicos, la palabra “carga” importa el cumplimiento de una determinada actividad, con la finalidad de demostrar o conservar un derecho o facultad. Si bien las cargas son impuestas tanto en el derecho sustancial como en el derecho procesal, es dentro del derecho procesal, y específicamente dentro del proceso civil, donde el tema de las “cargas” adquiere profunda relevancia, ya que las partes actúan en el proceso impulsadas por cargas y pocas obligaciones.

**Goldschmidt** hace una clasificación de los imperativos jurídicos, estableciendo que las imposiciones sean instituidas en interés del acreedor (obligaciones), de la comunidad (deberes) o en el propio (cargas). La referida clasificación permite identificar correctamente las diversas actividades del proceso. El juez tiene, por una parte, el **deber** de dictar sentencia de conformidad a las formalidades establecidas por ley; los testigos, tienen la **obligación** de comparecer ante el juez de la causa con la finalidad de hacer conocer su verdad mediante la declaración respectiva; las partes tienen la **obligación** de cumplir con las cargas impuestas por ley, como contestar la demanda, hacer uso de los recursos que le franquea la ley y fundamentar eficientemente los mismos, entre otros.

El incumplimiento de una carga no implica necesariamente perjuicio para la parte, pues en el caso de no ser contestada la demanda y, aún si se diera el caso de que la pretensión del actor sea desestimada o rechazada, o para el caso de que no se produzca determinada prueba, estos extremos pueden no tener consecuencia alguna por ser innecesarios, por estar impulsados por iniciativa de la parte contraria o por el juez.

El tema de la carga dinámica de la prueba, adquiere profunda relevancia cuando no se produjo la prueba esencial para la solución de la controversia, ya que ella puede producirse por iniciativa de cualquiera de las partes o del juez, con prescindencia de quien tenía esa carga y responde al hecho de que la parte que niega la pretensión jurídica invocada en su contra, tiene a su alcance la prueba, y procede al ocultamiento de la misma, generalmente, de mala fe, ante la certidumbre de que será tomada en su contra a la hora de resolverse el litigio.

Si bien las reglas sobre la carga de la prueba no son absolutas, cumplen con la finalidad de orientar la actuación del juez, por lo que es necesario considerar que ante la falta de prueba, resulta de suma importancia el hecho de que el juez valore las circunstancias de cada caso concreto para observar quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, como también las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo en las condiciones y formas que dispone la ley, con la finalidad de contribuir a la certeza y primacía de la verdad jurídica objetiva de los hechos.

La profunda necesidad de valorar las omisiones probatorias en que incurrió quien tenía la posibilidad de aportar las pruebas necesarias para la averiguación de los hechos controvertidos que originaron el proceso, según las circunstancias del caso concreto, significó el origen de la denominada **carga dinámica**, en oposición a las reglas estáticas aplicables sin distinción alguna, a todos los supuestos.

Consecuentemente, resulta de lógica determinación, que la distribución dinámica de la carga probatoria acentúe el principio solidarista, puesto que los litigantes tienen que advertir la conveniencia de probar los hechos sin obedecer de inicio una regla que indique a quien perjudica la omisión, y durante el proceso deben probar los extremos que interesen a su derecho, en lo que hace a su pretensión y a su defensa.

Con relación al punto, Eisner, señaló afirmativamente que: “ tiene que imponérsele al juez el deber de anticipar su criterio respecto de la distribución de la carga de la prueba, de modo que la parte sobre quien recae la carga sepa con seguridad que la jurisdicción espera su aporte probatorio bajo pena de aceptarse la afirmación fáctica de su contraria”.

Los estudiosos del derecho se preocuparon por determinar una regla rígida de distribución de la carga de la prueba como de las consecuencias y posteriormente otros principios, como **Chiovenda**, según el cual los hechos constitutivos modificativos, impeditivos que fueron adoptados como **Hugo Alsina**, y contenidas en el Código la República Oriental del del Proceso Civil de Brasil.

La teoría de la carga tiene su fundamento en el y solidaridad que deben con el tribunal.

*...ante la falta de prueba, resulta de suma importancia el hecho de que el juez valore las circunstancias de cada caso concreto para observar quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho controvertido, como también las razones por las cuales quien tenía la carga de la prueba no la produjo en las condiciones y formas que dispone la ley...*

entre los litigantes, así de la falta de prueba fueron formulados el propuesto por el actor debe probar y el demandado los o extintivos; principios por otros autores, por la legislaciones General del Proceso de Uruguay y el Código

dinámica de la prueba, deber de colaboración tener las partes para