

GUSTAVO CALVINHO

# Carga de la prueba

Teoría de las cargas probatorias dinámicas: polémica  
Juicios de familia y de responsabilidad civil  
Reglas del Código Civil y Comercial



BUENOS AIRES · BOGOTÁ · PORTO ALEGRE

2016

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prefacio</i> .....	VII
-----------------------	-----

### PARTE PRIMERA

### CONCEPTOS BASALES

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### LA CARGA PROCESAL

##### *A) NOCIONES Y CONCEPTOS PRELIMINARES*

§ 1. El problema del lenguaje y la explicitación del marco teórico .....	3
§ 2. Diferencia entre concepto, noción y definición .....	3
§ 3. El objeto de estudio del derecho procesal .....	4
§ 4. Sistemas de justicia y principales corrientes procesales: activismo y garantismo .....	5
§ 5. Distinción entre proceso y procedimiento .....	5
a) El proceso .....	5
b) El procedimiento .....	6
§ 6. El proceso como garantía .....	7

##### *B) CARGA PROCESAL Y CARGA DE LA PRUEBA*

§ 7. Las cargas en el proceso y la dinámica procedimental .....	8
-----------------------------------------------------------------	---

- § 8. Antecedentes de las cargas procesales ..... 8  
 § 9. La influencia civilista: deberes y obligaciones procesales ..... 9  
 § 10. Los primeros aportes al estudio de la carga procesal ..... 9

**C) APORTES DOCTRINARIOS PARA EL ESTUDIO  
 DE LA CARGA PROCESAL**

- § 11. Los trabajos de James Goldschmidt y Francesco Carnelutti ..... 10  
 a) La carga procesal en la teoría de James Goldschmidt ..... 10  
 b) Los estudios de Carnelutti sobre la carga procesal ..... 14  
 c) Los principales aportes de Goldschmidt y Carnelutti al estudio de la carga procesal ..... 16  
 § 12. Otras opiniones sobre la carga procesal ..... 16  
 § 13. Las refutaciones a la prédica de Goldschmidt sobre carga procesal ..... 17  
 a) El pensamiento de Couture sobre las cargas procesales ..... 17  
 b) La opinión de Devis Echandía ..... 18  
 c) Las enseñanzas de Leo Rosenberg ..... 18  
 d) El desarrollo de Micheli partiendo desde la teoría general del derecho ..... 19  
 e) La posición de Alcalá-Zamora y Castillo contra Goldschmidt y Carnelutti ..... 21  
 § 14. Consideraciones sobre la doctrina de la carga procesal, a modo de síntesis ..... 21

**D) CARGA PROCESAL Y CARGA PROCEDIMENTAL: CONCEPTOS**

- § 15. Las distintas clases de normas ..... 22  
 a) Normas determinativas y normas estáticas ..... 22  
 b) La norma dinámica ..... 23  
 § 16. La norma dinámica procedimental y su relación con el concepto de carga ..... 23  
 § 17. La carga procesal y el derecho de defensa ..... 25  
 § 18. Concepto de carga procesal ..... 27  
 § 19. Concepto de carga procedimental ..... 27

**E) CARACTERES DE LA CARGA PROCESAL**

- § 20. Introducción ..... 28  
 § 21. El alcance insular de la asunción de la carga que se origina en una alternativa presentada por la norma dinámica procedimental ..... 28  
 § 22. La carga procesal requiere la expresión de una conducta voluntaria de la parte y eventualmente una actividad posterior ..... 29  
 § 23. La carga procesal integra el ejercicio del derecho de defensa en juicio ..... 29  
 § 24. La carga procesal produce consecuencias jurídicas .. 30  
 Recapitulación ..... 31

**CAPÍTULO II**

**LA CARGA PROCESAL DE LA PRUEBA**

**A) CONCEPTO, UTILIDAD Y APLICACIÓN  
 DE LA CARGA PROBATORIA**

- § 25. El problema de cómo resolver ante un hecho incierto 33  
 § 26. La mayor importancia de las reglas de carga probatoria desde que se prohíbe el pronunciamiento "non liquet".... 34  
 § 27. La prohibición del pronunciamiento "non liquet" y las funciones de las reglas de carga probatoria ..... 36

**B) DUALIDAD FUNCIONAL DE LA CARGA DE LA PRUEBA**

- § 28. Las funciones de las reglas de la carga probatoria que surgen de la realidad ..... 36  
 a) La carga de la prueba como regla de conducta .... 37  
 b) La carga de la prueba como regla de juicio ..... 39  
 § 29. Incidencia de las funciones de la carga de la prueba .. 41

**C) CARACTERES DE LA CARGA PROBATORIA**

- § 30. Las características de la carga procesal, presentes en la especie carga de la prueba ..... 42

- § 31. Otras cualidades de las cargas probatorias ..... 42
- a) Dualidad funcional de la carga de la prueba ..... 42
- b) Necesaria predeterminación de las reglas de carga probatoria de carácter general o particular ..... 44
- c) Independencia de las reglas de carga de la prueba y las de valoración de la prueba ..... 46

**D) *DISTINCIÓN ENTRE CARGA DE LA PRUBA  
Y PRESUNCIONES***

- § 32. Las presunciones en general ..... 48
- a) La estructura de la presunción ..... 48
- b) Clases de presunciones ..... 49
- § 33. La distinción entre presunciones y carga de la prueba 53
- § 34. Las presunciones no inciden sobre las reglas de la carga de la prueba ..... 54
- a) Presunciones judiciales y carga probatoria ..... 54
- b) Presunciones legales y carga probatoria ..... 54
- § 35. Corolario ..... 55

**E) *REGLAS GENERALES Y ESPECIALES  
SOBRE CARGA DE LA PRUEBA***

- § 36. La coexistencia de reglas sobre carga probatoria en su sistema objetivo ..... 56
- a) La elaboración de las reglas conforme a cuestiones prácticas y de certeza jurídica ..... 56
- b) La certeza jurídica y la predeterminación de las reglas de carga probatoria como instrucción al juez ..... 57
- c) Carácter objetivo del sistema de reglas ..... 57
- § 37. Las principales reglas generales de carga probatoria 59
- a) “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*” ... 60
- b) La determinación de una regla según la naturaleza de cada hecho: del “*Code Napoléon*” a Chiovenda ..... 63
- c) La regla general basada en la posición procesal de las partes, el hecho necesitado de prueba y el efecto jurídico ..... 66

- § 38. Las reglas especiales de la carga de la prueba ..... 68
- a) La observación de ciertas dificultades para la elaboración de las reglas especiales de carga probatoria ..... 69
- b) Pautas para elaborar las reglas especiales de carga de la prueba ..... 70
- c) Reglas especiales de carga probatoria en el ordenamiento argentino ..... 71
- § 39. Las reglas de la carga probatoria ¿deben consagrarse en la ley de fondo o de forma?..... 76
- a) La estructura federal y el conflicto de competencia legislativa ..... 76
- b) Pautas que emanan de la propia naturaleza de las reglas de carga probatoria ..... 76
- c) Simples reglas de juicio o facultades judiciales que no son reglas de carga probatoria ..... 77
- d) Los pactos sobre reglas de carga de la prueba ..... 78

**F) *LA REGLA GENERAL DE CARGA PROBATORIA  
DEL ARTÍCULO 377 DEL CPCCN***

- § 40. Breves referencias históricas sobre las reglas generales de carga probatoria en la Argentina ..... 80
- § 41. El artículo 377 del CPCCN..... 81
- a) La vinculación e interpretación de los dos primeros párrafos del artículo 377 del CPCCN..... 81
- b) Diferencia con la propuesta de Rosenberg ..... 82

**G) *LA LLAMADA INVERSIÓN DE LA CARGA PROBATORIA***

- § 42. La frecuente utilización del sintagma “*inversión de la carga probatoria*” ..... 83
- § 43. Clase de reglas del “*onus probandi*” que permiten la inversión de la carga probatoria ..... 83
- § 44. La inversión de la carga de la prueba frente a la regla del artículo 377 del CPCCN ..... 84
- Recapitulación ..... 85

## PARTE II

### LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

#### CAPÍTULO III

##### GENERALIDADES

§ 45. Exordio .....	89
§ 46. Reglas especiales directas de carga probatoria en el Código Civil y Comercial .....	89
§ 47. Reglas especiales indirectas de carga probatoria en el Código Civil y Comercial .....	91
§ 48. Reglas de carga probatoria de los códigos procesales “versus” reglas del Código Civil y Comercial .....	92
a) La aplicación de reglas generales en los distintos códigos procesales civiles.....	92
b) ¿Ceden las reglas generales de los códigos procesales ante las nuevas reglas sobre carga probatoria que trae el Código Civil y Comercial?.....	93
§ 49. Incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en el Código Civil y Comercial .....	97
a) Noción de carga probatoria dinámica .....	97
b) Las cargas probatorias dinámicas y las reglas del “onus probandi” .....	98
c) El desplazamiento de la carga probatoria .....	98
d) Los distintos parámetros para imponer la “carga” .....	99
e) Las pautas que el Código Civil y Comercial brinda al juzgador para la aplicación de las cargas probatorias dinámicas .....	99
Recapitulación .....	103

## CAPÍTULO IV

### LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS DE FAMILIA

#### A) *EL DENOMINADO “PROCESO” DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

§ 50. La concepción del procedimiento de familia en el Código Civil y Comercial .....	105
§ 51. La incorporación de ciertos “principios” en el Código Civil y Comercial para los procedimientos de familia .....	106
§ 52. ¿Cuáles son los procesos de familia a los que se refiere el Código Civil y Comercial? .....	106

#### B) *LOS LLAMADOS “PRINCIPIOS” DEL PROCEDIMIENTO DE FAMILIA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

§ 53. Apreciaciones generales sobre la inclusión de “principios” para el procedimiento de familia .....	108
§ 54. Los principios generales para los procedimientos de familia .....	110
a) Tutela judicial efectiva .....	111
b) Acceso a la justicia .....	113
c) Aplicación normativa promoviendo la resolución pacífica de conflictos.....	114
d) Inmediación.....	116
e) Buena fe y lealtad procesal .....	118
f) Oficiosidad .....	120
g) Oralidad .....	123
h) Acceso limitado al expediente .....	124
i) Principio de especialidad en la materia .....	126
§ 55. Principios especiales para ciertos supuestos .....	127
a) Respeto del derecho a ser oído de las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes .....	127
b) Principios probatorios .....	127

- c) Respeto por el "interés superior" de niños, niñas o adolescentes en la decisión de todo proceso donde estén involucrados ..... 131

**C) LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS  
EN LOS JUICIOS DE FAMILIA**

- § 56. Exordio ..... 132
- § 57. Algunas dudas que plantea la redacción de la supuesta regla de "onus probandi" del artículo 710 del Código Civil y Comercial ..... 132
- a) Alcance de la regla del artículo 710 "in fine" del Código Civil y Comercial ..... 133
- b) Momento en que opera la regla de distribución jurisdiccional de las consecuencias de la falta de prueba ..... 134
- c) Carácter discrecional de la pauta de distribución de las consecuencias de la falta de prueba.. 135
- d) Excurso: resurrección de un antiguo debate sobre arbitrariedad y carga probatoria ..... 136
- e) El sentido del sintagma "mejores condiciones de probar" en el artículo 710 del Código Civil y Comercial..... 138
- f) Inconvenientes para delimitar el alcance de las mejores condiciones de probar ..... 138
- § 58. La incidencia de la regla del artículo 710 "in fine" del Código Civil y Comercial ..... 142
- Recapitulación ..... 144

**CAPÍTULO V**

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LOS JUICIOS  
SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL**

**A) LA FUNCIÓN RESARCITORIA EN MATERIA  
DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL  
Y LAS REGLAS DEL "ONUS PROBANDI"**

- § 59. Un nuevo enfoque de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial ..... 147

- § 60. La carga de la prueba en la función resarcitoria de la responsabilidad civil ..... 148

**B) EXAMEN Y ALCANCE DE LAS TRES REGLAS ESPECIALES  
PARA LOS JUICIOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

- § 61. Introducción ..... 149
- § 62. La carga probatoria de los factores de atribución y de las eximentes de responsabilidad ..... 149
- § 63. La carga de la prueba de la relación de causalidad y la de la causa ajena o la imposibilidad de cumplimiento ..... 151
- § 64. La carga probatoria del daño causado ..... 152

**C) LA FACULTAD JUDICIAL DE DISTRIBUIR DISCRECIONALMENTE  
EL PERJUICIO POR FALTA DE PRUEBA DE LA CULPA  
Y LA DEBIDA DILIGENCIA**

- § 65. La facultad judicial del artículo 1735 del Código Civil y Comercial y su influencia sobre la regla del artículo 1734 ..... 153
- § 66. La justificación de la inclusión de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en los procesos de responsabilidad civil ..... 155
- § 67. La facultad judicial del artículo 1735 ¿requiere pedido de parte? ..... 156
- § 68. La resolución del juez sobre la aplicación de la facultad del artículo 1735 ¿es recurrible? ..... 157
- § 69. La comunicación anticipada a las partes de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas para demostrar la culpa o la debida diligencia ..... 159
- a) El anuncio previo del juez es requisito para la aplicación de la facultad del artículo 1735..... 160
- b) El problema de la oportunidad en que el juez debe dar el aviso del artículo 1735 del Código Civil y Comercial..... 161
- c) El análisis anticipado de las posiciones probatorias de las partes ..... 162

§ 70. La pauta de distribución de las consecuencias de la falta de prueba de la culpa y la debida diligencia en los procesos sobre responsabilidad civil .....	163
Recapitulación .....	165

### PARTE III

## POLÉMICA SOBRE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

### CAPÍTULO VI

#### ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

§ 71. Exordio .....	169
§ 72. En la búsqueda de una pretendida distribución judicial del “onus probandi ex post facto” .....	170
a) La confrontación entre un sistema apriorístico y objetivo de carga probatoria y la casuística subjetiva .....	170
b) Albores y difusión de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	171
c) La pretendida aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas ante la ausencia de regla general de “onus probandi” en el Código Procesal .....	173
§ 73. Los primeros esbozos de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	174
a) Las pautas de distribución de las consecuencias de la falta de prueba propuestas para aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	175
b) El carácter dinámico de la carga de la prueba ..	177
§ 74. Reflexiones en torno a los primeros lineamientos de la teoría de las cargas probatorias dinámicas ....	177
a) Crítica al carácter dinámico de una carga procesal .....	178
b) La supuesta rigidez de las reglas del “onus probandi” y el límite al poder de los jueces .....	179
c) Los ejemplos brindados y la carga probatoria ....	179

§ 75. Argumentos en los que se sostiene la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	181
a) La facilidad probatoria o “favor probationes” .....	181
b) El aumento del poder de los jueces por medio de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	182
c) La imposición de deberes a las partes .....	182
d) La búsqueda de la justicia del caso concreto y la igualdad real en el proceso .....	183
§ 76. Dos fallos que se citan recurrentemente, en los que se cree encontrar la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	184
a) El caso “Pinheiro” .....	184
b) El caso “Perón” .....	187
§ 77. La teoría de las cargas probatorias dinámicas ¿es realmente un novedoso aporte argentino? .....	190
a) La carga de la prueba según Bentham, como antecedente de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	191
b) Antecedentes más lejanos de la teoría de las cargas probatorias dinámicas: el derecho germánico de los pueblos bárbaros .....	194
c) ¿Tiene algo de novedoso la teoría de las cargas probatorias dinámicas? .....	195
§ 78. La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la República Argentina .....	197
a) La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la doctrina y tribunales argentinos .....	198
b) La consagración legal de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en general .....	200
c) Las cargas probatorias dinámicas en los códigos procesales argentinos .....	201
§ 79. La normalidad o anormalidad de los hechos invocados, el criterio de facilidad y disponibilidad probatoria y sus derivados como pautas para distribuir el “onus probandi” .....	207
a) Las condiciones generales y específicas como criterio para distribuir la carga probatoria .....	207
b) La distribución del “onus probandi” según la normalidad o anormalidad de los hechos invocados ..	208
c) La carga de la prueba en quien pretende innovar ..	208

d) La distribución de la carga probatoria según el criterio de facilidad y disponibilidad probatoria ..	209
§ 80. Principales criterios para aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	214
a) Crítica a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas según la facilidad y disponibilidad probatoria .....	215
b) La teoría de las cargas probatorias dinámicas, ¿producto argentino que se ha exportado a España? .....	215
§ 81. La teoría de las cargas probatorias dinámicas y el ejercicio del derecho a la prueba .....	216
Recapitulación .....	217

## CAPÍTULO VII

### ANÁLISIS CRÍTICO DE LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

§ 82. La errónea designación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	219
a) La teoría de las cargas probatorias dinámicas y las cargas procesales .....	220
b) La impropia denominación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	221
§ 83. Los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal como base de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	222
a) La transformación de las cargas en deberes procesales .....	222
b) El llamado "principio de cooperación o colaboración" que surge del solidarismo procesal .....	223
c) Del deber de colaboración a la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	224
d) Deber de colaboración y defensa en juicio .....	226
e) El dilema de los abogados: cumplir con el deber de colaborar o defender al cliente. La respuesta de santo Tomás de Aquino .....	227
f) Corolario .....	228

§ 84. El improcedente sometimiento de las reglas de la carga probatoria a la sana crítica .....	228
a) Omisión del deslinde conceptual entre carga de la prueba y valoración según la sana crítica .....	229
b) Las inconsistencias prácticas del sometimiento de las reglas de la carga probatoria a la sana crítica .....	229
c) El pretendido apoyo legal del sometimiento de las reglas de la carga probatoria a las de sana crítica .....	230
§ 85. La edificación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas a partir de la desatención de conceptos probatorios básicos .....	231
a) Los conceptos probatorios, los sistema de enjuiciamiento y las orientaciones ideológicas .....	232
b) El descuido conceptual como justificación de la imposición jurisdiccional de las consecuencias de la falta de prueba de los hechos necesitados de ella que permanecen inciertos al resolver .....	233
c) La escasa precisión conceptual probatoria conduce a una injustificada expansión de la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	236
§ 86. La resolución anticipada de aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas también viola el derecho de defensa en juicio .....	238
a) Una importante crítica a la teoría de las cargas probatorias dinámicas: el cambio de reglas de juego una vez que este empezó o concluyó .....	238
b) Los argumentos con los que se pretende repeler la precedente crítica a la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	239
c) La endeblez de los argumentos anteriores con que se defiende la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	241
§ 87. La teoría de las cargas probatorias dinámicas y su pretendido basamento en razones de justicia y verdad	246
a) Acerca de la justicia ínsita en la predeterminación de las reglas sobre carga de la prueba y la injusticia de la indefensión que genera la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	247



	b) La teoría de las cargas probatorias dinámicas ¿nos acerca a la verdad? .....	249
§ 88.	Los reparos de Taruffo a la teoría de las cargas probatorias dinámicas .....	251
§ 89.	La teoría de las cargas probatorias dinámicas y la violación del derecho a la prueba y el derecho de defensa en juicio .....	253
	a) El contenido del derecho a la prueba y su relación con la carga de la prueba .....	255
	b) La teoría de las cargas probatorias dinámicas y el ejercicio del derecho a la prueba .....	256
§ 90.	La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas puede contrariar una regla “in dubio pro” vigente .....	257
	a) La distinción entre carga de la prueba y la regla o principio “in dubio pro” .....	257
	b) El principio “in dubio pro reo” como derivación del estado de inocencia .....	257
	c) El principio “in dubio pro” y la valoración de la prueba .....	259
	d) Carga probatoria e “in dubio pro” al sentenciar ..	260
	e) La aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas puede alterar el “in dubio pro” ...	261
§ 91.	Crítica a la incorporación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas al Código Civil y Comercial. Propuestas .....	261
	a) Primera propuesta: la carga dinámica de la prueba no debe extenderse a otros supuestos no contemplados .....	262
	b) Segunda propuesta: que en los procesos de responsabilidad civil los jueces respeten el sistema de reglas objetivas y predeterminadas de carga de la prueba .....	263
	c) Tercera propuesta: replanteo de los procedimientos en materia de familia con el fin de proteger la garantía del proceso .....	264
	Recapitulación .....	266
	<i>Bibliografía</i> .....	271